

19/10/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.595 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **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**
AM. CURIAE. : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL DA CUT - CNTSS/CUT**
ADV.(A/S) : **CEZAR BRITTO**

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar proposta pela Procuradoria-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 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).

ADI 5595 / DF

Destacou, ainda, que as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional 86/2015

“[...] 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).

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 referida EC, embora aparentemente tenha 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

ADI 5595 / DF

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 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).

Asseriu que, além disso, os dispositivos atacados são

“[...] inconstitucionais por violar[em] 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

ADI 5595 / DF

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 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 esta área e, ainda, com o aumento do número de usuários, o colapso no sistema público seria iminente.

Aduziu, por fim, o seguinte:

“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.

ADI 5595 / DF

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).

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:

“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

ADI 5595 / DF

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 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), os quais deferi.

Em 31/8/2017, implementei a cautelar para suspender a eficácia dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015.

É o relatório.

15/04/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.595 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem examinados os autos, ressalto, inicialmente, que a Constituição Federal prevê, ao lado do direito público subjetivo de todos à saúde, o dever do Estado de dar-lhe efetiva concreção, garantindo-o – segundo palavras do próprio legislador constituinte – “mediante 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, da CF).

Para o cumprimento de tal obrigação, o Texto Magno instituiu fontes de receita permanentes para financiar a seguridade social e o sistema único de saúde (arts. 195 e 198, § 1º, da CF). Ademais, estabeleceu investimentos mínimos em ações e serviços públicos de saúde (arts. 167, IV e 198, § 2º e § 3º, da CF).

Desses preceitos todos, lidos de forma sistemática, extrai-se a conclusão de que as verbas destinadas à saúde pública contam com a garantia de financiamento estável e progressivo, sobretudo tendo em conta que um dos principais pilares sobre os quais se assenta a República Federativa do Brasil consiste precisamente na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Trata-se da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, revelada, em especial, na sua expressão mais visível para a população, que é exatamente o 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*, da CF).

Ingo Sarlet, com a sua peculiar sensibilidade, assenta a existência de uma eficácia dirigente e irradiante dos direitos fundamentais, assentando que eles contêm “uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe 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 dos direitos fundamentais cometido 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**”² (grifei).

Assim, segundo Sarlet, o reconhecimento de direitos públicos subjetivos em favor dos cidadãos implica também o direito à “proteção mediante a organização e o procedimento”, a fim de lhes assegurar objetiva consecução por parte do Estado.³

Por isso, já adentrando no mérito da demanda, não há como deixar de reconhecer a existência de “imperativos de tutela” ao examinar-se o modo como a Constituição estruturou determinadas garantias instrumentais de organização e procedimento para tornar efetiva a

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, pp. 145-151.

2 Idem, p. 147.

3 Idem, pp. 149-151.

ADI 5595 / DF

proteção do direito fundamental à saúde. Em outras palavras, 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 da CF é levado a efeito por meio de políticas sociais e econômicas definidas no art. 198 do Texto Magno, basicamente por intermédio do SUS e de seu financiamento adequado.

A dimensão objetiva do financiamento adequado do direito à saúde, de acordo com Heleno Taveira Torres, encontra-se baseada nas garantias financeiras, assentadas constitucionalmente, de gasto mínimo e fontes próprias de receitas no bojo do orçamento da seguridade social. Nesse sentido, esse eminente especialista em Direito Financeiro aponta para o papel dos orçamentos públicos para conferir substância aos direitos e liberdades fundamentais, nos seguintes termos:

“A proteção da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais tem máxima eficácia no Estado Democrático de Direito. Por isso, o orçamento público regido por uma Constituição Financeira deve ter como objetivo alocar todos os meios necessários para a realização deste fim constitucional do Estado nas suas 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”.⁴

Isso significa que o orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais. O direito à saúde, de modo especial, tendo em vista a sua natureza de direito público subjetivo de segunda geração ou dimensão, exige prestações positivas por

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

ADI 5595 / DF

parte do Estado, não podendo nesta seara limitar-se simplesmente a adotar uma atitude de abstenção.⁵ Por isso, não se mostra admissível, do ponto de vista constitucional, tolerar qualquer atitude omissiva das autoridades estatais nesse campo, particularmente uma omissão abusiva, que se revela por uma descontinuidade proposital das ações e serviços públicos de saúde, por meio - como é o caso - da frustração de seu custeio, em clara ofensa aos mandamentos constitucionais.

