

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
5.595 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DE CONTAS - AMPCON**
ADV.(A/S) : **LUÍS MAXIMILIANO TELESKA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DE DIREITO SANITÁRIO APLICADO -
IDISA**
ADV.(A/S) : **THIAGO LOPES CARDOSO CAMPOS**

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra os arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015. Os dispositivos impugnados possuem a seguinte redação:

“Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:

I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.

Art. 3º As despesas com ações e serviços públicos de saúde

ADI 5595 MC / DF

custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal”.

O requerente alegou, em suma, que tais preceitos impugnados

“reduzem o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde (ASPS) mediante piso anual progressivo para custeio, pela União, e nele incluem a parcela decorrente de participação no resultado e a compensação financeira devidos pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o art. 20, § 1º, da Constituição da República” (págs. 1-2 da petição inicial).

Por essa razão, sustentou que os dispositivos citados

“atentam diretamente contra os direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, *caput*; 6º e 196 a 198, *caput* e § 1º), contra o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1º, *caput* e III) e contra o princípio do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV). Violam, por conseguinte, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, IV, todos da Constituição da República” (págs. 2-3 da petição inicial).

Destaca que as mudanças introduzidas pela citada Emenda Constitucional - EC

“são intensamente prejudiciais ao financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), por implicarem redução drástica no orçamento para ações e serviços públicos em saúde, o qual já é historicamente insuficiente” (pág. 8 da petição inicial).

ADI 5595 MC / DF

Nesse sentido, apontou que

“o patamar mínimo de financiamento da saúde pela União foi definido constitucionalmente a partir da inserção do § 2º do art. 198 da Constituição, pela Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000 [...].

Esse preceito foi tardiamente regulamentado pela Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, a qual fixou os valores que a União deveria aplicar no SUS” (págs. 8-9 da petição inicial).

Afirmou, contudo, que a EC 86/2015, embora aparente ter aumentado o financiamento federal, “mascara grave redução do custeio do sistema de saúde pública da nação. A emenda foi aprovada em sentido diametralmente oposto ao visado pelo projeto de lei complementar 321, de 2013, fruto de iniciativa popular” (págs. 9-10 da petição inicial).

Ressaltou, nessa linha, que:

“o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) realizou projeção do decréscimo de financiamento do SUS causado pela EC 86/2015, com base em dois diferentes cenários (em função da variação do produto interno bruto e da RCL da União) e considerando a execução de emendas parlamentares individuais e as diferenças de aplicação mínima da União determinadas pela emenda. Com base nisso, nos exercícios de 2015 a 2017, as perdas máximas poderiam ser de R\$ 3,18 bilhões em 2015, R\$ 12,53 bilhões em 2016 e R\$ 4,29 bilhões em 2017, totalizando cerca de R\$ 20 bilhões a menos para financiar o sistema, que, como dito, já padece de subfinanciamento crônico” (págs. 18-19 da petição inicial).

Acrescentou, ademais, que:

“antes da promulgação da emenda, os recursos oriundos

ADI 5595 MC / DF

da exploração do petróleo e gás natural – incluídos os decorrentes da exploração em áreas no perfil geológico conhecido como camada do pré-sal – eram fontes adicionais para custeio da saúde, como previa expressamente o art. 4º da Lei 12.858, de 9 de setembro de 2013 [...].

Ao determinar que esses recursos sejam contabilizados no percentual mínimo de gasto da União, a que se refere o art. 198, § 2º, I, da Constituição, o art. 3º da EC 86/2015 impôs nova perda bilionária de recursos para o SUS” (pág. 22 da petição inicial).

Concluiu, dessa forma, que:

“as disposições questionadas caracterizam profundo retrocesso na concretização de direitos fundamentais, o que é vedado pelo dever de progressividade assumido pelo Brasil no art. 2º, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no art. 1º do Protocolo de São Salvador, o qual contém regra específica que obriga os Estados a adotarem medidas econômicas para assegurar progressiva prestação dos direitos sociais” (pág. 24 da petição inicial).

Afirmou que, além disso, os dispositivos atacados são

“inconstitucionais por violar o princípio da vedação de proteção deficiente de bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Este representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade, derivado da cláusula pétrea do devido processo legal, na sua concepção substantiva (CR, art. 5º, LIV).” (pág. 28 da petição inicial)

Por essas razões, requereu o deferimento de cautelar para suspender a eficácia das normas impugnadas.

Argumentou que o *periculum in mora* “decorre do fato de a

ADI 5595 MC / DF

manutenção de eficácia das normas atacadas agravar a insuficiência de recursos que permitam regular funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS)” (pág. 30 da petição inicial).

Salientou, ainda, como fundamento do perigo o crescente desemprego no país, o que costuma gerar a rescisão dos planos privados de saúde e a busca pelo sistema público de saúde. Assim, com a redução do orçamento para a saúde e, ainda, com o aumento do número de usuários o colapso no sistema público seria iminente.

Aduziu, por fim, que:

“A EC 86/2015 exacerba o quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública no País, apontado ao longo desta petição, que causa número formidável de mortes e agravos evitáveis à saúde dos cidadãos brasileiros, com enorme sofrimento individual e impactos na economia e no desenvolvimento. É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (pág. 32 da petição inicial).

Nos termos do art. 10 da Lei 9.868/1999, determinei a oitiva do Congresso Nacional, da Advocacia-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

O Presidente do Congresso Nacional prestou informações, afirmando a inexistência de vício formal, pois

“a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição em ambas as Casas do Congresso Nacional obedeceu a todos os ditames constitucionais, legais e regimentais relativos ao processo legislativo ordinário, não havendo que se falar em inconstitucionalidade.” (pág. 2 do documento eletrônico 28)

ADI 5595 MC / DF

No mérito, sustentou que:

“a EC estatuiu que a execução de emendas parlamentares individuais (até o 1,2% da Receita Corrente Líquida do exercício anterior) é obrigatória, fixando também a obrigatoriedade de que metade seja direcionada à saúde. Também há fixação de um mínimo das despesas totais da União para a saúde em 15% da Receita Corrente Líquida no período de 5 anos. Veja que a conclusão é de que há uma parte do orçamento que passa a ser de execução obrigatória, o que vai contra a afirmação de ter havido prejuízo à saúde” (págs. 4-5 do documento eletrônico 28).

