

UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA
DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA E CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

LETÍCIA BASTOS SANTANA

**FINANCIAMENTO DA SAÚDE PÚBLICA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

JUAZEIRO – BA

2021

LETÍCIA BASTOS SANTANA

**FINANCIAMENTO DA SAÚDE PÚBLICA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharela em Direito no Curso de Direito do
Campus III da Universidade do Estado da Bahia.

Orientador: Prof. Reginaldo da Silva Gomes

JUAZEIRO – BA

2021

LETÍCIA BASTOS SANTANA

**FINANCIAMENTO DA SAÚDE PÚBLICA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA

Aprovado em 13 de julho de 2021.

Prof. Reginaldo da Silva Gomes

Orientador (Universidade do Estado da Bahia)

Profa. Chirley Vanuyre Vianna do Nascimento

Membro examinadora (Universidade do Estado da Bahia)

Prof. Luis Eduardo Gomes do Nascimento

Membro examinador (Universidade do Estado da Bahia)

JUAZEIRO – BA

2021

UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA

Autorização Decreto nº 9237/86. DOU 18/07/96. Reconhecimento: Portaria 909/95, DOU 01/08-95

DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA E CIÊNCIAS SOCIAIS- CAMPUS III
COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO



PLANILHA DE AVALIAÇÃO

ANÁLISE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE DIREITO

DISCENTE: LETÍCIA BASTOS

TEMA:

INÍCIO: 14:00

TÉRMINO: 14:33

ITENS	VALOR PARA CADA ITEM	NOTAS		
		Orientador (presidente)	Arguidor	Membro
TEMA – relevância, objetivos, definição e/ou hipóteses, conclusão.	(0 a 2)	2,0	2,0	2,0
CONTEÚDO – clareza, objetividade, coerência.	(0 a 3)	3,0	3,0	3,0
PESQUISA BIBLIOGRÁFICA	(0 a 1)	1,0	1,0	1,0
APRESENTAÇÃO GRÁFICA – observância das normas técnicas, ortografia.	(0 a 1)	1,0	1,0	1,0
SUSTENTAÇÃO ORAL – desenvoltura, concatenação, otimização do tempo.	(0 a 3)	3,0	3,0	3,0
TOTAL - RESULTADO		10,0	10,0	10,0

REGINALDO DA SILVA
GOMES:01306211883
Assinado de forma digital por REGINALDO DA SILVA
GOMES:01306211883
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, ou=RFB e-CPF A3, ou=(EM BRANCO), ou=34395882000153, cn=REGINALDO DA SILVA GOMES:01306211883
Dados: 2021.07.14 10:55:13 -03'00'

Juazeiro-BA, 13 de julho de 2021.

Orientador (Presidente)

Arguidor

Membro

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer aos que se fizeram presentes durante o percurso da graduação, bem como da minha vida. Assim, de forma muito singela, compartilho minha satisfação por concluir este ciclo.

Inicialmente, de forma imensurável e eterna, sou grata à minha mãe e ao meu pai por todos os esforços empreendidos ao longo da minha existência que me oportunizaram ir em busca da minha formação profissional. As dificuldades enfrentadas, apenas foram superadas por ter vivido em um ambiente familiar de extremo acolhimento. Nos momentos de tristeza, angústia, aflição e ansiedade vocês estiverem presentes, me incentivando e me guiando. Jamais esquecerei das palavras e gestos que me alegraram e me alertaram. Meus mais sinceros agradecimentos por terem priorizado minha educação.

Ao meu irmão, Raick Bastos Santana, agradeço por sempre ter acreditado em meu potencial, por ter me fornecido apoio e ajuda nos momentos que precisei, pelo incentivo e principalmente por suas palavras em ocasiões oportunas. Cada pequeno detalhe me encorajou e me fortaleceu.

Ao meu marido, José Roberto Dias Neto, sou grata por sua presença, companheirismo, dedicação, paciência, incentivo e suporte. Agradeço por todas as vezes que você me encorajou, por todos os momentos que me fez considerar o melhor de cada situação e por sempre me fazer perceber que cada circunstância desencorajadora seria superada. Sou mais forte por sempre ter você ao meu lado.

Aos demais membros da minha família, em especial meus avós maternos e paternos, meus agradecimentos por suas palavras de carinho e afeto, bem como por sempre terem acreditado que esse momento ocorreria.

A graduação, ainda, me propiciou conhecer pessoas incríveis, as quais tornaram os meus dias mais felizes em momentos de angústias. Em especial agradeço à Bruno, Eryka, Francisco, Carol, Isabela, Jeovane, Milena, Monaliza e Otávio, por todos os risos e apoio.

Ao meu orientador, Prof. Reginaldo da Silva Gomes, agradeço por suas ponderações decorrentes da leitura da presente pesquisa.

Finalmente, meus agradecimentos a Dr. Alexandre Lamas da Costa, cujo estágio desenvolvi sob sua supervisão. Sou grata por todos os seus ensinamentos, por toda sua paciência para esclarecer minhas dúvidas, por sempre ter tornado o ambiente de trabalho um local leve, tranquilo e satisfatório. Inclusive, o interesse em pesquisar o tema decorreu de uma conversa onde o Dr. me sugeriu pesquisa na seara da saúde. Enfim, sempre irei mencioná-lo como profissional qualificado, competente e respeitoso, que me marcou positivamente como exemplo a ser seguido.

RESUMO

A saúde pública na sociedade brasileira demanda uma atenção visando uma real concretização da política pública, vez que historicamente é permeada por uma ausência de priorização para sua efetivação, o que veio a ocasionar, paulatinamente, um esvaziamento normativo do preceito constitucional. Nesse sentido, buscar-se-á apresentar os preceitos normativos constantes na CF/88, que versam sobre o direito fundamental da saúde, seu financiamento e da obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos pelos entes federativos. Para tanto, será apresentada a Emenda Constitucional nº 29/2000, em seguida a Lei Complementar nº 141/2012, posteriormente a Emenda Constitucional nº 86/2015 e por último a Emenda Constitucional nº 95/2016. Assim, a partir destes atos normativos entendeu-se que ao longo dos anos foram adotadas medidas contrárias a progressividade que deve ser alcançada ao direito social em estudo, destacando a corrente desvinculação na destinação de recursos da União ao setor. Concluiu-se que deve haver proporcionalidade entre a receita da União em relação ao financiamento da saúde pública, bem como que para ocorrer uma adequação normativa do sistema é imprescindível a declaração de inconstitucionalidade da EC nº 86/2016, em seu art. 2º e 3º, e da EC nº 96/2015, além do dever de adoção de todas as medidas necessárias com fito de garantir a “redução do risco de doença e de outros agravos”, até que o sistema garanta o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196, CF/88).

Palavras-chave: financiamento da saúde; progressividade; receita da União.

ABSTRACT

Public health in Brazilian society demands attention aiming at a real implementation of public policy, as It has historically been permeated by a lack of prioritization for its implementation, which gradually led to a normative emptying of the constitutional precept. Regarding that, we will seek to present the normative precepts contained in the Federal Constitution of the Republic of 1988 that deal with the fundamental right to health, its financing and the mandatory application of resources minimum requirements by federative entities. To this end, Constitutional Amendment No. 29/2000 will be presented, then Complementary Law No. 141/2012, then Constitutional Amendment No. 86/2015 and finally Constitutional Amendment No. 95/2016. Thus, from these normative acts it has been understood that over the years measures were adopted against the progressivity that must be achieved to the social law under study, highlighting the current untying of the allocation of federal resources to the sector. It was concluded that there must be proportionality between the federal government's revenue in relation to the financing of public health, as well as that for a normative adequacy of the system to occur, the declaration of unconstitutionality of EC No. 86/2016, in its art. 2nd and 3rd, and EC no. 96/2015, in addition to the duty to adopt all necessary measures in order to ensure the "reduction of the risk of disease and other health problems" until the system guarantees "universal access and equal rights to actions and services for their promotion, protection and recovery" (art. 196, CF/88).

Key-words: Public Health; Health Care; Public investment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESTAÇÃO MATERIAL.....	12
1.1 Financiamento da saúde a partir da Constituição Federal de 1988, da Emenda Constitucional nº 29/2000 e da Lei Complementar nº 141/2012.....	14
2. DOS PRECEITOS NORMATIVOS FRENTE AO FINANCIAMENTO NA ÁREA DA SAÚDE.....	20
3. DA VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MÁXIMA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA VEDAÇÃO DE RETROCESSO.....	26
3.1 Da teoria da reserva do possível e da teoria do mínimo existencial.....	28
4. DO (DES)CUMPRIMENTO PELA UNIÃO NA APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS FEDERAIS EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS) ENTRE OS ANOS DE 2003 A 2016.....	30
4.1 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595.....	45
4.2 Apresentação do voto do Ministro relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595.....	47
4.2 Necessidade de julgamento procedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595.....	50
4.3 Alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 95/2016 ao financiamento da saúde pública.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

A temática proposta decorreu de uma vivência prática, vez que enquanto usuária direta do sistema público de saúde foi possível conhecer as dificuldades enfrentadas por esse sistema, bem como em razão da Pandemia da COVID-19 que assolou o mundo e especificamente, no caso do Brasil, deixou ainda mais evidente a necessidade de funcionamento do sistema público de saúde capaz de atender a população de forma satisfatória.