A noção de custeio adequado obviamente inclui a compreensão que ele se efetive em bases jurídica e financeiramente estáveis (conforme decorre dos princípios da segurança jurídica e da proibição do retrocesso) e fiscalmente progressivas (em consonância com os postulados da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência). Esse, por sinal, foi o sentido da lição ministrada pelo Ministro Celso de Mello, decano desta Corte, na ADPF-MC 45/DF, em que asseverou não ser cabível a manipulação da atividade financeira do Estado de modo a inviabilizar a preservação do direito à saúde. Confira-se:

“[...] 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

5 Como se decorre 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.

cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra 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” (grifei).

É imperativa, pois, a conclusão de que, ao direito fundamental à saúde, correspondem garantias específicas de organização sistêmica – a exemplo do SUS – e de financiamento suficiente e progressivo,⁶ que tem por base, entre nós, as receitas constitucionalmente asseguradas da seguridade social, observado sempre o piso mínimo de custeio do setor.

Tal arranjo tem por escopo a máxima proteção do direito fundamental à saúde, decorrendo o dever de seu progressivo incremento da lógica do próprio art. 5º, § 1º, da Constituição, do qual, segundo Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo se deduz que “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”.⁷

6 A propósito do dever de implementação progressiva dos direitos no nível máximo de recursos disponíveis, veja-se o art. 2º, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992). Quanto à obrigação de adotar medidas até o máximo da disponibilidade orçamentária, consulte-se o art. 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).

7 Veja-se SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo

Como bem delineado pela Procuradoria-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 limitou a atuação do legislador ordinário no que tange a quanto investir nas áreas de educação e saúde, vinculando-o às prioridades por ele estabelecidas, de modo a tornar tais políticas públicas sindicáveis à luz do princípio da eficiência anteriormente ventilado.⁸

Diferentemente do que se tem propalado usualmente, essa prioridade, no que concerne à alocação de recursos nos orçamentos públicos para o custeio das ações e serviços públicos de saúde, não resulta apenas daquilo que consta nos § 2º e § 3º do art. 198 da Constituição, a partir da Emenda Constitucional 29/2000. Na 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,

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 17.

8 BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 337 e 345.

ADI 5595 / DF

do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Ademais, para que houvesse absoluta clareza a respeito de tal dever de custeio, o constituinte originário também cuidou de estabelecer uma regra de proporcionalidade provisória no art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, no intuito de assegurar que 30% (trinta por cento) do orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III, da CF) fosse direcionado às políticas públicas do setor de saúde.

Não é sem razão que as contribuições sociais (explicitadas nos arts. 149; 194, parágrafo único, V e VI, e 195, da CF, destinadas ao custeio da seguridade social, de cujo tripé substantivo a saúde participa), persistem constitucionalmente hígdas, a despeito das regras de desvinculação parcial de receitas que remontam à Emenda Constitucional de Revisão 1/1994⁹ e que, desde então, têm sido sucessivamente prorrogadas no ADCT, até o advento da 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 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, estabelecendo o dever de observar um gasto mínimo em moldes análogos aos do piso da educação.

A inserção dos citados § 2º e § 3º no art. 198, bem assim a redação conferida ao art. 77 do ADCT foi levada a efeito pela 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 contexto do

9 Interessante retomar o fato de que o Fundo Social de Emergência, na forma do art. 71, acrescido ao ADCT pela ECR 1/1994, em tese, visava, dentre outras finalidades, o 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 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003, 56/2007, 68/2011 e 93/2016.

ADI 5595 / DF

orçamento da seguridade (art. 167, XI, com a redação dada pela EC 20/1998). Aqui, vale trazer à colação a elucidativa explicação de Élica Graziane Pinto, segundo a qual

“[...] 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”.¹⁰

A escolha, feita a partir de uma alteração constitucional em 2000, foi no sentido de aperfeiçoar o regime de financiamento da saúde que vigia desde 1988, equiparando-o – em termos de primazia fiscal – ao direito à educação. Corroboram tal esforço as alterações promovidas no art. 34, VII, e, no art. 35, III, bem assim, no art. 167, IV, todos da CF, realizadas também pela EC 29/2000. Isso tudo sem prejuízo da proteção adicional inscrita no art. 160, parágrafo único, II, que condiciona a entrega dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e Municípios ao cumprimento do respectivo dever de aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde.