A Advocacia-Geral da União opinou pelo indeferimento da cautelar. A manifestação foi assim ementada:

“Sistema Único de Saúde. Artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015. Alteração da forma de cálculo dos recursos mínimos a serem aplicados pela União em ações e serviços públicos de saúde. Suposta violação a cláusula pétrea. Ausência de *fumus boni iuris*. O autor pretende conferir a condição de cláusula pétrea ao disposto no artigo 5º da Lei Complementar nº 141/2012 e no artigo 4º da Lei nº 12.858/2013, restringindo, assim, o exercício do Poder Constituinte reformador. O princípio da vedação do retrocesso destina-se a proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e não a impedir a adequação do Texto Constitucional às variações ocorridas nos campos político, econômico e social. Ausência de *periculum in mora*. O ato impugnado já vem produzindo efeitos há mais de um ano e meio. Precedentes dessa Suprema Corte. Manifestação pelo indeferimento do pedido de medida cautelar” (pág. 1 do documento eletrônico 30).

A Procuradoria-Geral da República, por seu turno, manifestou-se pelo deferimento da medida, em parecer assim ementado:

ADI 5595 MC / DF

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 2º E 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 86/2015. NOVO PISO PROGRESSIVO PARA APLICAÇÃO EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. AGRAVAMENTO DO SUBFINANCIAMENTO DO SUS. OFENSA A CLÁUSULA PÉTREA E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. RETROCESSO SOCIAL. CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO. PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE PROGRESSIVIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS.

1. Ofende cláusulas pétreas da Constituição da República a redução drástica no orçamento público para ações e serviços em saúde, promovida pelos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015, por violar, a um só tempo, os direitos à vida e à saúde (CR, arts. 5º, *caput*, 6º e 196 a 198, *caput* e § 1º); o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1º, *caput* e III); o princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV), em sua acepção substantiva, na faceta de proibição de proteção deficiente; e o dever de progressividade na concretização de direitos sociais, assumido pelo Brasil no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto 3.321/1999).

2. Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre de as normas agravarem a insuficiência de recursos que permitam regular funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), isto é, o crônico subfinanciamento do sistema, reconhecido por autoridades do próprio Poder Executivo federal, a impactar diretamente os direitos fundamentais à vida

ADI 5595 MC / DF

e à saúde dos seus usuários, com potencialidade recrudescimento com o decorrer do tempo.

3. Parecer por concessão de medida cautelar e, em definitivo, por procedência do pedido” (págs. 1-2 do documento eletrônico 32).

Foram formulados, ainda, pedidos de ingresso como *amicus curiae* pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON (documento eletrônico 14) e pelo Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDISA (documento eletrônico 19).

É o relatório. Decido a cautelar.

A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, o dever estatal da sua consecução, cuja garantia pressupõe “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Para alcançar tal finalidade, fontes de receita relativas à seguridade social (arts. 195 e 198, § 1º) e o dever de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde (arts. 167, IV e 198, §§ 2º e 3º) se conjugaram na garantia de financiamento estável e progressivo.

Trata-se da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, que também se revela na sua organização administrativa por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde que prima pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, *caput*).

Ingo Sarlet retoma, a esse propósito, a existência de uma eficácia dirigente e irradiante dos direitos fundamentais, na medida em que eles contêm “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe

ADI 5595 MC / DF

a obrigação permanente de concretização e realização”, bem como “fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional”.¹

Para o autor, os direitos fundamentais são amparados por “deveres de proteção estatais”, que operam como verdadeiros “imperativos de tutela”, em consonância com o dever geral de efetivação atribuído ao Estado. Por isso,

“é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma **formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles**”. (grifei)

Ou seja, segundo Sarlet, o reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais em favor dos cidadãos implica também o direito à sua “proteção mediante a organização e o procedimento”, a fim de lhes assegurar objetiva consecução por parte do Estado.²

No mérito da demanda em apreço, indubitavelmente há de se reconhecer a existência de “imperativos de tutela” na forma como a Constituição de 1988 estruturou garantias instrumentais de organização e procedimento para fins de proteção do direito fundamental à saúde. Isso porque o direito de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde a que se refere o art. 196 é realizado por meio de políticas sociais e econômicas que foram definidas estruturalmente no art. 198, na forma do Sistema Único de Saúde e do seu financiamento adequado.

A dimensão objetiva do financiamento adequado do direito fundamental à saúde, segundo Heleno Taveira Torres, encontra-se fundada nas garantias financeiras, assentadas constitucionalmente, de

ADI 5595 MC / DF

gasto mínimo e fontes próprias de receitas no bojo do orçamento da seguridade social. Torres trata da verdadeira função de efetividade dos orçamentos públicos em prol dos direitos e liberdades fundamentais:

“A proteção da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais tem máxima eficácia no Estado Democrático de Direito. Por isso, o orçamento público regime por uma Constituição Financeira deve ter como objetivo alocar todos os meios necessários para a realização deste fim constitucional do Estado nas sumas máximas possibilidades.

[...] Cumpre apenas assinalar o papel do orçamento público como ‘meio’ privilegiado para que se evidencie o controle sobre a realização daqueles fins constitucionais do Estado e sua capacidade de funcionar como instrumento essencial para promover a aplicabilidade dos direitos e liberdades”.³

O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde, em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas⁴ do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado.

A noção do que seria tal custeio adequado obviamente há de se assentar em bases juridicamente estáveis (conforme assegura o princípio da segurança jurídica) e fiscalmente progressivas (em consonância com os princípios da proporcionalidade e reserva do possível). Esse, por sinal, foi o sentido da bela análise empreendida pelo Ministro Celso de Mello no exame da ADPF-MC 45/DF, na qual asseverou não caber a manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilizasse o estabelecimento e a

ADI 5595 MC / DF

preservação do direito à saúde:

“[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que **a cláusula da ‘ reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”** (ADPF-MC 45, Relator Ministro Celso de Mello. Grifei).

