

A ADI 5.595 e mais dinheiro para a saúde nas mãos do STF

O assunto pode parecer complexo, mas, na realidade, é bastante simples de entender. Tentarei expor de



Fernando Facury Sciff
advogado e professor

Quando foi aprovada a EC 95, em 15 de dezembro de 2016, conhecida

como Emenda do Teto de Gastos, foi criada uma regra que congelava os gastos públicos com saúde no patamar de 2017 (ADCT, art. 110, I), sendo que, até o ano de 2036, esta despesa será apenas corrigida pelo IPCA (ADCT, art. 110, II).

Ocorre que *antes* da Emenda do Teto de Gastos, havia sido aprovada a EC 86, em 17 de março de 2015, que, nos seus arts. 2º e 3º, havia reduzido estes gastos em relação à anterior EC 29 (art. 198, §2º, I e §3º). O art. 2º da EC 86 estabelecia um escalonamento progressivo para estas despesas, que deveria ser de 13,2% para o ano de 2016 e assim sucessivamente, até chegar a 15% em 2021 — esse artigo foi expressamente revogado pela EC 95 (art. 3º). E o art. 3º estabelecia que o valor arrecadado de *royalties* do petróleo e gás passaria a compor a base de cálculo para esse financiamento da saúde.

Nesta EC 86 havia dois problemas: (1) a norma anteriormente vigente estabelecia que a União aplicaria anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (art. 5º, LC 141/12), com uma espécie de *trava* quando o PIB fosse negativo, o que foi revogado pelo art. 2º da EC 86; e (2) os recursos dos *royalties* eram aplicados em *acréscimo ao mínimo obrigatório* previsto na Constituição (art. 4º, Lei 12.858/13), o que foi alterado pelo art. 3º da EC 86.

Nesse sentido, há uma violação ao princípio da vedação do retrocesso social, já reconhecido pelo STF em diversas ocasiões, o que foi muito bem analisado por Marina Tanganelli Bellegarde, em [obra](#) monográfica.



Em 20 de setembro de 2016, a Procuradoria Geral da República (PGR) ingressou com a ADI 5.595 pedindo a declaração de inconstitucionalidade desses dois artigos da EC 86, distribuída ao ministro Ricardo Lewandowski para relatar. O pedido de liminar *inaudita altera pars* não foi concedido. A manifestação da PGR em 24 de novembro de 2016 foi pela concessão imediata da liminar. Em 31 de agosto de 2017 foi concedida pelo ministro Lewandowski a liminar pleiteada, suspendendo os efeitos financeiros dos arts. 2º e 3º da EC 86.

Em 19 de outubro de 2017 o processo foi colocado em pauta de julgamento e realizadas as sustentações orais — uma das quais tive a honra de fazer, *pro bono* e *pro societatis*, representando a Associação do Ministério Público de Contas (Ampcon), *amicus curiae* no processo. Na sequência, foi suspenso o julgamento.

Em face da pandemia, o prosseguimento desse julgamento ocorreu sob o sistema de Plenário virtual em 14 de abril de 2020. Um pouco antes, Élide Graziane Pinto e eu [escrevemos](#) na *Folha de S.Paulo* alertando sobre o problema. No julgamento foram apurados os seguintes votos: ministros Ricardo Lewandowski (relator), Edson Fachin e Marco Aurélio votaram pela procedência do pedido inicial, declarando a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86 e confirmando a liminar deferida. Os ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux votaram pela improcedência quanto ao art. 2º da EC 86, considerando prejudicado o pedido, pois já havia sido revogado. O ministro Alexandre de Moraes votou pela improcedência integral da ação. A ministra Cármen Lúcia acompanhou o relator com ressalvas. Foi formulado um pedido de vista dos autos pelo ministro Dias Toffoli.

O prosseguimento do julgamento está pautado para os próximos dias, sob o *placar* de: (a) pela inconstitucionalidade do art. 2º: 4 votos (ministros Lewandowski, Fachin, Marco Aurélio e Cármen) x 3 votos (ministros Gilmar, Fux e Alexandre) e (b) pela inconstitucionalidade do art. 3º: 6 votos (ministros Lewandowski, Fachin, Marco Aurélio, Gilmar, Fux e Cármen) x 1 voto (ministro Alexandre).

Faltam votar os ministros Toffoli, Barroso, Weber e Kassio.

Expostos a controvérsia e o *placar* do julgamento, o que está em debate?

Primeiro, a questão do financiamento da saúde pública, isto é, do sistema SUS, que tem sido mais importante do que nunca nestes tempos pandêmicos, a despeito das diversas tentativas de *maracutaias*, como revela a excelente [reportagem](#) de Ana Clara Costa para a revista *Piauí*. Como se vê *ictu oculi*, há um claríssimo drible ao princípio da vedação ao retrocesso. Tão claro que me traz à mente uma frase do ministro Francisco Rezek, ao analisar caso em que o "*fumus boni juris*" saltava aos olhos: *Neste caso, a fumaça do bom direito da tese é tão densa que não sei como ainda nos enxergamos uns aos outros neste Plenário* (ADI-MC 37).



Segundo, especificamente quanto ao art. 2º da EC 86. É conhecida a jurisprudência do STF acerca da prejudicialidade da declaração de inconstitucionalidade de normas revogadas. Todavia, *no caso concreto*, o art. 2º da EC 86, a despeito de ter sido expressamente revogado pela EC 95 (art. 3º), projeta seus efeitos para o futuro! *Eis a diferença*. Como a Emenda do Teto de Gastos *congelou por 20 anos* os valores a serem gastos com saúde (ADCT, art. 110, II), o *ponto de partida* desse congelamento é extremamente relevante, e deve ser apreciado e julgado. Uma coisa é congelar o valor inicial em R\$ 100,00; outra coisa completamente diferente será o fazer em R\$ 110,00. Há uma projeção intertemporal futura que deve ser apreciada e que impactará o financiamento da saúde até o futuro e remoto ano de 2036.

Terceiro, especificamente quanto ao art. 3º da EC 86. Uma coisa é ter esses recursos aplicados em *acréscimo* ao mínimo obrigatório previsto na Constituição; outra coisa é contabilizá-los *dentro* do referido mínimo obrigatório. Trata-se de uma inconstitucional modificação de base de cálculo, que afeta o financiamento do direito à saúde.

Muito mais poderia ser dito, mas, para bom entendedor breves linhas são suficientes. Paro por aqui.

A responsabilidade do STF é muito grande na análise dessa ADI. Há sempre a possibilidade de análise *formalista* da questão — e argumentos não faltarão nessa linha —, mas a análise pode ser *substancialista* e enfrentá-la sob a ótica da *macrojustiça*, considerada como uma forma de litigância envolvendo *direitos difusos* e não apenas *pluri-individuais*.

Como votarão os ministros Dias Toffoli, Roberto Barroso, Rosa Weber e Kassio Nunes?

Apenas uma coisa é certa: *todos precisaremos do SUS ao longo desse período*. Quem quer arriscar mais 15 anos com subfinanciamento da saúde pública?

Date Created

12/10/2021