A evolução normativa que se verificou historicamente foi sempre na linha da progressividade das ações em prol do direito à saúde, somada à garantia de custeio suficiente, considerados os ditames constitucionais de atendimento universal, igualitário e integral no âmbito do SUS, bem como a irredutibilidade do volume de benefícios¹¹ da seguridade de que

¹⁰ PINTO, Élica Graziane. **Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 117.

¹¹ Aqui concebidos em sentido lato, de modo a acolher não só os benefícios

ADI 5595 / DF

trata o art. 194, parágrafo único, IV, da Carta Política.

Não apenas isso: à luz dos arts. 23, II; 30, VII; e 198 da Constituição, não é lícito a nenhum dos entes políticos da federação deixar de concorrer proporcionalmente no total de recursos públicos destinados ao SUS, sob pena de sobrecarregar os demais, além de impor grave risco de desestruturação no arranjo protetivo do direito fundamental à saúde.

Precisamente por isso têm sido frequentes os questionamentos judiciais em face da aplicação insuficiente de recursos em ações e serviços públicos de saúde, seja visando a responsabilização pessoal dos gestores inadimplentes (sobretudo imputando-lhes a prática de improbidade administrativa), seja para sancioná-los com a suspensão de transferências voluntárias a que se refere o art. 25, § 1º, IV, **b**, da Lei de Responsabilidade Fiscal, seja ainda para demandar o cumprimento das condições relativas às transferências obrigatórias previstas no art. 160, parágrafo único, II, da Constituição.

Sabe-se, ademais, que contribuiu sobremaneira para agravar o cenário de severos impasses fiscais concernentes ao custeio da saúde a longa mora legislativa na regulamentação da EC 29/2000, que só ocorreu em 2012, com o advento da Lei Complementar 141, muito embora tenha sido o art. 77 do ADCT concebido originalmente para vigorar por apenas cinco anos.

Em decorrência desse lapso temporal normativo, que perdurou de 2006 a 2012, ou seja, diante da prolongada inexistência de regulamentação da EC 29/2000, persistiram divergências profundas com relação ao tema, fato que propiciou o esvaziamento do dever de observar um gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde, considerada a prorrogação da vigência do citado art. 77 do ADCT.

previdenciários e assistenciais, como também o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos de saúde.

ADI 5595 / DF

Cabe repisar que, da interpretação conjunta dos incisos I e IV do parágrafo único do art. 194 com o incisivo comando do art. 196, ambos inscritos na Carta de 1988 desde sua redação original, extrai-se a conclusão segundo a qual qualquer restrição no tocante à cobertura de benefícios ou no atendimento do SUS, assim como a redução do montante de recursos públicos nele empregados, vulnera o direito fundamental à saúde, eis que esvazia o mandamento constitucional endereçado ao Estado, no sentido de reduzir o risco de doença e outros agravos, bem como de assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação desse bem fundamental da vida.

Acerca da tensão entre a reserva do possível e a consecução progressiva do direito à saúde, Fernando Facury Scaff, com o rigor acadêmico que o caracteriza, observa:

“[...] 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, 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”.¹²

Para que o dever de observar o gasto mínimo em saúde, estabelecido pela EC 29/2000 não seja interpretado na restrita e manipulável dimensão de que se trata de mera equação matemática concebida para a elaboração e a execução dos orçamentos anuais, é preciso extrair dele uma correlação, de fato, substantiva, que conjugue os recursos fiscais disponíveis com os fins constitucionais a que se destinam.

Ora, considerando que são, na prática, inesgotáveis as demandas em face do Estado nesse setor,¹³ outra alternativa não há – do ponto de vista constitucional – senão manter e aprimorar o financiamento “historicamente insuficiente” (como suscitado pelo requerente) das políticas públicas de saúde.

Ana Paula de Barcellos, a esse respeito, faz o seguinte alerta:

“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 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

12 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 SCAFF, Fernando Facury, *op. cit.*, loc. cit.

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 contrassenso.

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 descreeverá 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**¹⁴ (grifei).