É imperativa, pois, a conclusão de que, ao direito fundamental à saúde, correspondem garantias fundamentais de organização sistêmica (SUS) e de financiamento suficiente e progressivo,⁵ conforme a disponibilidade das receitas da seguridade social e o piso de custeio no setor.

Tal arranjo protetivo visa à máxima proteção do direito à saúde, na

ADI 5595 MC / DF

medida em que seu dever de realização progressiva decorre da lógica do próprio art. 5º, § 1º da Constituição, segundo a qual “a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto”.⁶

Como bem delineado pelo Procurador-Geral da República na peça inicial desta ação,

“[o constituinte originário] **alçou a saúde à categoria de direito fundamental e montou arcabouço necessário para sustentá-la, por meio do financiamento público do SUS.** Assegurou acesso universal e igualitário às suas ações e serviços e estabeleceu, como diretriz do sistema, atendimento integral (CR, arts. 196, *caput* e 198, II). O financiamento público, como dito, é um dos pilares do sistema e **pressupõe progressividade, ao menos até que se cumpra a meta do art. 196 (acesso universal e igualitário).** Não por outra razão, a Lei Complementar 141/2012 vedava, mesmo em hipótese de variação negativa do PIB, redução do valor nominal investido no ano precedente” (grifei).

Nesse contexto, como anota Ana Paula de Barcellos,

“o constituinte originário não deixou ao livre alvedrio do legislador ordinário, isto é, da maioria episodicamente no poder, o estabelecimento das prioridades e nem muito menos quanto devem investir nas áreas de educação e saúde, principalmente. Ao contrário, vinculou-o desde logo às prioridades que previamente estabeleceu, indispensáveis ao alcance das metas propostas, e, mais que isso, ao quanto se deve investir nos respectivos setores, de modo a tornar até mesmo sindicáveis pelo poder judicial as respectivas políticas públicas à luz do princípio da eficiência a que se submete a

ADI 5595 MC / DF

administração pública”.⁷

Diferentemente do que se suscita usualmente, tal prioridade alocativa dos orçamentos públicos em favor do custeio das ações e serviços públicos de saúde não foi fixada apenas nos § 2º e § 3º do art. 198 da Constituição de 1988, a partir da Emenda 29/2000.

A bem da verdade, o constituinte originário já havia indicado no então parágrafo único do art. 198 que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. Para que houvesse absoluta clareza a respeito de tal dever de custeio, o constituinte originário também cuidou de estabelecer regra de proporcionalidade provisória no art. 55 do ADCT, no intuito de assegurar que 30% (trinta por cento) do orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III, da CF) fosse vertido à política pública de saúde.

Não é sem razão que a destinação das contribuições sociais, tal como definida nos arts. 149, 194, parágrafo único, V e VI e 195, visa ao custeio da seguridade social (de cujo tripé substantivo a saúde participa) persiste constitucionalmente hígida, a despeito das regras de desvinculação parcial de receitas que remontam desde a Emenda Constitucional de Revisão 1/1994⁸ e que têm sido sucessivamente prorrogadas no ADCT desde então, até a recente Emenda Constitucional 93/2016.

Como o direito à saúde reclama prestações positivas e diante das diversas omissões governamentais quanto ao cumprimento do seu arranjo constitucional protetivo (SUS e financiamento suficiente no bojo do orçamento da seguridade social), o Constituinte Derivado, por meio da EC 29/2000, pretendeu mitigar a vulnerabilidade fiscal das ações e serviços públicos de saúde, com o dever de gasto mínimo em moldes análogos ao piso da educação.

ADI 5595 MC / DF

A inserção dos citados § 2º e § 3º no art. 198 e do art. 77 no ADCT foi feita na EC 29/2000 para conter o risco de retrocesso no financiamento do SUS, sobretudo após a segregação da fonte de custeio da previdência social no bojo do orçamento da seguridade (art. 167, XI, com a redação dada pela EC 20/1998). Segundo Élidea Graziane Pinto,

“a vinculação de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde revelou-se, com o passar dos anos no pós-Constituição de 1988 e com a segregação setorial do orçamento da seguridade social, como uma medida juridicamente necessária. A política pública de saúde não conseguiria mais captar recursos do conjunto da arrecadação de contribuições sociais. Tampouco poderia se equiparar, do ponto de vista de estrutura estável de financiamento, à previdência social. Tal fragilidade adveio da reforma previdenciária de 1998 [...], que tornou exclusivas desse setor algumas das mais robustas contribuições sociais, em termos de arrecadação.”⁹

A escolha, feita constitucionalmente em 2000, foi pelo aperfeiçoamento do regime de financiamento do direito fundamental à saúde que vigia desde 1988, equiparando-o – em primazia fiscal – ao direito à educação. Comprovam tal esforço as alterações promovidas no art. 34, VII, e, no art. 35, III e no art. 167, IV feitas também pela EC 29/2000, sem prejuízo da proteção adicional inscrita no art. 160, parágrafo único, II, por meio do condicionamento da entrega dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e Municípios ao cumprimento do respectivo dever de aplicação mínima em ASPS's.

A rota normativa verificada é de progressividade em prol do direito à saúde e da sua garantia de custeio suficiente em face dos ditames constitucionais de atendimento universal, igualitário e integral no âmbito do SUS, bem como em face da garantia de irredutibilidade no volume de

ADI 5595 MC / DF

benefícios¹⁰ da seguridade de que trata o art. 194, parágrafo único, IV, também da Constituição.

Tantas e tamanhas têm sido as distorções fáticas no cumprimento do dever de gasto mínimo em saúde que a invocação da responsabilidade solidária na garantia de eficácia do direito fundamental perante as demandas judiciais se revela, de fato, medida necessária, mas não suficiente para lidar com o problema. É imprescindível adicionalmente a compreensão das competências de cada ente da federação, donde deveria decorrer o correspondente rateio de recursos para fins de equilíbrio entre recursos e obrigações de despesas suportadas por cada qual.

À luz dos artigos 23, II, 30, VII e 198 da Constituição, não poderia qualquer dos entes políticos retraindo unilateral e abusivamente sua participação proporcional no volume total de recursos públicos destinados ao SUS, sem sobrecarregar os demais entes e sem impor grave risco de desestruturação no arranjo protetivo do direito fundamental.