Nesse sentido, em um primeiro momento, o presente trabalho busca apresentar os preceitos normativos que preveem disposições acerca do financiamento da saúde pública, bem como da aplicação de recursos mínimos pelos entes da federação a seara da saúde, tendo como alicerce a Constituição Federal de 1988, por constituir documento jurídico que fundamenta e orienta todos os atos normativos do nosso sistema jurídico. Destarte, sobre a matéria, será apresentada a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000 e a Lei Complementar nº 141 de 13 janeiro de 2012, sendo que este último ato normativo regulamentou o art. 198, § 3º da Constituição Federal de 1988 e havia por intento dispor sobre valores mínimos a serem aplicados pelos entes federativos em ações e serviços públicos de saúde (ASPS).

Em um segundo instante, que sucede a apresentação dos mencionados preceitos legais necessários a elucidação do tema, o estudo se preocupará em explanar se as normativas adotadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, se apresentaram de modo a trazer maior estabilidade ao financiamento do direito à saúde, bem como se procedeu de forma progressiva ao longo dos anos.

Para tanto, será questionado se as normativas são suficientes no sentido de atendimento aos anseios da progressividade do financiamento da saúde, vez que a problemática aqui proposta tem como ponto de partida a necessidade de observância de um dever de progressividade ao financiamento do direito social à saúde, não só isso, mas que a disposição da política pública seja suficiente e adequada para a sociedade. Em contraponto, sendo constatado que tais preceitos jurídicos são regressivos, impedindo a concretização material do direito em estudo, será frisado que a omissão estatal deve perpassar por um controle judicial que permita um sistema

jurídico coerente, tendo em vista que o meio legítimo para alocar recursos públicos decorre de leis de plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual.

Em momento posterior, serão apresentados os princípios basilares do tema, quais sejam: os princípios da máxima eficácia dos direitos fundamentais e da vedação de retrocesso, os quais serão utilizados como meios inafastáveis para o Poder Público se vincular, obrigatoriamente, a progressividade para concretização material da política pública.

Outrossim, pretende esclarecer que o gasto mínimo a ser direcionado à saúde não poderia, ao menos em tese, ser fixado em percentual de receita sem uma correspondência destes valores para que de forma suficiente atendam uma série de obrigações legais de fazer, materialmente entendidas. Portanto, argumentos tais como “princípio da reserva do possível” ou “discricionariedade”, não seriam aptos para eximir tal responsabilidade do Poder Público, uma vez que o gasto mínimo da saúde está vinculado a uma série de obrigações, somado que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, assim como previsto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988.

Ademais, ulteriormente, será evidenciada a necessidade de previsão legal que exprima de forma equivalente o financiamento federal de acordo com sua possibilidade arrecadatória. Para tanto, serão analisadas e discutidas as Emendas Constitucionais nº 86/2015 e nº 95/2016, dado que a União, dentre os entes federativos possui maior capacidade arrecadatória, mas que de forma inversamente proporcional não foi fixado um patamar de gasto mínimo para este ente federativo correspondente a sua receita.

Por fim, será evidenciado mais um fator agravante que impede a tese aqui firmada de progressividade no financiamento da saúde, que diz respeito a Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, que previa em seus artigos 2º e 3º, uma redução ao financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde, que mesmo tendo seu artigo 2º, revogado pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, trouxe implicações dessa redução ao piso federal previsto nesta última Emenda. Corroborando com isso, ter-se-á como fundamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595/DF, vez que constitui meio juridicamente possível para anseio da declaração da inconstitucionalidade das referidas normativas.

Nesse sentido, a partir de tal exposição, busca-se demonstrar que os atos normativos aos longos dos anos e posteriores a vigência da Constituição Federal de 1988, se demonstraram de forma inábil, no que concerne a intenção de prever preceitos legais que não apenas permitam uma estabilidade no gasto mínimo da saúde, mas que busquem a progressividade do financiamento deste direito social.

Para desenvolvimento da pesquisa optou-se por, inicialmente, buscar na doutrina pátria uma explanação sobre a matéria, utilizando conceitos necessários a elucidação do tema. Em seguida, preocupou-se em debruçar-se na legislação, vez que o tema está estritamente atrelado a uma previsão legal. Ao final, a partir de uma correlação entre a doutrina e legislação pretendeu-se apontar um dever de progressividade no financiamento da saúde, a ser garantido pelo Estado, o qual deve respeitar ao estágio de evolução conquistado pela política pública.

1. SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESTAÇÃO MATERIAL

Inicialmente, no que concerne ao conceito dos direitos fundamentais, mister destacar o exposto por Uadi Bulos em sua obra, o qual afirma que “direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social” (2015, p. 526). Nesse sentido, os direitos fundamentais constituem meios assecuratórios de proteção da dignidade de todo e qualquer indivíduo, os quais, por sua vez, são previstos na Constituição Federal de 1988, norma suprema em nosso ordenamento jurídico que vincula toda a sociedade, bem como o Poder Público.

Com efeito, afirma Mendes e Branco que “a constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário-, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talento destes” (2017, p.137). Portanto, a edição de atos normativos pelos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) implica a obrigatoriedade de um dever de conformidade aos direitos fundamentais.

Acontece que, os direitos fundamentais podem assumir “(...) funções múltiplas na sociedade e na ordem jurídica” (MENDES; BRANCO, 2017, p.137), e para melhor compreensão acerca destes direitos há na doutrina classificações diversas que variam conforme a função que será cumprida pelo direito fundamental estudado.

Logo, dentre as classificações adotadas, há os direitos a prestação que exigem do Estado uma atuação positiva e dentro desta categorização, existe ainda uma subdivisão denominada como “direitos a prestações materiais” (MENDES; BRANCO, 2017, p.148). Neste contexto, são mencionados os direitos sociais, os quais “estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos” (MENDES; BRANCO, 2017, p.148).

Destarte, a previsão destes direitos sociais na Carta Magna não apenas dispõe de limites para a atuação estatal, mas também constituem base que fundamenta uma prestação material positiva que deve ser perseguida na sua execução. Por este aspecto, destaca-se como direito à prestação material dos direitos sociais e, dentre

outros, o direito à saúde.

Consequente, a Constituição Federal de 1988 assegura a todos, como garantia fundamental, o direito à vida, dispondo em seu artigo 6º, que a saúde é um direito social, competindo, à União, aos Estados e Municípios prestarem os serviços de atendimento à saúde de suas populações.

Assim, em matéria de saúde, a Carta Política preceitua que os Entes Federativos serão conjunta e solidariamente responsáveis na prestação dos serviços. Em outros termos, há no ordenamento jurídico pátrio regras de hierarquização e divisão dos serviços, mas tais normas não são capazes de suprimir a vigência constitucional que dita a solidariedade.

Convém sublinhar, nesse passo, que a teor do que preceitua o art. 196 da Carta Magna, “a saúde é direito de todos e dever do Estado (...)” (BRASIL, 1988) e, conforme estabelece o art. 198, “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único,” (BRASIL, 1988) composto e gerido harmonicamente pelas três esferas de governo, o que lhes confere, deste modo, a solidariedade ora afirmada. Ademais, os fundamentos básicos do direito à saúde estão elencados nos arts. 196 a 200 da Constituição Federal de 1988.

Ao consagrar o direito à saúde como direito fundamental, a Lei Maior brasileira impôs à União, Estados e Municípios o dever de adotar políticas públicas tendentes a reduzir o risco de doença e de outros agravos, bem como garantir a disponibilização das ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Nesse sentido, conforme apresentado por Pinto (2017, p.80), em uma acepção subjetiva do mencionado artigo, havendo previsão de que a saúde é um direito de acesso universal e gratuito às ações e serviços públicos de saúde, é possível que qualquer cidadão reivindique esta prerrogativa recorrendo ao Poder Judiciário, com fito de garantir a proteção do seu direito¹ (art. 5º, XXXV, da CF/1988).

Ainda mencionando o artigo 196 da CF/88, em sua parte final, conforme exposto por Pinto (2017), já sob uma acepção objetiva, o legislador previu a

1 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

obrigatoriedade do Estado em disponibilizar à população a execução de ações indispensáveis, mediante políticas sociais e econômicas tendentes a cumprir o fim pretendido pelo constituinte, qual seja, a “redução do risco de doença e de outros agravos”, bem como o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196, CF/88)².