Embora não se possa pretender assegurar de forma irrestrita – no campo das demandas individuais, inclusive aquelas veiculadas judicialmente – o direito fundamental à saúde, na forma como foi generosamente delineado pelos constituintes de 1988, tendo em conta os naturais limites orçamentários, administrativos e até mesmo tecnológicos, não se pode tolerar nenhum retrocesso em termos de custeio e, com muito maior razão, qualquer omissão deliberada que possa afetar o já insuficiente serviço público nessa área.

Fernando Facury Scaff, anteriormente citado, chega a afirmar a existência de um “orçamento mínimo social”, asseverando 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

14 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestação de saúde: 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.

Constituição traz uma série de obrigatórias vinculações de receita às despesas sociais”.¹⁵

Fábio Comparato e a já mencionada Élide Grazianne Pinto, de outra parte,¹⁶ lembram que o dever de aplicação mínima de recursos em saúde e educação – os pisos de que tratam os arts. 198 e 212 da CF – assumem o caráter de verdadeiros remédios constitucionais que resguardam e tutelam o nível essencial de efetividade de tais direitos sociais, em moldes análogos aos do *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular (art. 5º, LXVIII a LXXIII, da CF).

Nessa mesma linha, esses dois estudiosos, juntamente com os já citados Heleno Taveira Torres e Ingo Wolfgang Sarlet sustentam que o financiamento dos direitos à saúde e à educação são mínimos inegociáveis, *verbis*:

“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

15 Op. cit., p. 106.

16 COMPARATO, Fábio; PINTO, Élide Graziane. Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional. **Consultor Jurídico**. 17 de dezembro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protecao>. Acesso em dez. 2017.

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 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 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” (grifei).¹⁷

Convém insistir: a clara relação de garantia entre o direito fundamental à saúde e seu regime de financiamento mínimo encontra guarida não só na doutrina, mas também decorre da leitura integrada dos arts. 1º, *caput*, e 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 do Texto Magno, bem como em fortes e reflexivos “imperativos de tutela”¹⁸ que regem a organização estrutural do SUS, acrescentando-se a isso, repita-se à exaustão, o dever do Estado correspondente à aplicação de um gasto mínimo - constitucionalmente previsto - nas ações e serviços públicos de saúde.

Nesse ponto, vale trazer à colação os arts. 34, VII, e, bem assim o art. 35, III, da Carta Magna, de maneira a evidenciar que frustrar a aplicação “do mínimo exigido da receita” em ações de saúde configura conduta gravíssima, pois vulnera um valor que a doutrina classifica de “princípio

17 COMPARATO, Fábio; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élica Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Financiamentos dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. **Consultor Jurídico**. 27 de julho de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>. Acesso em out. 2017.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. op cit., pp. 145-151.

ADI 5595 / DF

constitucional sensível”, ensejando, inclusive, dentre outras sanções, a intervenção federal nos Estados e a destes nos Municípios.¹⁹

No caso em exame, como síntese parcial, é possível afirmar que a proteção do direito à saúde e, por conseguinte, do próprio direito à vida, exige que seja assegurado o financiamento adequado do SUS, quer pelo viés das fontes próprias e solidárias de receitas da seguridade social, quer sob a perspectiva do dever de observar o gasto mínimo constitucionalmente assegurado para o setor, sob pena de violação do princípio universal da proibição do retrocesso em matéria de direitos sociais e de outros valores fundamentais que encontram guarida em nosso texto constitucional, já passados em revista.

Nessa linha, permito-me trazer a lume o quanto expus no RE 592.581/RS a respeito de situação análoga, que também dizia respeito ao dever de o Estado garantir o mínimo existencial, cujo descumprimento admitia a intervenção do Judiciário:

“Sabe-se hoje que os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e *positivamente vinculantes*, como ensina Gomes Canotilho.

A sua inobservância, ao contrário do que muitos pregavam até recentemente, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, deflagra sempre uma consequência jurídica, de maneira compatível com a carga de normatividade que encerram.

Independentemente da preeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais, como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização

¹⁹ Ver sobre o tema: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 2a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 119-120 e 134-136.

pode ser cobrada judicialmente, se necessário.

Segundo assentei em sede acadêmica, os direitos individuais, institucionalizados há mais de trezentos anos, além de claramente exteriorizados, por meio de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, encontram-se protegidos por uma série de garantias bem definidas, que pouco variam de um sistema jurídico para outro.