Precisamente por isso tem sido bastante questionado judicialmente o déficit de aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, tanto na seara da responsabilização pessoal do gestor inadimplente (sobretudo, improbidade administrativa) quanto na incidência das sanções de suspensão de transferências voluntárias a que se refere o art. 25, §1º, IV, **b** da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) e de condicionamento das transferências obrigatórias, na forma do art. 160, parágrafo único, II, da Constituição.

Contribuiu para agravar o cenário de severos impasses fiscais federativos no custeio do direito fundamental à saúde, a longa mora legislativa em regulamentar a EC 29/2000, que só ocorreu em 2012 com o advento da Lei Complementar 141, a despeito de o art. 77 do ADCT ter sido inicialmente concebido para vigorar tão somente por 5 (cinco) anos.

ADI 5595 MC / DF

Em decorrência do lapso normativo entre 2006 a 2012, quanto à falta de pertinente regulamentação da EC 29/2000, persistiram divergências profundas e diversas rotas de esvaziamento do alcance protetivo do dever de gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde, diante da prorrogação da vigência provisória do art. 77 do ADCT.

Cabe repisar que esse é o sentido dos incisos I e IV do parágrafo único do art. 194, ao que se soma o forte comando do art. 196, ambos inscritos na Constituição de 1988 desde sua redação originária. Da conjugação desses dispositivos é que se extrai a perspectiva de que qualquer restrição de cobertura ou atendimento no âmbito do SUS e, por conseguinte, do montante de recursos públicos ali empregados pelos governos lesa o direito à saúde, por lhe esvaziar das suas finalidades de redução do risco de doença e de outros agravos, bem como de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Acerca da tensão entre reserva do possível e consecução progressiva do direito fundamental à saúde, Fernando Facury Scaff bem observa que:

“[...] o conceito de *reserva do possível* está casado com outro, muito caro aos direitos sociais, que é o da *progressividade* na concretização desses direitos. Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos fornecidos progressivamente pelo Estado, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado – o que não ocorre com outros direitos, tal como o de *maioridade*, a qual se obtém de um dia para outro – literalmente. Os direitos sociais são direitos *implementados à prestação, de forma progressiva*.

Esta característica aplicada ao direito à saúde no Brasil implica em dizer que o direito “à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, constante do art. 196 da CF, não é algo que seja obtido de plano,

ADI 5595 MC / DF

plenamente finalizado em um dado momento histórico. Isto decorre do desenvolvimento científico e tecnológico da medicina que sempre traz novas respostas aos problemas de saúde existentes, bem como das limitações próprias dos recursos públicos disponíveis. Não há e nem haverá jamais recursos suficientes para implementar de forma completa e cabal o direito à saúde de modo a satisfazer plenamente todas as necessidades da sociedade – infelizmente.

Portanto, a *reserva do possível* está, de certo modo, casada com a necessária característica de serem os direitos sociais *direitos a prestações*. Os recursos públicos são escassos, mas, a despeito disso, devem sempre ser utilizados de modo a ampliar as prestações sociais que implementem os direitos sociais previstos em nossa Constituição”.¹¹

Para que o dever de gasto mínimo em saúde trazido pela EC 29/2000 não seja interpretado na restrita e manipulável concepção de uma equação matemática para fins de elaboração e execução dos orçamentos anuais, é preciso extrair correlação, de fato, substantiva entre os meios fiscais e os fins constitucionais a que eles se destinam.

Assim, considerando serem material e faticamente inesgotáveis¹² os fins de redução do risco de doença e de outros agravos, bem como a meta de assegurar acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196), outra alternativa não há senão manter e aprimorar o financiamento “historicamente insuficiente” (como suscitado pelo requerente) da política pública de saúde.

Ana Paula de Barcellos, a esse respeito, pertinentemente alerta que:

“Se o Estado tem o dever de oferecer determinada prestação em matéria de saúde por força do próprio texto constitucional – isto é: se se trata de uma prioridade definida

ADI 5595 MC / DF

pela Constituição sob a forma de um consenso mínimo oponível a todos os grupos políticos –, parece lógico concluir que o Poder Público está obrigado a tomar decisões orçamentárias coerentes com esse dever. Veja-se: se o Estado está obrigado, pela Constituição, a oferecer serviços que custam dinheiro, concluir que o mesmo Estado estaria absolutamente livre para investir os recursos disponíveis como lhe pareça melhor – inclusive *livre* para **não** investir nos serviços referidos – parece um contra-senso.

Nesse cenário, se há carência de postos de saúde, Executivo e Legislativo estão obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar os recursos necessários à prestação de tais serviços. **A não alocação de verbas nesses termos descreverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida. E se se trata de um dever jurídico – isto é: o dever de alocar os recursos necessários para a prestação de serviços exigidos constitucionalmente –, sua inobservância deve poder ser objeto de controle jurisdicional”**¹³ (Grifei).

Não cabe omissão deliberada, tampouco retrocesso no custeio do direito à saúde, ainda que não se possa pretender assegurar ilimitadamente – no campo das demandas individuais, inclusive judiciais, pela integralidade do direito à saúde – tratamentos alheios aos limites orçamentários, administrativos e tecnológicos da política pública.

Fernando Facury Scaff chega a afirmar a existência de um “orçamento mínimo social”, na medida em que “o *constituente* não concedeu ao *legislador* tão ampla *discricionariedade* sobre *quanto* deve destinar do montante arrecadado para os gastos sociais. Isto porque a própria Constituição traz uma série de obrigatórias vinculações de receita às despesas sociais”.¹⁴ Daí é que sobressaem as “garantias constitucionais de financiamento dos direitos sociais” a que Scaff se refere.

Dado o seu caráter instrumental (garantia procedimental),

ADI 5595 MC / DF

Comparato e Pinto¹⁵ chegam a suscitar que os deveres de aplicação mínima de recursos em saúde e educação (“pisos” de que tratam os arts. 198 e 212 da CF) comportam-se como remédios constitucionais que resguardam e tutelam o nível essencial de efetividade de tais direitos sociais, em moldes análogos ao *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular (art. 5º, incisos LXVIII a LXXIII).