No entanto, impõe salientar que não se pretende estabelecer prioridades na atuação estatal, mas busca-se garantir que não se deixe direitos fundamentais e indisponíveis ao desamparo da atuação estatal.

Diante essas considerações, reputa-se que a via institucional de tal direito, consistente no acesso universal e igualitário, depende de uma rede estrutural do Estado que corrobore com os avanços compreendidos na seara da saúde, exigindo uma progressividade na prestação dessas ações e serviços públicos. Ademais, é possível destacar que a partir do art. 198 da Constituição Federal de 1988 houve um delineamento da política pública com a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Isto posto, convém analisar as regras estabelecidas no ordenamento jurídico que versam sobre o financiamento da saúde pública.

1.1 Financiamento da saúde a partir da Constituição Federal de 1988, da Emenda Constitucional nº 29/2000 e da Lei Complementar nº 141/2012

A princípio, o art. 198, §1º, da CF/88 estabelece que o SUS será financiado com recursos provenientes do orçamento da seguridade social de todos os níveis federativos, além de outras fontes.

Consequente, conforme consta da redação do art. 55 da ADCT: “até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde” (BRASIL, 1988). Portanto, de forma provisória, o legislador cuidou de estabelecer que trinta por cento do orçamento da seguridade social destinaria às

² Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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 sua promoção, proteção e recuperação.

políticas públicas do setor da saúde.

Sobre isso, afirmam os autores Comparato, Torres, Pinto e Sarlet (2016) em opinião publicada no Conjur que “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”.

Ato contínuo, somente com a Emenda Constitucional nº 29, de 12 de setembro de 2000, foram fixadas diretrizes acerca do financiamento da saúde, vez que restou estabelecida uma vinculação orçamentária a ser destinada ao sistema, exigindo uma aplicação de recursos mínimos em saúde pelos entes federativos, conforme consta da redação do art. 198, §2º, da CF/88³. Outrossim, previu que Lei Complementar posterior que dispor sobre regras para aplicação destes recursos mínimos, será avaliada a cada cinco anos e deverá estabelecer critérios que tenham por objetivo a redução progressiva das disparidades regionais, vide art. 198, §3º, II, da CF/88⁴.

Ainda, a redação do art. 160, parágrafo único, da CF/88, dada pela Emenda Constitucional nº 29/2000, estabeleceu que para a União é possível o condicionamento para entrega dos recursos aos Estados, Municípios e Distrito Federal para fins de cumprimento do disposto no art. 198, §2º e II e III, qual seja, havendo o descumprimento dos percentuais mínimos que devem ser aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Acerca dessa regra, vale mencionar a Ação Cautelar nº 1915, proposta pelo Estado do Rio de Janeiro perante o Supremo Tribunal Federal, que tinha por intuito retirar a inscrição do Município do Rio de Janeiro, do Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias (CAUC), vez que o referido Município havia sido

3 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

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:

4 Art. 198 [...]

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

[...]

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

considerado inadimplente, pois descumpriu o percentual mínimo de aplicação dos recursos públicos em saúde.

Com referência, cabe apontar o voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia Antunes Rocha em decisão⁵ proferida quando do exame do pedido de liminar e referendada pelo plenário do STF⁶, *in verbis*:

12. Se é certo que os Estados não podem deixar de aplicar o percentual mínimo de 12% em saúde, devendo-se penalizar o gestor que descumprir a lei, não é menos correto que, na espécie dos autos, o Estado do Rio de Janeiro não pode deixar de atender a serviços públicos essenciais, comprometendo a continuidade da execução desses, enquanto se discutem critérios metodológicos que culminaram na inscrição questionada ao argumento de inadimplência do item 302 no Cauç. Conforme destacou o Ministro Marco Aurélio no julgamento da Ação Cautelar nº 259, o Estado “é dependente de repasses para viabilizar serviços essenciais concernentes a saúde, segurança e ordem pública. Há de buscar-se posição de equilíbrio, muito embora seja necessária a adoção de medidas para compelir a Administração Pública, da qual se espera postura exemplar, ao cumprimento das obrigações assumidas” (decisão monocrática, DJ 04.06.2004).

Impõe sublinhar que a matéria examinada na Ação e voto da Ministra reflete, ainda que indiretamente no tema proposto, pois a regra do art. 160, parágrafo único, da CF/88, pune a pessoa jurídica pelo descumprimento na aplicação de recursos públicos em saúde, o que por certo sofrerá a sociedade com o não recebimento de novos recursos e conseqüentemente a seara da saúde. Portanto, mostra-se imperioso que a punição ocorra de modo a não refletir diretamente na própria política pública da saúde sendo necessário um equilíbrio entre a punição, em caso de não repasse do percentual mínimo. Logo, a sanção deveria ser direcionado ao agente público e não ao ente federativo.

Não obstante, retornando a análise da Emenda Constitucional nº 29/2000, esta, por sua vez, acrescentou ao art. 198 da CF/88, dois novos parágrafos, quais sejam: os §§ 2º e 3º⁷, bem como inseriu o art. 77 ao Ato das Disposições Constitucionais

5 Decisão de 19.05.2009, publicada no *DJE*, n. 110, 15 jun. 2009.

6 Acórdão publicado em 1º.07.2010, ata nº 21/2010. *DJE*, n. 120, 30 jun. 2010

7 Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 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, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

Transitórias⁸.

Outrossim, a Emenda Constitucional nº 29/2000, remete diversas disposições a regulamentação por Lei Complementar posterior, sendo que tal fator veio a corroborar com um estado de vulnerabilidade fiscal do SUS, posto que a lei complementar mencionada pela Emenda apenas veio a ser promulgada em 16 de janeiro de 2012. Contudo, o art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu que as regras ali esculpidas apenas vigorariam até o exercício financeiro do ano de 2004, de modo que durante o período de mora legislativa foram utilizados diversos critérios interpretativos com fito de postergar um custeio efetivo. Ademais, a Emenda Constitucional nº 29/2000 estabeleceu critérios diferenciadores para União em relação aos demais entes federativos, quando da definição de patamares mínimos, pois apenas para a União não foi fixado um

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea *b* e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o § 2º;

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

8 Art. 77 Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea *b* e § 3º.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

percentual de gasto em saúde atrelado ao comportamento da sua receita, o que por certo, repercutiu negativamente para um custeio efetivo e adequado do SUS.

Nesta esteira, tem-se que até o momento a Emenda Constitucional nº29/2000 previu critérios não isonômicos para a União, bem como que nesta Emenda foram aludidos, em diversos dispositivos, a regulamentação por Lei Complementar posterior, que apenas veio a ser editada tardiamente, vigorando durante este período normas transitórias e que como será melhor demonstrado adiante foram prejudiciais ao suficiente e progressivo custeio da saúde pública.

Posteriormente, com a publicação da Lei Complementar nº 141/2012 ocorreu a regulamentação da matéria “(...) sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde (...)”, bem como “(...) estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo (...)” (BRASIL, 2012).

Consequente, nos arts. 5º a 8º da Lei Complementar nº 141/2012⁹, foram estabelecidas as regras sobre os recursos mínimos a serem aplicadas pelos entes federativos.

9 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.

§ 1º (VETADO).

§ 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.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o §3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Destarte, para a União foi fixado o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB), ressaltando que não havia qualquer correspondência com a Receita Líquida ou Bruta Federal. De outro modo, para os Estados e Distrito Federal estabeleceu-se o mínimo de 12% (doze por cento) e para os Municípios 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos.

No tocante ao repasse desses recursos, dispõe o art. 12 da mencionada Lei Complementar, que os recursos da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e as demais unidades orçamentárias que compõem o órgão do Ministério da Saúde, enquanto que o rateio dos recursos da União serão repassados para os Estados, Distrito Federal e Municípios diretamente através dos respectivos fundos de saúdes dos entes federativos, que deverá observar “(...) as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde (...) (BRASIL, 2012)”, conforme dispõe o art. 17, LC n° 141/2012.

Consequente, com a promulgação da Emenda Constitucional n° 86, de 17 de março de 2015, restou estabelecido que o percentual da União não poderia ser inferior a 15% (quinze por cento). No entanto, previu que tal percentual apenas seria alcançando após alguns exercícios financeiros seguintes a sua promulgação, o que será melhor demonstrado nos próximos capítulos.