Assim, **contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido**, penso que **não se está diante de normas meramente programáticas. Tampouco é possível cogitar de hipótese na qual o Judiciário estaria ingressando indevidamente em seara reservada à Administração Pública.**

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

Nesse contexto, **não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas** na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes.

[...] A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais.

A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.

Sim, porque, como já assentou o Ministro Celso de Mello, não pode o Judiciário omitir-se *se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.*

[...]Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete *impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada.*

Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana”.

Na mesma linha, em trabalho doutrinário, tive a oportunidade de assentar, ao citar a valiosa obra “A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio, o seguinte:

“Na era dos direitos, o grande protagonista é, sem dúvida nenhuma, o Poder Judiciário. [...] E a principal atribuição do Poder Judiciário, hoje, no século XXI, muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade”.²⁰

Retornando à questão específica atacada nesta ADI, cumpre lembrar que, antes da entrada em vigor da EC 86/2015, ora impugnada, a Constituição estabelecia, em seu art. 198, § 2º, I, que os percentuais

20 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, Editora FGV Direito Rio, 2009, p. 78.

ADI 5595 / DF

mínimos aplicados anualmente pela União, em ações e serviços públicos de saúde, seriam definidos por meio de lei complementar.

Esse preceito só foi regulamentado, muito tempo depois, pela Lei Complementar 141/2012, cujo art. 5º, § 2º, ostenta a seguinte dicção:

“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”.

Tal regulamentação, embora tardia, robusteceu a ideia segundo a qual o custeio do direito à saúde é objeto de uma tutela legal, que integra determinado “bloco de constitucionalidade”, assim definido pelo Ministro Celso de Mello:

“[...] cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente

reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289-292 – RTJ 77/657).

É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS ('Curso de Derecho Constitucional', p. 43) –, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de, a concretização da ideia de ordem constitucional global **bloco de constitucionalidade, cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas.**

Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – quer elastecendo-as, quer restringindo-as – as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política". (ADI 2971 AGR / RO, Rel. Min. Celso de Mello, grifei).

Nessa linha, convém recordar que a **EC 86/2015 introduziu uma nova forma de cálculo dos percentuais** que deveriam ser aplicados

ADI 5595 / DF

anualmente, pela União, em ações e serviços públicos de saúde, *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 seria integralmente alcançado após cinco exercícios financeiros subsequentes à promulgação da citada Emenda Constitucional, conforme estabelece o art. 2º, obedecida a escala a seguir explicitada:

“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”.

Interessantemente, segundo os termos do 4º da supramencionada

ADI 5595 / DF

EC, os seus efeitos passaram produzir-se já a partir da execução orçamentária do exercício de 2014.²¹

Nada obstante os esforços por parte do legislador constitucional e ordinário, os valores nominais alocados no orçamento da União para saúde desde 2011 - de forma surpreendente e, mais do que isso, lamentável - sempre oscilaram ora para cima, ora para baixo, porém, culminando numa rota descendente.²²

“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 (corte de 2,5 bi em relação à 2015)”.

É possível notar, a partir do demonstrativo supra, que, a partir de 2015, ocasião em que as novas regras começaram a vigorar, houve um corte considerável nas verbas alocadas para a saúde.

Nesse ponto, exatamente, é que reside a primeira inconstitucionalidade apontada pela Procuradoria-Geral da República. Isso porque, segundo esta ressaltou, registraram-se perdas nominais significativas nos primeiros exercícios subsequentes à promulgação da referida Emenda, o que antes não era admitido, em razão da forma de cálculo estabelecida pela LC 141/2012.

Essa questão foi bem analisada por Francisco Funcia. Veja-se:

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

21 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.

22 Disponível em www.orcamentofederal.gov.br. Acesso em out. 2017.

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)".²³

Ora, qualquer reforma constitucional que leva à perda ou redução de direitos fundamentais incorre em ofensa ao princípio – hoje universal, permito-me repetir – da proibição do retrocesso, ainda que a pretexto de estabelecer limites aos gastos orçamentários. Sobre o assunto, cabe recordar a substantiva 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**

23 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 nov. 2016.

inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem sucedida e eficaz da Constituição”(grifei).²⁴

O escalonamento temporal previsto no art. 2º da EC 86/2015, direta ou indiretamente, criou o risco do estabelecimento de percentuais proporcionalmente inferiores ao piso antes vigente, ou seja, desde o advento da EC 29/2000. Isso porque, a depender do comportamento da receita corrente líquida da União - e considerado o notório agravamento da crise fiscal pela qual o País vem passando - o resultado inelutável será a perda do mecanismo de proteção estabelecido no art. 5º, § 2º, da LC 141/2012, que regulamentou o regime de financiamento mínimo inserido previsto no art. 198, § 2º e § 3º, da Carta Magna, na redação dada pela EC 29/2000.