Nessa mesma linha, Fábio Konder Comparato, Heleno Taveira Torres, Élica Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet sustentam que o financiamento dos direitos à saúde e à educação são mínimos inegociáveis:

“Há um aprendizado histórico digno de nota na vivência da Constituição de 1988 pela sociedade brasileira: a prioridade do nosso pacto fundante reside na promoção democrática dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, garantes de uma cidadania inclusiva e ativa. Justamente nesse contexto, **o regime de vinculação de recursos obrigatórios para ações e serviços públicos de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino tem sido o mais exitoso instrumento de efetividade de tais direitos, ademais de evidenciar a posição preferencial ocupada pela educação e pela saúde na arquitetura constitucional.**

No que concerne ao direito fundamental à educação, somente períodos ditatoriais ousaram rever o compromisso social assumido desde a Constituição Republicana de 1934 de financiamento governamental em patamares mínimos nesse setor. Ou seja, há mais de 80 anos a nação brasileira reconhece na educação pública o caminho decisivo para a progressiva e inadiável superação da dependência tecnológica, ainda que sejam lentos e complexos os esforços de associar dever de gasto mínimo a qualidade no ensino.

Os retrocessos causados pelas Constituições de 1937 e 1967/1969 certamente adiaram esse histórico processo

ADI 5595 MC / DF

cumulativo de buscar universalizar o acesso à escola para todos os cidadãos, com o dever de ensino de qualidade. A despeito de tais retrocessos autoritários e desde a Emenda Calmon de 1983, a sociedade brasileira parecia caminhar para horizonte civilizatório basilar, como rota progressiva de materialização da dignidade humana sob os comandos legitimamente construídos e fixados em nossa Constituição Cidadã e no Plano Nacional de Educação (Lei 13.005/2014).

Do ponto de vista do direito fundamental à saúde, havia, desde a redação originária da Carta de 1988, dispositivo que assegurava proporcionalidade mínima do custeio desse setor no bojo do Orçamento da Seguridade Social (OSS). Isso porque o artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previa a necessidade de resguardar, no mínimo, 30% desse orçamento especial para a política pública de saúde. Se tivéssemos mantido, ao longo do tempo, tal proporção dada transitoriamente pelo Constituinte Originário, o Sistema Único de Saúde contaria atualmente com disponibilidade de custeio quase 2,5 vezes maior que a dotação prevista para o exercício de 2016.

Em 2000, **para remediar a expressiva e histórica instabilidade fiscal na promoção do direito fundamental à saúde pelo Estado, foi promulgada a Emenda Constitucional 29, instituindo a proteção de custeio mínimo em ações e serviços públicos de saúde, em moldes análogos ao piso da manutenção e desenvolvimento do ensino.** Ainda que o piso federal no setor tenha sido recentemente alterado pela EC 86/2015, a progressividade de financiamento conforme o nível da receita subsiste, no artigo 198 da nossa Constituição, como dever para todos os entes da federação.

[...] Oito décadas, desde a sua instituição pela Constituição de 1934, ensinaram-nos a não negociar o mínimo de custeio para a educação, a dele não abrir mão. Quase três décadas nos ensinaram a primar pela defesa da saúde em sua dimensão sistêmica, pública, universal e integral.

Estamos em pleno processo pedagógico e civilizatório de

ADI 5595 MC / DF

educar e salvaguardar a saúde de nossos cidadãos, o que não pode ser obstado ou preterido por razões controvertidas de crise fiscal. Nada há de mais prioritário nos orçamentos públicos que tal desiderato constitucional, sob pena de frustração da própria razão de ser do Estado e do pacto social que ele encerra”.¹⁶

A clara relação de garantia entre o direito fundamental à saúde e seu regime de financiamento mínimo encontra guarida não só na doutrina, mas na leitura integrada dos artigos 1º, *caput* e inciso III; 5º, §1º e §2º; 6º; 34, VII, e; 35, III; 160, parágrafo único, II; 167, IV; 193; 194, *caput* e parágrafo único, I, IV, V e VI; 195, §4º e §10; 196; 197; 198 e 200 da Constituição Federal, bem como em fortes e reflexivos “imperativos de tutela”¹⁷ que regem a organização estrutural do SUS e seu procedimento de defesa pelo Estado na forma do dever de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde.

Desse modo, não é oponível a alegação imotivada e discricionária de restrição orçamentária em face de tais direitos fundamentais tanto por força da sua essencialidade para assegurar a vida digna a todos os cidadãos brasileiros, mas também porque eles são amparados por fontes próprias de receitas (a exemplo da contribuição social do salário-educação e das contribuições sociais de que trata o art. 195) e deveres de gasto mínimo (previstos nos arts. 198 e 212 da CF).

Em reforço interpretativo, cabe resgatar o art. 34, VII, e e o art. 35, III, da Constituição como evidências de que os deveres de aplicação mínima de recursos nas ações e serviços públicos de saúde e nas atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino preservam o núcleo de identidade e a imutabilidade constitucional. Isso porque os pisos se comportam como princípios sensíveis da CF, cuja violação pode ensejar a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal ou a intervenção estadual em seus municípios. A hipótese é tão grave que veda, nos termos

ADI 5595 MC / DF

do art. 60, §1º, a apreciação de proposta de emenda constitucional no período da vigência da intervenção.

Especificamente no caso em exame, a síntese parcial que cumpre firmar é a de que a proteção constitucional do direito à saúde e, por conseguinte, do direito à vida, exige que sejam assegurados concomitantemente a higidez do SUS e o seu financiamento adequado, seja pelo viés das fontes próprias e solidárias de receitas da seguridade social, seja pelo viés do dever de gasto mínimo no setor. Este é o estágio já conquistado de realização do direito à saúde, cujo retrocesso viola seu núcleo essencial.

Em relação ao orçamento para a saúde, antes da entrada em vigor da EC 86/2015, ora impugnada, a Constituição Federal estabelecia em seu art. 198, § 2º, I, que os percentuais mínimos a serem aplicados anualmente pela União, em ações e serviços públicos de saúde, seriam definidos por meio de lei complementar.

Esse preceito só foi tardiamente regulamentado pela Lei Complementar 141, de 13/1/2012. Dispõe o seu art. 5º, § 2º:

“Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

[...]

§ 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o *caput* não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro”.