Isto posto, a trajetória do financiamento da saúde apesar da sua notável relevância social padeceu de priorização desde a sua previsão na CF/88, pois com a Emenda Constitucional n° 29/2000, não foram previstas questões essenciais, tal como o percentual mínimo para a União, remetendo a regulamentação da matéria a Lei Complementar posterior, de modo que a previsão de tal regra foi postergada por anos até a vigência da respectiva Lei Complementar, ocasionando um adiamento da progressividade do financiamento da saúde. Nesse sentido, a previsão do §2° do art.198 da CF/88, por anos, suportou um esvaziamento do seu conteúdo normativo, tendo em vista a regra estampada no §3° do mencionado artigo. Portanto, apesar da previsão constitucional de gastos mínimos na seara da saúde, sua concretização sempre esteve condicionada a implementação pelo legislador infraconstitucional.

2. DOS PRECEITOS NORMATIVOS FRENTE AO FINANCIAMENTO NA ÁREA DA SAÚDE

Como exposto no capítulo anterior, a regulamentação da política pública da saúde está condicionada a lei complementar, dependendo deste diploma normativo a efetividade e funcionamento do sistema de gastos mínimos na seara da saúde. De tal sorte, com Lei Complementar nº 141/2012, a norma transitória do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deixou de vigorar, ante a mora legislativa. Nota-se, com isso, que o financiamento das ações e serviços públicos de saúde é permeado por normas que são parcialmente autoexecutórias, visto seu condicionamento a lei complementar posterior.

Nada obstante, importa registrar que a partir da Constituição Federal de 1988 restou assentado o dever estatal de prestação desse direito mediante um financiamento único, com recursos do orçamento da seguridade social, o que veio a ser consolidado através do Sistema Único de Saúde (SUS).

No entanto, apenas com a Emenda Constitucional nº 29/2000, os patamares mínimos a serem aplicados na seara da saúde se tornaram preceitos constitucionais. Ademais, sobre o contexto socioeconômico no qual a referida Emenda foi promulgada, interessa abrir um parêntese e destacar que no neste mesmo ano (2000), foi editada a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000), em um cenário de grande instabilidade da economia brasileira.

Isto posto, afirma Pinto que em razão da crise econômica entre os anos de 1999 e 2000 “(...) soou como circunstancialmente justificável a falta de disposição direta no texto permanente da Constituição dos patamares mínimos de gasto público em saúde, na forma do §2º do art. 198, introduzido pela EC nº 29/2000” (PINTO, 2017, p. 130).

Nesta esteira, com a promulgação da Lei Complementar nº 141/2012, em tese, esperava-se previsão normativa de regras favoráveis ao equilíbrio federativo e da progressividade no custeio da saúde, mas em sentido diametralmente oposto, previu regra não isonômica para a União, esvaziando, assim, a vinculação estatal de progressividade, vez que o art. 5º da LC nº 141/2012, apenas repetiu a redação do art. 77 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias.

Ademais, há uma crescente judicialização do direito à saúde, pleiteando as mais variadas facetas que decorrem da assistência desse direito, conforme levantamento do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ)¹⁰. Dessa forma, a compreensão do que se computa como gasto mínimo é crucial para o financiamento, vez que viabiliza a concretização do direito, em razão de limitar e definir o que deve e o que não deve ser computado como gasto nesta área, evitando possíveis desvios de recursos, por meio de interpretações parciais.

Acontece que os dispositivos previstos na Constituição Federal que vinculam os entes federativos a determinados percentuais não apresentam quaisquer interpretações que conduzam a elucidação dos conteúdos nos quais foram fixados tais valores. Além do mais, sequer é compreendido a materialidade do que é computado como gasto mínimo nas ações e serviços públicos em saúde. O art. 198, § 2º, da CF/88, apenas estabeleceu a aplicação de recursos mínimos de forma genérica, não apontando referenciais de patamares e/ou percentuais que vincularia tal gasto mínimo.

Na sequência deste artigo é apontado em seu inciso I, que no caso da União o percentual não pode ser inferior a 15% (redação dada pela Emenda Constitucional nº 86/2015). Em seguida, nos incisos II e III, apenas indica a base de cálculo que seus respectivos percentuais incidirá, no caso dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Assim, para a União é constitucionalmente previsto um percentual mínimo, mas não foi estabelecido orientação indicando fator no qual tal valor se assenta e aos demais entes federativos sequer há previsão constitucional de um patamar mínimo, sendo que tais pretensões apenas foram alcançadas com a Lei Complementar nº 141/2012.

Ademais, desde a vigência da Emenda Constitucional nº 29/2000, até a promulgação da Lei Complementar nº 141/2012, não houve um avanço legislativo de preceitos que estabelecessem o que poderia ser considerado como gastos em ações e serviços públicos de saúde, sendo a matéria regulamentada de forma vinculativa apenas a partir da mencionada Lei Complementar. Dessa forma, no tocante as

10 Conforme levantamento do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ) “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, entre os anos de 2008 e 2017, houve um aumento de 130% nas ações de saúde. Conforme dados, a seara da saúde foi responsável por 498.715 processos em primeira instância e 277.411 processos em segunda instância. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/#:~:text=Entre%202008%20e%202017%2C%20foi,causas%20e%20propostas%20de%20solu%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D>>. Acesso em: 14 de jun. 2021.

despesas em ações e serviços públicos de saúde, os arts. 3º¹¹ e 4º¹² da LC nº 141/2012, estabelecem as despesas admitidas e as que são excluídas, respectivamente, daquelas empreendidas para viabilização das ações e serviços públicos de saúde.

A respeito das restrições previstas no art. 4º importa destacar a narrativa de Mendes e Branco, em sua obra, os quais afirmam que:

11 Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

- I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;
- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

12 Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:

- I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;
- II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;
- III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;
- IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;
- V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;
- VI - limpeza urbana e remoção de resíduos;
- VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
- VIII - ações de assistência social;
- IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e
- X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Ainda não se podem avaliar os efeitos que critérios tão restritivos terão sobre a rede de saúde. Por um lado, tais restrições podem ampliar o financiamento do sistema de saúde em si, evitando desvios de recursos para outras áreas da ação pública, como tradicionalmente ocorria. Por outro lado, essas normas podem desestimular, por exemplo, ações de infraestrutura e saneamento básico que, como a própria Lei indica, contribuem para a melhoria das condições de saúde da população. (MENDES;BRANCO. 2017, p.601)

Deveras, há despesas que não são computadas como gastos em ações e serviços públicos de saúde que são objetos de controvérsia, vez que constituem fatores que diretamente vão refletir na seara da saúde, inclusive na manutenção de um serviço que atenda as condições básicas necessárias ao desempenho das atividades rotineiras, como é o caso das ações de infraestrutura e saneamento básico, destacadas pelos autores.

Não apenas isso, mas o inciso III excluiu como despesas aquelas que não atendam ao princípio do acesso universal. Ora, ao prever tal regra deveria o legislador ter definido o conteúdo de acesso universal, já que a ausência de clareza deste preceito abre margem para confusão do que se poderia ser excluído como despesas em ações e serviços públicos sob alegação de não atendimento ao princípio do acesso universal.

Consequente, durante os anos nos quais se aguardavam a edição da LC n° 141/2012, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) editou a Resolução n° 322, de 08 de maio de 2003, que previu diretrizes para aplicação dos recursos orçamentários de cada ente federativo a serem destinados nas ações e serviços públicos de saúde. No entanto, decorriam as regras de Resolução e não de Lei, por tal razão não possuía a mesma força vinculativa. Logo, as diretrizes estabelecidas “(...) não passaram de balizas interpretativas e, para um considerável contingente de entes da Federação, elas seriam meramente opinativas” (PINTO, 2017, p. 136). Contudo, a Resolução objetivou suprimir a lacuna da falta de regulamentação do art. 198, § 3° da CF/88.

Por outro lado, consta da Resolução n° 322, de 08 de maio de 2003, em sua sétima diretriz, inciso II, a exclusão como despesas em ações e serviços públicos de saúde aquelas que não atendam o princípio da universalidade. Não obstante, a sétima diretriz, se apresentou de forma exaustiva, com claro intuito de conter desvios de recursos para outras áreas das ações públicas, vez que não é espanto que à época, bem como nos dias atuais, que foram e ainda são utilizados desvios interpretativos

para excluir ou incluir despesas em ações e serviços públicos de saúde. Por tal razão, foi aqui destacado o inciso III, do art. 4º da LC nº 141/2012, pois o referido diploma não resolveu esta problemática, mas apenas deu continuidade para a possibilidade de interpretações que permitissem uma desvinculassem na destinação de recursos a área da saúde com fundamento do não atendimento ao princípio da universalidade, já que sequer houve sua conceituação.

Diante a impossibilidade da Resolução do CNS nº 322/2003, em estabelecer obrigações jurídicas ou mesmo em dispor sobre sanções no caso de descumprimento dos seus preceitos, somado que durante anos houve uma omissão legislativa na regulamentação do §3º do art. 198 da CF/88, “(...) durante os anos de 2005 a 2012, que se alimentou a instabilidade fiscal da política pública de saúde e a guerra fiscal de despesa que fora vivenciada no setor entre os três níveis da federação durante o aludido período” (PINTO, 2017, p. 140).