Está-se, pois, diante de patente lesão ao princípio da plena e imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, que decorre, como já visto, do disposto no art. 5º, § 1º, da Carta Magna, e também à garantia de irredutibilidade do valor dos benefícios da seguridade social, referido no art. 194, parágrafo único, IV, valores lastreados não só nos tratados internacionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais dos quais o Brasil é signatário, mas sobretudo no postulado da dignidade da pessoa humana, pilar fundamental de nossa República Federativa.

Caso existisse a real intenção de estabelecer uma progressividade ascendente no tocante aos gastos em ações e serviços públicos de saúde, de maneira a observar o patamar constitucional de 15% da receita corrente líquida da União, por óbvio, não haveria, na norma impugnada, a previsão de subpisos correspondentes a 13,2% em 2016, 13,7% em 2017, 14,1% em 2018 e 14,5% em 2019.

24 ONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 594-595.

ADI 5595 / DF

Ainda que transitório o retrocesso, mesmo assim é retrocesso, já que a promessa de um crescimento futuro do piso não garante que os subpisos sejam superados ao longo das futuras execuções orçamentárias, especialmente em face da 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, prevista no o art. 3º da EC 86/2015.

Este, ao dispor que despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com os *royalties* do petróleo e do gás natural serão computadas para fins de cumprimento do piso de 15% destinado para investimento em saúde, retirou o caráter de “fonte adicional” dessas verbas, contrariando o que dispunha o art. 4º da Lei 12.858/2013, o qual estabelece que os recursos destinados para a área da saúde aplicados em “acréscimo ao mínimo obrigatório previsto na Constituição Federal”. Nesse aspecto, portanto, nota-se retrocesso patente e cristalino, haja vista a redução severa de recursos para as ASPs.

O decréscimo no financiamento revela-se especialmente nocivo nos dias atuais, em que o Brasil enfrenta uma pandemia internacional gravíssima, causada pelo novo Coronavírus (Covid-19), reconhecida como tal pela Organização Mundial da Saúde (OMS). Milhares de pessoas lutam por suas vidas em diversas partes do mundo, e não há razões para crer que o cenário será diferente em nosso país, onde já há mais de duas centenas de casos confirmados.

Infelizmente, a previsão é de que o número de casos e de mortes venha a se expandir. Segundo a OMS, são igualmente alarmantes os níveis de contágio quanto os de inação governamental,²⁵ o que no Brasil assume contornos dramáticos em decorrência do subfinanciamento das

25 Nesse sentido, ver o discurso do Diretor Geral da Organização Mundial de Saúde proferido em 11/3/2020, disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

Acesso em mar. 2020.

ADI 5595 / DF

políticas de saúde. Nesse cenário, vê-se com clareza os riscos envolvidos no retrocesso de que tratamos, que pode comprometer o direito à vida e à saúde da população brasileira, sobretudo daquela parcela mais vulnerável em termos socioeconômicos. O financiamento do SUS, já historicamente insuficiente, sofreu duro golpe com a edição dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015, justificando-se a declaração de inconstitucionalidade de ambos os dispositivos.

Segundo os autores antes citados, Élide Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet, a EC 86/2015 representou um evidente retrocesso quanto ao dever de observar um gasto mínimo federal na área da saúde, porquanto ela deliberadamente converteu o piso em teto fiscal de despesas para o setor. Confira-se:

“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 abriremos os olhos para tal fenômeno”.²⁶

Os autores observam, ainda, 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”.²⁷

Além disso, assentam ser:

“[...] 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”.²⁸

Nessa confluência de restrições ao regime constitucional de custeio mínimo do setor da saúde por parte União é que se evidencia o risco de retrocesso.

Como leciona Canotilho,

deve ser piso e não o teto de gasto da saúde. **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>. Aduzem, ainda, os autores: “ [...] interessante notar que o primeiro 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”.