Como se nota, o dispositivo em comento impedia o retrocesso

ADI 5595 MC / DF

nominal, ainda que houvesse variação negativa do PIB.

A EC 86/2015 estabeleceu nova forma de cálculo dos percentuais a serem aplicados anualmente pela União, em ações e serviços públicos de saúde, *in verbis*:

“§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento)”.

Esse percentual de 15%, contudo, só será alcançado após cinco exercícios financeiros subsequentes à promulgação da citada Emenda Constitucional, conforme estabelece o art. 2º:

“Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:

I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação

ADI 5595 MC / DF

desta Emenda Constitucional”.

E nos termos do 4º da EC 86/2015,¹⁸ ela passou a produzir efeitos a partir da execução orçamentária do exercício de 2014, ou seja, a nova forma de cálculo do orçamento para a saúde valeu a partir de 2015.

Anoto, por oportuno, os valores nominais alocados no orçamento da União para saúde desde 2011:¹⁹

2011 - R\$ 71 bilhões
2012 - R\$ 91,7 bilhões
2013 - R\$ 99,8 bilhões
2014 - 106 bilhões
2015 - 91,5 bilhões (corte de 11,7 bi em relação à 2014)
2016 - 88,9 bilhões (necessidade de corte de 2,5 bi em relação à 2015)

Como se nota, a partir de 2015, ocasião em que as novas regras começaram a vigor, houve um corte considerável nas verbas alocadas para a saúde.

É nesse ponto que residira a primeira inconstitucionalidade apontada pela PGR.

Isso porque, segundo apontou, haveria perdas nominais nos primeiros exercícios subsequentes à promulgação da referida Emenda, o que, como visto, não era permitido pela forma de cálculo estabelecida pela Lei Complementar 141/2012.

Conforme apontou o Professor Francisco Funcia:

“Um exemplo claro da perda de aplicação em ASPS decorrente da EC 86/2015 pode ser evidenciado a partir da

ADI 5595 MC / DF

simples constatação de que, se estivesse vigorando em 2014, as despesas empenhadas corresponderam a 14,2% da RCL, enquanto que, para os primeiro e segundo anos de vigência, os percentuais constitucionais são menores (13,2% e 13,7%, respectivamente). Como ainda não terminou o exercício de 2015 e fatos novos surgem diariamente, não é possível ter um valor exato da perda decorrente somente da mudança de critério para apuração do cálculo do valor mínimo, sendo que, num dos cenários, chegará a R\$ 9 bilhões. Em outro estudo que realizamos posteriormente, para manter o padrão de gasto de 2014 e incorporar os acréscimos de despesas obrigatórias, foi estimada uma insuficiência na peça orçamentária de 2016 de R\$ 16,6 bilhões em 2016, se for destinado somente o valor mínimo de R\$ 100,3 bilhões (calculado com base em 13,2% da RCL nos termos da EC 86/2015)".²⁰

Fato é que a ocorrência de reforma constitucional que vise ao aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais é medida desejável de atualização dos fins e preceitos da CF, mas alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por eles alcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros. Nesse sentido, cabe retomar a forte lição de Paulo Bonavides:

“Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, **interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea** e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. [...]

Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, **padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade**, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes

ADI 5595 MC / DF

incumbe, a guarda bem sucedida e eficaz da Constituição”.²¹

O escalonamento temporal previsto no art. 2º da EC 86/2015, direta ou indiretamente, assumiu o risco de impor porcentuais proporcionalmente inferiores ao piso anteriormente vigente na forma da EC 29/2000, na medida em que, a depender do comportamento da receita corrente líquida da União e diante do agravamento da crise fiscal pela qual o país tem passado, será perdida a proteção inserida no art. 5º, § 2º da Lei Complementar 141/2012, que regulamentou o regime de financiamento mínimo inserido no art. 198, § 2º e § 3º pela EC 29/2000.

Tal procedimento fere frontalmente o dever de progressividade inscrito no art. 5º, §§ 1º e 2º e também a garantia de irredutibilidade a que se refere o art. 194, parágrafo único, IV da Constituição, os quais se encontram lastreados no nuclear comando de preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, *caput* e III) e nos tratados internacionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais dos quais o país é signatário.

Houvesse real intenção de progressividade na promulgação da EC 86/2015 (com o novo patamar de gasto mínimo em ações e serviços públicos fixado em 15% da receita corrente líquida da União, em atendimento alternativo ao pleito popular do Movimento Saúde +10), não haveria os subpisos de 13,2% em 2016, 13,7% em 2017, 14,1% em 2018 e 14,5% em 2019.

Retrocesso transitório ainda assim é retrocesso, já que a promessa de crescimento futuro do piso não garante que os subpisos serão superados ao longo das execuções orçamentárias, ainda mais com a regra de incorporação no cômputo do gasto mínimo federal em ações e serviços públicos de saúde das receitas oriundas da exploração de petróleo e gás.

Segundo Élica Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet, a EC 86/2015 trouxe retrocesso ao dever de gasto mínimo federal em saúde, na medida

ADI 5595 MC / DF

em que dá consecução à deliberada conversão do piso em teto fiscal de despesas no setor:

“Hoje, ao invés de celebrarmos a vinda da EC 86/2015, estamos a quantificar perdas, ademais de imprimir um ritmo menor aos avanços na conquista de novas fontes de recursos federais para o SUS, tal como implicado pela troca de critérios ora levada a efeito. [...]

Assim, fica, desde já, a inquietação diante de um evidente retrocesso em matéria fiscal, no sentido de virmos a ter, em 2016, um ‘piso’ de 13,2% da receita corrente líquida da União, que é histórica e proporcionalmente inferior aos 14% da RCL federal que eram gastos em 2000, quando promulgada a Emenda 29.

O que se está a descortinar, na quadra atual e de modo cada vez mais evidente, é a ocorrência de uma progressiva estagnação no que diz com o gasto federal em saúde pública, de modo a desnudar — ainda mais com o novo regramento introduzido pela Emenda 86/2015 — que o que deveria ser o piso em verdade sempre funcionou primordialmente como teto. Que o direito fundamental à saúde merece mais é algo que nos parece evidente e está na hora de abirmos os olhos para tal fenômeno”.²²

Os autores fazem observar que:

“o escalonamento de percentuais abaixo dos 15% da receita corrente líquida da União ao longo de 5 anos, não só permite que o Governo Federal promova um cumprimento dito ‘progressivo’ de percentuais abaixo do mínimo inscrito no art. 198, §§2º e 3º da CR/1988, como também afirma que este é máximo, justamente por não poder ser atingido desde logo, no presente”.