Em decorrência do exposto, observa-se que por efeito das normas constitucionais relativas ao direito da saúde não consistirem em disposições autoexecutórias, o sistema comporta certa fragilidade, posto que a eficácia material deste direito dependeu da atuação do legislador infraconstitucional. No entanto, a competência para legislar sobre a matéria é de responsabilidade da União, o que facilita a edição de normas por este ente de modo a favorecê-lo, na medida que prevê regras tendentes a afastar o equilíbrio federativo no financiamento da saúde assim como ocorreu com a Emenda Constitucional nº 86/2015, como será melhor abordado posteriormente.

Perante o exposto, considera-se que a matéria deve perpassar por uma revisão, para que o tema atinente à saúde não se ache delegada a lei complementar, de modo que a previsão ocorra a nível constitucional, a fim de evitar desvios interpretativos, inclusive com fito de impedir a continuidade, por parte da União, de um esvaziamento normativo do seu dever de progressividade no financiamento do SUS.

3. DA VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MÁXIMA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA VEDAÇÃO DE RETROCESSO

Pretende-se neste capítulo, a partir de uma breve apresentação acerca dos princípios da máxima eficácia dos direitos fundamentais e do princípio da vedação do retrocesso, demonstrar que a legislação que estabelecer regras acerca do financiamento da saúde pública deve obrigatoriamente se vincular a um dever de progressividade.

Nesse sentido, acerca do princípio da vedação do retrocesso estabelecem Mendes e Branco que:

Aspecto polêmico referido à vinculação do legislador aos direitos fundamentais diz com a chamada *proibição do retrocesso*. Quem admite tal vedação sustenta que, no que tange a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas. A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações (MENDES; BRANCO, 2017, p. 137).

Dessa forma, os direitos fundamentais e as demais regras que possibilitem a realização destes direitos, em respeito ao princípio da vedação do retrocesso, limitam a discricionariedade do legislador quando da edição de atos normativos. Destarte, ainda que a realização do direito à saúde esteja atrelada a uma efetivação ao longo do tempo, o legislador estará adstrito a uma atuação de forma progressiva, de modo a buscar o mais rápido e efetivo objetivo pretendido ao direito social.

Portanto, a progressividade está relacionada a máxima eficácia da realização do direito social à saúde, de modo que há uma obrigação de fazer imediata que deve ser disponibilizada de forma emergente a partir de medidas que destinem o máximo de recursos possíveis para concretização da política pública.

Consequente, o princípio da vedação do retrocesso determina que as reformas à Constituição devem garantir uma proteção ao direito da saúde, por meio de políticas públicas que preservem os direitos já garantidos e que ao mesmo passo objetivem a máxima eficácia para viabilização deste direito.

Perante o exposto, mostra-se imperioso mencionar as palavras de Tavares, que muito bem exemplifica o exposto anteriormente. Nestes termos:

E o exemplo mais ilustrativo será justamente o da implementação, por meio de lei, dos direitos sociais e uma eventual lei posterior revogadora, que promova um retrocesso, uma diminuição, no grau de implementação e concretização dos direitos sociais já alcançado pela lei revogada. A tanto estará vedado o legislador por força do princípio da proibição do retrocesso. (TAVARES, 2020, p. 808)

Ato contínuo, no que diz respeito ao princípio da máxima eficácia, em se tratando dos direitos sociais, a aplicabilidade do princípio reclama literalmente a exigência que seja concedido a maior efetividade possível ao direito, com intuito de que sua função ache-se concretamente concebida. A partir deste princípio, deve haver uma interpretação ampla dos direitos fundamentais.

Quando da regulamentação do gasto mínimo na seara da saúde, não seria possível ao legislador se eximir de um dever de progressividade, buscando, ainda, a máxima eficácia dos direitos fundamentais. Dessa forma, o descumprimento dos princípios da vedação do retrocesso e da máxima eficácia nas ações governamentais reclama uma responsabilização, ainda que judicial, dos causadores da edição de tais atos.

Dessa maneira, a vedação do retrocesso não apenas impede a retirada ou mesmo a redução descabida do direito social, mas exige que a normatividade não permaneça paralisada no tempo ou que seja alvo de limitação interpretativa que impeça sua progressão. Desse modo, no capítulo seguinte, será analisado o financiamento da saúde pela União, buscando compreender se as normas atinentes ao ente federativo estão em conformidade com os princípios ora apresentados.

Ademais, em decorrência do tema em comento estar adstrito a uma disponibilização de recursos públicos pelos entes federativos para sua concretização, mister destacar a teoria da reserva do possível, muito utilizada pelo Poder Público para tentar se eximir do seu dever de disponibilização do direito e em contraponto a esta teoria será destaca a teoria do mínimo existencial.

3.1 Da teoria da reserva do possível e da teoria do mínimo existencial

A origem da teoria da reserva do possível remonta ao Tribunal Constitucional

alemão em decisão conhecida como *Numerus Clausus*. De forma sucinta, julgava-se a situação de dois estudantes que não haviam sido admitidos em faculdades de medicina em virtude da limitação do número de vagas, tendo a decisão se assentado no art. 12 da Lei Maior do Estado, o qual prevê que “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Nesse sentido, em artigo publicado por Mânica (Teoria da reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas) o autor afirmou que:

Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade (MÂNICA, 2015, p.13).

Com base na origem da teoria da reserva do possível compreende-se que na sua concepção a matéria não foi analisada de forma exclusiva e restritivamente sobre a insuficiência de recursos para viabilização de determinado direito social, mas sim da razoabilidade da pretensão em face da sua concretização.

No entanto, trazida para o Brasil, os operadores do direito apresentaram uma interpretação restritiva para a teoria da reserva do possível, a qual veio a ser conhecida também como “teoria da reserva do financeiramente possível”, vez que se passou a justificar como limite de concretização dos direitos sociais a (in)suficiência de recursos públicos, bem como a necessidade de previsão orçamentária da despesa. Desse modo, a concretização dos direitos sociais passaria por uma análise da possibilidade ou impossibilidade financeira.

Consequente, frequentemente a teoria têm sido invocada pelo Poder Público para justificar sua omissão e a ausência de prestações positivas impedindo, assim, o avanço na implementação dos direitos sociais. Contudo, remontando a origem da teoria da reserva do possível, deveria o Estado analisar a razoabilidade da prestação do direito e posteriormente verificar a possibilidade de destinação dos recursos públicos em decorrência, inclusive, da dimensão econômica do direito social à saúde que implica uma aplicação de recursos para sua concretização.

Ademais, o argumento da teoria da reserva do possível remonta ainda a expressão de “mínimo existencial”, que também surgiu na Alemanha, em decisão do

Tribunal Federal Administrativo de 1953, vindo a ser incorporada, posteriormente, na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional do referido país. Basicamente, conforme apontam Cunha e Novelino “(...) o termo designa um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna” (2016, p. 463).

Isto posto, conforme orientação da teoria do mínimo existencial, o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos à vida e a integridade física e o direito à liberdade (não há sentido a liberdade sem condições mínimas de existência), obrigam o Estado a prestações positivas, que criem condições materiais mínimas para uma vida digna de seus cidadãos.

Portanto, não se pretende ignorar que os recursos estatais são limitados, mas ressaltar que a teoria da reserva do possível não deve ser invocada para justificar uma não atuação estatal, em especial quando se tratar de uma atuação que vise assegurar o mínimo existencial (no que se insere o direito a saúde). Ademais, não há como se negar que a razoabilidade está presente, pois se objetiva garantir o direito à vida e a integridade física.

Nesta esteira, a aplicabilidade do mínimo existencial, qual seja, do direito à saúde, está atrelada ao mínimo de garantia, não devendo ser permitido em nosso ordenamento jurídico medidas tendentes ao retrocesso, vez que com a Emenda Constitucional nº 29/2000, foram alcançadas as vinculações orçamentárias previstas no art. 198, não sendo possível que Poder Público adote uma atuação contrária a este estágio de evolução.

Perante o exposto, acredita-se que a teoria da reserva do possível apenas deve ser invocada quando for possível aferir motivo plenamente justificável que possa ser objetivamente constatado, não devendo ser utilizado pelo Estado para deixar de cumprir obrigações previstas na Constituição, notadamente quando dessa omissão resultar uma diminuição ou mesmo extinção do sentido essencial do direito social.

Dessa forma, a insuficiência de recursos quando empregadas no sentido de não possibilidade de disponibilidades materiais, sob pena de violação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88¹³, não deve ocorrer quando da edição de atos normativos, seja do

13 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

legislador ordinário ou mesmo de Emenda à Constituição, vez que o constituinte originário assegurou em seu art. 195 da Carta Política, que a seguridade social será financiada mediante recursos provenientes dos orçamentos dos entes federativos. Tão pouco deve sofrer redução o percentual mínimo de gastos com a saúde.