27 Idem.

28 Idem.

“[...] 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 e simples desse núcleo essencial”.²⁹

E, 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”.³⁰

Ademais, não é ocioso registrar que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU exige que cada Estado-parte, em caso de retrocesso constatado, demonstre “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”.

No caso sob exame, não há justificativa plausível para a falta de eventuais medidas compensatórias, bem como não existe comprovação de que os acima mencionados princípios constitucionais estejam efetivamente atendidos no estabelecimento de subpisos.³¹ Também nesse

29 CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1998, p. 321.

30 GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 171-174.

31 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.

ADI 5595 / DF

aspecto evidencia-se o risco de retrocesso em face do regime anterior instituído pela EC 29/2000, sobretudo diante da destinação que se deu às receitas correspondentes aos recursos oriundos da exploração do petróleo e gás. Fica assim, mais uma vez, demonstrada a desconformidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 com o núcleo de proteção do direito à saúde estabelecido na Constituição.

Por derradeiro, vale lembrar que esta ADI tem como objeto a alegada afronta ao dever constitucional de observância de um piso de custeio relativamente ao setor da saúde, em face do que dispõem os arts. 2º e 3º da EC 86/2015. Somente nesses estreitos limites é que pode ser avaliada a controvérsia superveniente acerca do novo regime de custeio introduzido pela Emenda 95/2016.

Ora, muito embora o art. 3º da EC 95/2016 tenha revogado o art. 2º da EC 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 uma constatação inequívoca, eis que o Governo federal invocou a incidência do art. 2º, I, da EC 86/2015, a pretexto de validar o subpiso de 13,2% para o exercício financeiro em comento.

Como se vê, persiste a controvérsia apresentada a esta Suprema Corte, que está a merecer um julgamento de mérito, mesmo porque segue vigente o art. 3º da EC 86/2015. Não fosse isso, há de se ter em conta os efeitos prospectivos das normas atacadas.

É nesse sentido que se vem manifestando a doutrina, desde que deferi a liminar no presente feito:

“É bem verdade que os eventos financeiros em nossa república vêm ocorrendo em uma velocidade incrível, e quando foi proferida a decisão liminar na ADI 5.595, o artigo 2º da EC 86 já havia sido revogado pela EC 95, conhecida por emenda do teto de gastos, que acabou com a vinculação dos gastos com

saúde, a qual comentei em outra ocasião.

O ponto central desta análise é: foi declarada a inconstitucionalidade de uma norma revogada. E daí?

Apresenta-se uma interessantíssima questão de direito intertemporal, pois no corpo permanente da Constituição consta que a União deverá aplicar nunca menos do que 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro (artigo 198, §2º, I). O escalonamento previsto no artigo 2º da EC 86 foi declarado inconstitucional, logo, tanto em 2016, como em 2017, o percentual a ser utilizado é de 15%, sem incluir neste montante o valor dos royalties, em face da inconstitucionalidade do artigo 3º da EC 86.

Todavia, 2016 já se escoou, e 2017 está sob a regra do teto, previsto na EC 95. E agora? O que deve ser feito no âmbito jusfinanceiro?

Em primeiro lugar deve-se recompor o valor que foi destinado à área de saúde no ano de 2016, a fim de que atinja o montante de 15% da receita corrente líquida da União naquele ano. Isso deve ser feito neste ano de 2017, ou em 2018, cujo Projeto de Lei Orçamentária apenas começou a tramitar. A diferença de valores deve ser aplicada na área de saúde, a fim de obedecer ao comando constitucional.

Em segundo lugar, o montante a ser aplicado em 2017 não pode ser inferior a 15% da receita corrente líquida da União, obedecendo o que determina o artigo 110, I, do ADCT (inserido pela EC 95), bem como em razão de que o escalonamento previsto no artigo 2º, I, da EC 86 foi declarado inconstitucional.

Em terceiro lugar, para o ano de 2018, o valor a ser aplicado em ações de saúde ficará congelado, sendo tão somente corrigido pelo IPCA, na forma do artigo 110, II, combinado com o artigo 107, § 1º, II, todos do ADCT (também inseridos pela EC 95).