Além disso, aduzem ser:

ADI 5595 MC / DF

“prejudicial [a] reversão do regime conquistado após as manifestações de junho de 2013 [art. 2º, § 3º e art. 4º da Lei 12.858, de 9 de setembro de 2013], segundo o qual seria destinado à saúde pública, em acréscimo ao patamar mínimo constitucional, o montante de 25% das receitas oriundas da exploração do pré-sal”.

Em tal confluência de restrições ao regime de custeio mínimo das ações e serviços públicos pela União é que se verifica severo risco de retrocesso, suficientemente capaz de indicar a fumaça do bom direito na impugnação em apreço.

No caso em exame, observa-se a falta de justificativa hábil acerca da existência de eventuais medidas compensatórias,²³ bem como a ausência de comprovação expressa que indique a proporcionalidade e a obediência ao princípio da segurança jurídica na imposição de subpisos, marcados pelo risco da regressividade em face do regime anterior dado pela EC 29/2000, e da perda do caráter de fonte adicional de receitas para os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás. Esta a razão pela qual cabe reconhecer a desconformidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 com o núcleo de identidade protetivo do direito à saúde na Constituição de 1988.

Como leciona Canotilho,

“o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial.”²⁴

ADI 5595 MC / DF

Segundo Alessandra Gotti,

“o retrocesso social acarreta a presunção de invalidez ou inconstitucionalidade da medida adotada, bem como transfere ao Estado o ônus da prova quanto à sua razoabilidade [...] e proporcionalidade”.²⁵ Isso porque o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU aponta para o dever de cada Estado-parte, em caso de retrocesso constatado, de “demonstrar que examinou todas as alternativas existentes e justificá-las em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da utilização do máximo dos recursos disponíveis, consagrando assim a inversão do ônus da prova, conforme pode ser verificado no Comentário Geral n. 3 (a índole das obrigações dos Estados-partes), parágrafo 9”.

As alterações empreendidas pelos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 no financiamento mínimo do direito à saúde inegavelmente constroem a estabilidade jurídica e o caráter progressivo do custeio federal das ações e serviços públicos de saúde.

Por derradeiro, vale lembrar que esta ADI cuida de perquirir sobre eventuais afrontas ao dever federal de financiamento mínimo do direito à saúde, causadas pelos arts. 2º e 3º da Emenda 86/2015, sendo esses os estritos limites em que pode ser avaliada a controvérsia acerca da incidência do regime dado pela Emenda 95/2016 em relação ao piso constitucional de custeio das ações e serviços públicos de saúde.

Muito embora o art. 3º da Emenda 95/2016 tenha revogado o art. 2º da Emenda 86/2015, o percentual aplicado pela União em ações e serviços públicos de saúde foi inferior a 15% da sua receita corrente líquida em 2016. Trata-se de constatação inequívoca, haja vista o fato de que o Governo federal invocou a incidência do art. 2º, I da EC 86/2015, a pretexto da validade do subpiso de 13,2% para o exercício financeiro em comento.

ADI 5595 MC / DF

Como se vê, persiste, indubitavelmente, controvérsia a merecer julgamento de mérito por este Tribunal, além do fato de que segue vigente o art. 3º da EC 86/2015.

Esse entendimento de que não cabe a arguição de perda de objeto nos presentes autos é corroborado pela oficial constatação do Conselho Nacional de Saúde²⁶ de que houve déficit federal de aplicação em saúde em 2016 em face do patamar fixado no art. 198, § 2º, I, da Constituição.

As contas do Ministério da Saúde relativas ao ano passado foram rejeitadas pela sua respectiva instância de controle social, no âmbito da competência de avaliar e emitir parecer conclusivo a respeito dos relatórios quadrimestrais e do Relatório Anual de Gestão (RAG), a que se referem os artigos 36, § 1º, 39, § 4º e 41 da Lei Complementar 141/2012.

O embasamento da rejeição do Relatório Anual de Gestão do Ministério da Saúde de 2016 pelo Conselho Nacional de Saúde foi o parecer da sua Comissão de Financiamento e Orçamento, concluído, em suma, nos seguintes termos:

“Considerando a análise realizada anteriormente, incluindo os Anexos, a conclusão referente ao RAG 2016 e ao RPQC/3ºQuadrimestre/2016 resultou nos seguintes apontamentos:

A) Descumprimento da aplicação mínima constitucional em ASPS (14,96% ou R\$ 253 milhões abaixo do mínimo);

B) Não compensação integral dos restos a pagar cancelados em 2015 (insuficiente em R\$ 439 milhões);

C) Inexistência de critérios para a escolha das despesas não executadas ou executadas parcialmente em razão do contingenciamento estabelecido pela área econômica;

D) Não demonstração pelo Ministério da Saúde da alocação de recursos suficientes para promover a mudança de

ADI 5595 MC / DF

modelo de atenção à saúde (para priorizar a atenção básica);

E) Queda real dos valores das transferências fundo a fundo para estados, distrito federal e municípios;

F) Reincidência da baixa execução (pelo nível de liquidação – ‘inadequado’, ‘intolerável’ e ‘inaceitável’) de itens de despesas apesar dos alertas do CNS nos três quadrimestres de 2016, sendo que dos 24 dos avaliados com níveis de liquidação da despesa ‘inadequado’ em 2015 no fundo nacional de saúde, apenas 5 passaram para os níveis ‘adequado’ e/ou ‘regular’; em 2016;

G) Inexistência de avaliação dos impactos nas condições de saúde da população dos recursos transferidos para estados e municípios;

H) Não comprovação da existência de recursos financeiros vinculados às contas do Fundo Nacional de Saúde e das demais unidades da administração indireta do MS correspondentes aos valores dos empenhos a pagar e dos saldos dos restos a pagar em 31/12/2016, para que se comprove a efetiva aplicação mínima legalmente estabelecida para 2016 nos termos da LC 141/2012;

I) Inexistência de dotação orçamentária específica para compensação integral dos restos a pagar cancelados a partir de 2012, além da não compensação de restos a pagar cancelados desde 2000 que fizeram parte do cômputo da aplicação em ASPs;

J) Não atendimento à solicitação do CNS de presença de representante do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão no pleno do CNS para debater a compensação dos restos a pagar cancelados; e

K) Não atendimento à solicitação do CNS de apresentação da análise de viabilidade técnica e financeira de execução dos restos a pagar antigos (2014 e anos anteriores).