Muito embora o percentual mínimo da seara da saúde tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio de Emenda (EC nº 29/2000), a garantia de aplicação de recursos mínimos, a partir de determinados percentuais aos entes, não podem ser alvo de uma redução indiscriminada sem que ao mesmo tempo seja prevista outras formas de custeio, sob pena de afronta ao princípio da vedação do retrocesso. Além do mais, as obrigações de fazer em saúde são das mais variadas possíveis, de modo que criam uma vinculação de gasto mínimo que reclama sua eficácia imediata, tal como previsto no art. 5º, §1º da CF/88¹⁴.

A partir dessas premissas, busca-se no último capítulo uma apresentação acerca do gasto federal mínimo na saúde, partindo-se do pressuposto que há uma evidente tendência em redução do mínimo aplicado por este ente.

IV - os direitos e garantias individuais.

14 Art. 5º [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

4. DO (DES)CUMPRIMENTO PELA UNIÃO NA APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS FEDERAIS EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS) ENTRE OS ANOS DE 2003 A 2016

Neste tópico serão utilizados os relatórios elaborados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) e destacado alguns trechos que versam sobre o cumprimento (ou descumprimento) da aplicação do patamar mínimo da saúde pelo Governo Federal, relativos aos exercícios de 2003 a 2016.

Inicialmente, anteriormente a análise dos mencionados relatórios, importa destacar o art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁵ da CF/88, vez que tal dispositivo regulamentou até o ano de 2011 a aplicação dos recursos mínimos, vinculando assim o Governo Federal. Conforme regra do dispositivo citado, a aplicação dos recursos mínimos será alcançado quando da observância do valor apurado do ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB).

A princípio, em relação ao ano de 2003 o relatório elaborado pelo TCU para este ano concluiu que:

Por sua vez, em se tratando da Saúde, constata-se que a União empenhou, em 2003, deduzidos os Restos a Pagar cancelados, o montante de R\$ 26,8 bilhões, recursos esses que representam um incremento de apenas 8,1% em relação ao exercício de 2002, percentual inferior aos 12,3% de crescimento nominal do PIB entre os exercícios de 2002 e 2001, referenciais para o cálculo da alocação desses recursos. Fica caracterizado, dessa forma, **descumprimento ao limite mínimo estabelecido no art. 77, inciso I, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação dada pela EC nº 29/00.** (BRASIL, TCU, 2004, p. 491, grifo nosso)

Pelo exposto, no exercício de 2003 sequer houve cumprimento ao limite mínimo nas ações e serviços públicos de saúde. No tocante à conclusão do TCU referente ao exercício de 2004:

15 Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I - no caso da União

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB.

Em relação à área de saúde, a União empenhou, em 2004, deduzido o cancelamento dos restos a pagar, o montante de R\$ 32,5 bilhões. Isso representa incremento de 20,3% em relação ao exercício de 2003, percentual superior aos 15,6% de crescimento nominal do PIB entre os exercícios de 2002 e 2003, referenciais para o cálculo da alocação desses recursos. **Foi cumprido, portanto, o limite mínimo estabelecido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no art. 77, inciso I, alínea “b”.** (BRASIL, TCU, 2005, p. 419, grifo nosso)

Dessa forma, relativamente ao ano de 2004, houve cumprimento dos limites estabelecidos. Neste momento, deve ser destacado que a previsão constante na alínea “b”, inciso I, do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/1988, apenas deveria vigorar até o ano de 2004, regra esta que não foi respeitada. Assim sendo, entre os anos de 2005 a 2012, a seara da saúde padeceu de ausência de regulamentação exigida pela EC nº 29/2000, o que veio a ser conquistado apenas com a LC nº 141/2012. Posteriormente, em relação ao ano de 2005, concluiu-se que:

A União empenhou o montante de R\$37,4 bilhões em despesas da área de Saúde em 2005, deduzidos os restos a pagar cancelados. Esse valor está cerca de R\$422,6 milhões acima do limite mínimo de gastos em ações e serviços públicos de saúde. Os recursos empenhados em 2005 representam um incremento de 14,8% em relação ao exercício anterior, percentual superior aos 13,5% de crescimento nominal do PIB entre os exercícios de 2003 e 2004, referenciais para o cálculo da alocação desses recursos no exercício de 2005. **Fica caracterizado, dessa forma, o cumprimento ao limite mínimo estabelecido no art. 77, inciso I, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 29/2000.**

Contudo, cabe ressaltar que esse crescimento dos gastos em ações e serviços públicos de saúde inclui as transferências de renda do Programa Bolsa Família, nas ações de ‘Auxílio à Família na Condição de Pobreza Extrema, com Crianças de Idade de 0 a 6, para Melhoria das Condições de Saúde e Combate às Carências Nutricionais (Lei nº 10.836/2004)’. Essa despesa, no valor de R\$2,0 bilhões no exercício de 2005, foi 153,8% maior que o montante de R\$0,8 bilhão empenhado em 2004. Tais ações foram decisivas para cumprimento da EC nº 29/2000. Embora essas despesas contribuam em alguma medida para a melhoria nas condições de saúde da população, sua abrangência restringe-se às famílias com renda per capita de até R\$100,00 e sua atuação é indireta, via melhoria das condições socioeconômicas, por meio de transferência de renda, condicionada ao cumprimento de agenda de compromissos na área da saúde e da segurança alimentar por seus beneficiários. **Portanto, considera-se questionável a inclusão destas despesas nos gastos em ações e serviços públicos de saúde para fins do cumprimento da EC nº 29/2000 [...]**

Se fossem desconsiderados os gastos com ações do Programa Bolsa Família, que contribuem indiretamente para a melhoria das condições

de saúde da população, o limite mínimo de aplicação de recursos em saúde não teria sido cumprido em 2005. Caso os recursos do Bolsa-Família não tivessem sido incluídos no cálculo dos gastos mínimos em saúde, haveria descumprimento da EC nº 29/2000 no exercício de 2005. As despesas empenhadas, deduzidos os restos a pagar cancelados, estariam abaixo do mínimo constitucional em R\$725,6 milhões. O crescimento dos gastos em saúde teria sido de 11,24% inferior à variação do PIB” (BRASIL, TCU, 2006b, p. 33-35, grifos nossos).

Ante o exposto, o ano de 2005 cumpriu o limite mínimo estabelecido na alínea “b”, inciso I, do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/1988. No entanto, com ressalva, tal patamar apenas foi atingido, pois foram considerados os gastos com ações do Programa Bolsa Família, correspondente a R\$ 2,0 bilhões, de modo que se assim não fosse, o mínimo não teria sido alcançado. Ressalta-se, ainda, que o Tribunal de Contas da União considerou questionável a inclusão da referida despesa.

Ato contínuo, acerca do ano de 2006:

A União empenhou o montante de R\$ 40,7 bilhões em despesas da área de saúde em 2006, deduzidos os restos a pagar cancelados. Esse valor está cerca de R\$ 48,8 milhões acima do limite mínimo de gastos em ações e serviços públicos de saúde. Os recursos empenhados em 2006 representam um incremento de 9,81% em relação ao exercício anterior, percentual superior aos 9,68% de crescimento nominal do PIB entre os exercícios de 2004 e 2005, referenciais para o cálculo da alocação desses recursos no exercício de 2006. **Fica caracterizado, dessa forma, o cumprimento ao limite mínimo estabelecido no art. 77, inciso I, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 29/2000.** (BRASIL, TCU, 2007, p. 22-23, grifo nosso).