Em todos esses anos, e nos posteriores, deve ser expurgado do cálculo o montante de *royalties* do petróleo, em face da declaração de inconstitucionalidade do artigo 3º, da EC

86".³²

E mais:

“Para quem, de forma um tanto míope ou até apressada e enviesadamente, sustenta que a cautelar da ADI 5.595 não poderia alcançar o artigo 2º da Emenda 86/2015, porque ele fora revogado pelo artigo 3º da Emenda 95/2016, devemos considerar que tal decisão se ampara no artigo 11, parágrafo 1º da Lei 9.868/1999, vez que – motivadamente – impôs a suspensão da eficácia – com efeitos retroativos – dos dispositivos questionados da Emenda 86.

A eficácia *ex tunc* da cautelar especificamente no que se refere ao revogado artigo 2º da Emenda 86 se projeta muito além do ano de 2016, pois a daí decorrente medida compensatória em 2017 incorporará a base de cálculo do piso federal em saúde para os próximos 19 anos, de modo a evitar o congelamento do déficit verificado, o que agravaria ainda mais a regressividade histórica da participação da União no custeio federativo do SUS”.³³

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime do Plenário, reconheceu que não há falar em perda de objeto da ação de controle concentrado de constitucionalidade pela revogação superveniente da norma impugnada:

“A revogação da norma objeto de controle abstrato de constitucionalidade não gera a perda superveniente do interesse de agir, devendo a Ação Direta de

32 SCAFF, Fernando Facury. Emenda orçamentária 86 foi declarada inconstitucional. E daí? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-05/contas-vista-emenda-orcamentaria-86-foi-declarada-inconstitucional-dai>. Acesso em: out. 2017.

33 PINTO, Élide Graziane. STF reconhece o “direito a ter o custeio adequado de direitos” na ADI 5.595. **Consultor Jurídico**, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-12/contas-vista-stf-reconhece-direito-custeio-adequado-direitos-adi-5595>. Acesso: out. 2017.

ADI 5595 / DF

Inconstitucionalidade prosseguir para regular as relações jurídicas afetadas pela norma impugnada. Precedentes do STF: ADI nº 3.306, rel. Min. Gilmar Mendes, e ADI nº 3.232, rel. Min. Cezar Pelluso.” (Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.106/MG, Rel. Min. Luiz Fux).

Merece destaque a fundamentação invocada pelo Relator, Ministro Luiz Fux, no corpo do acórdão:

“[...] é certo que a jurisprudência desta Suprema Corte reconhece a necessidade de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade para regular os efeitos da lei eventualmente reputada incompatível com a Carta Magna no período em que vigorou.

A efetividade da jurisdição e a instrumentalidade do processo exigem da Corte uma postura menos preocupada com filigranas processuais e mais comprometida com a proteção aos direitos materiais em jogo. Nesse contexto, os titulares das relações jurídicas regidas pela norma revogada merecem uma resposta jurisdicional uniforme e célere, não sendo razoável desperdiçar, sob o confortável pretexto da “perda do objeto”, todos os esforços, custos e tempo já despendidos no transcurso da Ação de Controle Abstrato de Constitucionalidade”.

Por isso não cabe acatar o argumento relativo à perda de objeto da presente ADI, sobretudo diante da constatação oficial do Conselho Nacional de Saúde no sentido de que houve déficit na aplicação das verbas relativas à saúde no ano 2016 em face do patamar fixado no art. 198, § 2º, I, da Constituição.³⁴

Cumprir registrar, ainda, por oportuno, que as contas do Ministério da Saúde relativas ao ano passado foram rejeitadas pela respectiva instância de controle social, no âmbito da competência de avaliar e emitir parecer conclusivo a respeito dos relatórios quadrimestrais e do Relatório

34

Ver: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso551.pdf>. Acesso em out. 2017.

ADI 5595 / DF

Anual de Gestão (RAG), a que se referem os arts. 36, § 1º, 39, § 4º, e 41 da Lei Complementar 141/2012.

A rejeição do Relatório Anual de Gestão do Ministério da Saúde de 2016 pelo Conselho Nacional de Saúde embasou-se no parecer de sua Comissão de Financiamento e Orçamento, cujo teor, em suma, é o seguinte:

“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 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 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” (grifei).

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

Diante desse quadro fático, forçoso é concluir que a manutenção de eficácia das normas atacadas vem dificultando ou mesmo impossibilitando, a cada dia e de forma irreversível, o gozo dos direitos

ADI 5595 / DF

fundamentais à vida e à saúde por parte dos cidadãos brasileiros.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015, confirmando a liminar anteriormente deferida.

Cópia