Recomendamos a **não aprovação do RAG 2016 do Ministério da Saúde**, bem como que esses apontamentos sejam considerados como indicações das medidas corretivas da gestão a serem encaminhadas ao Presidente da República nos termos

ADI 5595 MC / DF

da Lei Complementar nº 141/2012, especialmente no que se refere à compensação imediata em 2017 do valor da aplicação considerada insuficiente nos termos constitucionais e legais anteriormente destacados”.

Tal análise foi submetida ao Plenário do Conselho Nacional de Saúde que, em reunião ordinária realizada no dia 6 de julho deste ano, deliberou formalmente, por meio da Resolução 551/2017, reprovou o Relatório Anual de Gestão 2016 do Ministério da Saúde, com base no apontamento de déficit de aplicação no piso federal em saúde.

Diante do quadro fático ora descrito, resulta evidente a urgência na concessão da liminar, uma vez que a manutenção de eficácia das normas atacadas vem dificultando ou mesmo impossibilitando, a cada dia e de forma irreversível, o gozo dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros.

A isso se soma a demanda crescente do SUS, sobretudo nos últimos anos, quando houve um agravamento no quadro de desemprego no país. A norma jurídica questionada piora substancialmente a desigualdade no acesso a direitos fundamentais, a justificar a imediata concessão da cautelar pleiteada.

Além disso, a existência de *periculum in mora* em caso de falta de apreciação urgente pelo Supremo Tribunal Federal do pedido de cautelar também reside na repercussão do quanto for efetivamente pago pela União nas ações e serviços públicos de saúde em 2017, para fins de fixação do piso constitucional que passará a vigorar em 2018, bem como ao longo dos próximos 19 anos, na forma do art. 110, II do ADCT, inserido pela EC 95/2016.

Portanto, dado o novo regime orçamentário que passará a submeter também o piso federal da saúde a partir de 2018, a concessão de medida cautelar em data posterior consumará – de fato – o perigo de se exarcebar

ADI 5595 MC / DF

o “quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública do país [...], que causa número formidável de mortes e agravos evitáveis à saúde dos cidadãos brasileiros”, tal como suscitou o requerente.

Assim posta a matéria de fato, defiro a cautela, *ad referendum*, do Plenário para suspender a eficácia dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015.

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 31 de agosto de 2017.

Ministro Ricardo Lewandowski

Relator

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145-151.

[2] *Idem*, p. 149-151.

[3] TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

[4] Como se lê expressamente a partir do rol de competências materiais atribuídas aos entes da federação nos arts. 23, II e 30, VII e ao SUS no art. 200 pela Constituição de 1988.

[5] Em rota de consonância com o dever de implementação progressiva dos direitos no nível máximo de recursos disponíveis, conforme o artigo 2º, item 1 do Pacto Internacional sobre Direitos

ADI 5595 MC / DF

Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992); bem como com a obrigação de adotar medidas até o máximo da disponibilidade orçamentária, inscrita no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de São Salvador (promulgado pelo Decreto 3.321/1999).

[6] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17.

[7] BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[8] Interessante retomar o fato de que o Fundo Social de Emergência, na forma do art. 71 acrescido ao ADCT pela ECR nº 1/1994, em tese, visava, dentre outras finalidades, ao custeio da saúde pública, muito embora não tenha sido essa sua destinação efetiva, em face da demanda de estabilização monetária e conforme o caminho seguido ao longo das Emendas Constitucionais n.º 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003, 56/2007, 68/2011 e 93/2016.

[9] PINTO, Élide Graziane. Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 117.

[10] Aqui concebidos em sentido lato, de modo a acolher não só os benefícios previdenciários e assistenciais, como também o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos de saúde.

[11] SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.

[12] Como já suscitado por SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 99.

[13] BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde:

ADI 5595 MC / DF

complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 816.

[14] *Idem*, p. 106.

[15] COMPARATO, Fábio; PINTO, Elida Graziane. Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional. In: Consultor Jurídico. 17 de dezembro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protecao>

[16] COMPARATO, Fábio; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Elida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. In: Consultor Jurídico. 27 de julho de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>

[17] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145-151.

[18] Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos a partir da execução orçamentária do exercício de 2014.

[19] Disponível em: www.orcamentofederal.gov.br

[20] Entrevista com Francisco Funcia. A extensão da ameaça da EC 86/2015 sobre o SUS. Disponível em <http://dssbr.org/site/entrevistas/a-extensao-da-ameaca-da-ec-862015-sobre-o-sus/>. Acesso em 29/11/2016.

[21] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 594-595. Grifei.

[22] PINTO, Elida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde. In: Consultor Jurídico. 24 de março de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>. Segundo os autores, “interessante notar que o primeiro

ADI 5595 MC / DF

exercício financeiro após a promulgação da EC 86/2015 será 2016, quando a União aplicará 13,2% da receita corrente líquida, por força do art. 2º, inciso I da Emenda, mas, em 2000, quando foi editada a Emenda Constitucional nº 29, a União aplicava 14% da RCL federal. Temos aqui proporcionalmente mais um retrocesso histórico de 0,8% em face da receita corrente líquida da União”.

[23] Sequer está resguardada a aplicação transitória da regra do art. 5º, § 2º da LC 141/2012 de vedação de retrocesso fiscal, segundo a qual, mesmo em caso de variação negativa do produto interno bruto – PIB, os valores de gasto mínimo federal em saúde não seriam suscetíveis de redução nominal.

[24] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 1998, p. 321.

[25] GOTTI, Alessandra. Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012, PP. 171-174.

[26] Ver: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso551.pdf>