Dessa forma, o ano de 2006 cumpriu com os limites mínimos estabelecidos. Consequente, referente ao exercício de 2007:

O art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que a União deve aplicar anualmente, em ações e serviços públicos de saúde o equivalente ao valor empenhado no exercício anterior corrigido pela variação nominal do PIB. **Em 2007, a União empenhou R\$ 44,3 bilhões, superando o valor mínimo constitucionalmente exigido em R\$ 28 milhões.** (BRASIL, TCU, 2008, p. 42, grifo nosso)

Logo, muito embora no ano de 2007 tenha ocorrido um excesso de R\$ 28 milhões, no ano citado foram inscritos em restos a pagar o montante de R\$ 5.610 milhões, deste valor R\$ 220 milhões foram cancelados e R\$ R\$ 2.840 milhões foram

pagos em 2008. Dessa forma, até o exercício de 2008, não foram pagos o montante correspondente a R\$ 2.550 milhões, referentes aos voleres inscritos em restos a pagar do ano de 2007. Nesse sentido, tendo em vista que no ano de 2007 houve um excesso de R\$ 28 milhões e que no de 2008 foram cancelados R\$ 220 milhões, na prática, ocorreu um déficit de gastos em saúde no exercício de 2007, correspondente a R\$ 191,6 milhões, conforme Relatório do Tribunal de Contas da União (BRASIL, TCU, 2009). No que diz respeito ao ano de 2008:

O valor aplicado em 2008 em ações e serviços de saúde foi de R\$ 48.678.717.367, atendendo, portanto, ao mínimo constitucional previsto para o exercício. Enquanto a variação nominal do PIB nesse período foi de 9,61%, a variação entre o valor empenhado em ações e serviços de saúde em 2008 e o valor empenhado em 2007 foi de 9,88%. (BRASIL, TCU, 2009, p. 152, grifo nosso)

No entanto:

O excesso de gastos sobre o valor mínimo em saúde em 2007 foi de R\$ 28,4 milhões. Como houve a inscrição em Restos a Pagar referentes às despesas em ações e serviços públicos de saúde no montante de R\$ 5,6 bilhões, somente poder-se-ia afirmar que esse excesso de gastos foi efetivamente aplicado quando esses Restos a Pagar fossem inteiramente pagos. Não foi o que ocorreu durante o exercício de 2008. Se for considerado os valores de restos a pagar cancelados, percebe-se que, na prática, houve um déficit de gastos em saúde em 2007 de R\$ 191,6 milhões. Observa-se que para o exercício de 2008 é possível que ocorra o mesmo fenômeno, uma vez que foi inscrito em restos a pagar cerca de R\$ 5,6 bilhões, com uma margem de cumprimento de R\$ 117,6 milhões. (BRASIL, TCU, 2009, p. 153)

Pelo exposto, no ano de 2008 houve um excesso sobre o valor mínimo correspondente a R\$ 118 milhões. Nesse sentido, muito embora, formalmente, o mencionado ano tenha cumprido o mínimo de despesas empenhadas na política pública, até 31 de dezembro de 2008 foram inscritos em restos a pagar R\$ 5.702 milhões, dos quais foram cancelados em 2009 o montante de R\$ 476 milhões e pagos o valor de R\$ 3.480 milhões, de modo que os valores não pagos até dezembro de 2009 correspondeu a R\$ 1.746 milhões, ainda referente ao ano de 2008 (BRASIL, TCU, 2010).

Ademais, percebe-se até o momento que nos anos de 2003 e 2005, o Governo Federal não cumpriu devidamente o seu limite mínimo de gastos em saúde, considerando que no ano de 2005 as despesas com Bolsa Família foram somadas

para atingir o limite mínimo. Sobre isso, vale ressaltar as palavras de Pinto, a qual afirma que: “trata-se de burla interpretativa que deveria ter sido pronta e objetivamente rechaçada, mas que foi admitida em um perigoso juízo de conveniência e oportunidade em se tratando de medida garantidora da máxima eficácia do direito fundamental à saúde” (2017, p.185). Dessa forma, sequer deveria ter sido computado como gastos na área da saúde os recursos destinados ao Bolsa Família, vez que o referido programa possui natureza assistencial, não se confundindo como ações e serviços públicos de saúde. Outrossim, seria possível justificar tal problemática dado a ausência de regulamentação com força vinculativa que estabelecesse áreas que poderiam (ou não) serem inseridas como gastos em ações e serviços públicos de saúde durante o período, ocasionando, assim, desvios interpretativos pela União na tentativa de se eximir do seu dever constitucional de aplicação de recursos mínimos na política pública.

No que se refere ao ano de 2009:

O valor mínimo empenhado em despesas de saúde no exercício de 2009 deve corresponder ao valor empenhado no exercício de 2008 corrigido pela variação nominal do PIB nesse exercício. **Enquanto que a variação do PIB em 2008 foi de 12,91%, a variação dos empenhos efetuados com ações e serviços públicos de saúde foi de 19,73%, superando com folga a meta estabelecida, o que corresponde a um excesso de R\$ 3,3 bilhões em relação ao mínimo. No entanto, deve-se destacar que foram inscritos em restos a pagar, no exercício de 2009, o montante de R\$ 8,4 bilhões referentes a essas despesas.**

Em relação aos valores inscritos em restos a pagar em 2008, convém observar qual foi o comportamento da execução desses valores ao longo do exercício de 2009.

A despeito de ter-se formalmente cumprido o mínimo de despesas empenhadas em saúde no exercício de 2008, ao longo do exercício de 2009 foram cancelados R\$ 476 milhões, que superaram o valor excedente ao mínimo a ser aplicado em saúde. **Dessa forma, ocorreu, na prática, um déficit de gastos em saúde de R\$ 358 milhões. Tendo em vista uma melhor análise dos impactos do cancelamento de restos a pagar, cuja inscrição concorre para o alcance do mínimo de saúde, foi aberto em 2009 o TC 021.380/2009-3.** (BRASIL, TCU, 2010, p. 209, grifo nosso).

A respeito da conclusão do Tribunal de Contas da União, convém sublinhar que parte das despesas empenhadas em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) são transferidas para o ano seguinte, denominando-se de restos a pagar¹⁶, de modo que

¹⁶ A despesa pública é desempenhada em três estágios. Inicialmente, há o empenho da despesa que consiste na reserva de recursos no orçamento para determinado gasto. Em seguida, ocorre a liquidação, quando bens, serviços e obras contratadas são efetivamente entregues e verificadas pelo

se os valores são destinados ao cumprimento do mínimo exigido poderão ser cancelados no ano posterior.

Havendo por base os dados anteriores alusivos ao ano de 2009, o TC 021.380/2009-3, apresentou uma análise acerca do cumprimento da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, referente ao ano de 2009 e anteriores.

Nesse sentido, a partir dos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), foi constatado que as despesas empenhadas em 2009, condiz o montante de R\$ 58.281 milhões, sendo que no ano de 2008 foi desempenhado o montante de R\$ 54.963 milhões, o que, por ora, significaria que havia sido respeitado o mínimo constitucional em ações e serviços públicos de saúde. Outro quesito apontado é a variação nominal do PIB, que em 2009 apresentou valor de 19,73%, enquanto que em 2008 correspondeu a 12,91%. Ademais, conforme o relatório citado, no ano de 2008 houve um excesso de gastos, sobre o valor mínimo na ordem de 118 milhões. Todavia, deve ser considerado que naquele mesmo ano houve uma inscrição de restos a pagar no montante de 5.702 milhões, de modo que o excesso só poderia ser devidamente considerado se os restos a pagar tiverem sido completamente pagos. Ocorreu que, destes restos a pagar, que foram transferidos para o ano de 2009, apenas foram pagos o montante de R\$ 3.480 milhões, de modo que restaram ainda R\$ 1.746 milhões, tendo em vista que 476 milhões foram cancelados.

Sobre isso, conclui o TC 021.380/2009-3 que “(...) se forem consideradas os valores de restos a pagar já cancelados até dezembro de 2009 (R\$ 476 milhões), e tendo em vista que o excesso de gastos com a saúde em 2008 foi de apenas R\$ 118 milhões, pode-se dizer que, na prática, os gastos de saúde em 2008 apresentaram um *déficit* da ordem de R\$ 358 milhões” (p. 04).

Governo. Por fim, há o pagamento aos fornecedores. Nesse sentido, todas estas fases devem ser completadas em um mesmo exercício. No entanto, pode ocorrer de todas as fases não estarem concluídas até o fim de determinado ano. Quando isso acontece, há dois cenários possíveis. A despesa poderá ser cancelada no final do exercício ou ser inscrita em restos a pagar. Sendo classificada como restos a pagar, a despesa poderá ser realizada no ano seguinte. Ademais, a depender das fases concluídas, essa despesa poderá ser inscrita como restos a pagar processados e restos a pagar não processados. Em se tratando de restos a pagar não processados, este por sua vez, consiste em despesas empenhadas, mas que não foi procedida nenhuma outra providência, ou ainda, quando a despesa empenhada que estiver em andamento não for liquidada. Por outro lado, quando a despesa for empenhada, liquidada, mas não paga, a despesa será inscrita em restos a pagar processados. Assim, os restos a pagar processados ou não processados ocasionará que no exercício seguinte haja despesas sendo feitas com recursos do novo exercício, junto com despesas do orçamento anterior.

Ainda, conforme o Relatório Resumido de Execução Orçamentária mencionado no TC 021.380/2009-3, em 31 de dezembro de 2007 foram inscritos os valores R\$ 5.610 milhões e em 31 de dezembro de 2008 foram reinscritos os valores de R\$ 2.550 milhões, sendo que até dezembro de 2009, havia sido pago somente o montante de R\$ 461 milhões, restando ainda R\$ 1.854 milhões, considerando que em 2009, R\$ 235 milhões foram cancelados.

Pretende-se com a apresentação destes dados, a observação de que a partir das premissas expostas, o cumprimento do mínimo em ações e serviços públicos de saúde superam o ano de seu exercício, vez que há a possibilidade de serem inscritos em restos a pagar (processados e não processados) e que estes são alvos de sucessivos cancelamentos, levando em conta que tais valores são utilizados para alcance do mínimo nos gastos em ações e serviços públicos de saúde.

Nesse sentido, ocorre que o cancelamento destes restos a pagar no ano posterior que constituem valores empenhados pelo o Governo Federal não são integralmente pagos. Por isso, conforme TC 021.380/2009-3:

(...) nem todos os empenhos são liquidados e pagos no ano de competência, os valores inscritos em restos a pagar, que podem ser transferidos para mais de um exercício futuro, deixam de ser coadjuvantes no processo de apuração do mínimo, podendo de fato significar alcance ou não. (p. 05)

De acordo com a previsão do art. 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, considerava-se o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde nos recursos mínimos aplicados ao setor, sendo que o mais coerente seria exigir valores que definitivamente foram pagos para compor, ao menos, o mínimo exigido. Tal regra vigorou até 31 de dezembro de 2017, sendo que a partir de 01 de janeiro de 2018, apenas puderam ser inseridas no regime de teto as despesas efetivamente pagas, conforme Emenda Constitucional nº 95/2016. No entanto, em momento que antecede o diploma normativo, os valores cancelados ou mesmo prescritos, considerados como restos a pagar, foram quantificados para alcance do gasto mínimo em exercícios anteriores, de modo que se fossem desconsiderados, sequer teria sido atingido o mínimo.

Em continuidade a análise dos limites estabelecidos, em relação ao ano de 2010:

O valor mínimo empenhado em despesas de saúde no exercício de 2010 deve corresponder ao valor empenhado em despesas de saúde no exercício de 2009, corrigido pela variação nominal do PIB nesse exercício. **Enquanto a variação do PIB em 2009 foi de 5,06%, a variação dos empenhos efetuados com ações e serviços públicos de saúde foi de 6,34%, superando com folga a meta estabelecida, o que corresponde a um excesso de R\$ 747 milhões em relação ao mínimo.**

[...]

O valor mínimo a ser aplicado em ações e serviços públicos em saúde no exercício de 2009 era de R\$ 54,963 bilhões. O valor inscrito em restos a pagar no final de 2009 foi de R\$ 8,589 bilhões. Considerando que o excesso de gastos sobre o mínimo foi elevado, atingindo R\$ 3,318 bilhões, havia uma margem razoável para compensar eventuais cancelamentos de restos a pagar. No exercício de 2010, foram cancelados R\$ 217 milhões, resultando R\$ 3,101 bilhões de superávit de gastos em saúde relativos ao exercício de 2009. **Assim, mesmo que os valores de restos a pagar não pagos até dezembro de 2010 (R\$ 2,859 bilhões) sejam cancelados, o gasto mínimo a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde no exercício de 2009 seria atingido com excesso de R\$ 242 milhões.** (BRASIL, TCU, 2011, p. 221-222, grifos nossos).

Conforme Relatório do TCU as despesas empenhadas no exercício de 2010, corresponderam ao montante de R\$ 61.977 bilhões, dos quais foram inscritos em restos a pagar R\$ 6.403 bilhões e deste valor R\$ 487 milhões foram cancelados em 2011, bem como foram pagos no exercício de 2011, R\$ 4.030 bilhões deste valor, restando ainda como valores não pagos e com status de Restos a Pagar não Processados em 2012, o montante de R\$ 1.885 bilhões. No tocante ao ano de 2011:

Em cumprimento ao disposto na CF/88, o Ministério da Saúde empenhou R\$ 61.977 e 72.357 bilhões no custeio da saúde durante o exercício de 2010 e 2011, respectivamente. A diferença dos valores empenhados representou 16,75% de incremento no orçamento da saúde em 2011. **Considerando o que dispõe o art 77 do ADCT – CF/88 e a variação nominal do PIB que girou em torno dos 16,38% em relação ao exercício anterior, pode-se concluir que a União cumpriu a determinação constitucional, superando a aplicação do mínimo no setor saúde em 0,37%, ou seja, foram empenhados R\$ 228 milhões a mais que o exigido pela EC 29/2000.**

O valor mínimo a ser aplicado pela União nas ações e serviços de saúde no exercício de 2010 foi de R\$ 61.230 bilhões, de acordo com os critérios estabelecidos pela legislação. Entretanto, de acordo com o RREO (bimestre novembro e dezembro/2011), as Despesas Empenhadas em Ações e Serviços Públicos de Saúde em 2010 perfizeram o total de R\$ 61.977 bilhões, tendo sido inscritos em Restos a Pagar R\$ 6.403 bilhões, dos quais R\$ 487 milhões foram cancelados, R\$ 4.030 bilhões foram pagos e R\$ 1.885 bilhões estão no status de Restos a Pagar não Processados a Pagar em 2012. **Embora o Ministério da Saúde tenha empenhado valor suficiente para cumprir o dispositivo constitucional, há que se enfatizar que parte desse valor (R\$ 1.885 bilhões) não foi efetivamente revertida em ações e serviços de saúde à população até 31.12.2011, podendo gerar impactos futuros no cumprimento da EC 29/2000, caso não sejam aplicados no**

setor, conforme preconiza a legislação. Cabe destacar ainda que, do total empenhado em 2011, R\$ 8.302 bilhões foram inscritos em Restos a Pagar não Processados. Considerando que o valor empenhado acima do exigido foi de apenas R\$ 228 milhões, a União terá que executar 97,25% desses restos pagar não processados para que não incorra no descumprimento futuro da Emenda Constitucional 29/2000. (BRASIL, TCU, 2012, p. 221-222, grifos nossos)

Ante o exposto, muito embora, em tese, o limite mínimo tenha sido atingido no ano mencionado, em dezembro de 2011, R\$ 8.426 bilhões constituíram valores não pagos, compreendidos como Restos a Pagar em 2012. Ocorreu que no ano de 2012, foram cancelados R\$ 512 milhões do valor ora mencionado, além do mais, foram pagos o montante de R\$ R\$ 5.264, de modo que corresponderam valores não pagos a quantia equivalente a R\$ 2.649 milhões, valores estes que se acharam na condição de restos a pagar não processados, a serem pagos apenas no exercício de 2013.

A partir deste momento, deve ser destacado que nos anos seguintes, além da previsão constante na EC n° 29/2000, houve a vigência da LC n° 141/2012, de modo que em relação ao gasto mínimo dos recursos na seara da saúde, deixou de vigorar o art. 77 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, muito embora a Lei Complementar tenha praticamente repetido a redação das regras anteriormente vigentes. Dessa forma, em relação ao ano de 2012:

Em cumprimento ao disposto na Constituição, o Ministério da Saúde executou R\$ 72,35 bilhões e R\$ 80,07 bilhões no custeio da saúde nos exercícios de 2011 e 2012, respectivamente. A diferença dos valores executados representou 10,67% de incremento no orçamento da saúde em 2012. **Considerando o que dispõe o art. 5º da LC 141/2012 e que a variação nominal do PIB foi de 9,89% em relação ao exercício anterior, conclui-se que a União empenhou recursos suficientes para dar cumprimento à regra de aplicação mínima de recursos no setor Saúde.**

Entretanto, cabem algumas considerações acerca dos valores incluídos em restos a pagar. Nos termos do art. 24, §§ 1º e 2º, da LC 141/2012, as parcelas correspondentes a cancelamentos ou prescrições de restos a pagar deverão necessariamente ser aplicadas em ações e serviços públicos de saúde, sem prejuízo do valor definido como mínimo para o exercício.

O valor mínimo a ser aplicado pela União nas ações e serviços de saúde no exercício de 2011 foi de R\$ 72,12 bilhões, de acordo com os critérios estabelecidos pela legislação. Contudo, consta do RREO (bimestre novembro e dezembro/2012) que as despesas empenhadas em ações e serviços públicos de saúde em 2011 perfizeram o total de R\$ 72,35 bilhões, tendo sido inscritos em restos a pagar R\$ 8,42 bilhões, dos quais R\$ 512 milhões foram cancelados, R\$ 5,26 bilhões foram pagos e R\$ 2,65 bilhões estão na condição de restos a pagar não processados a pagar em 2013. Desse modo, embora o Ministério da Saúde tenha empenhado valor suficiente no exercício de 2011 para cumprir o dispositivo constitucional, destaca-se que R\$ 512 milhões não foram efetivamente aplicados em ações

e serviços de saúde à população até 31 de dezembro de 2012. As despesas empenhadas em 2012 tiveram um excesso de 561 milhões, o que seria suficiente para suprir o valor não cumprido de 2011, de acordo com a regra da LC 141/2012. Do total empenhado em 2012, R\$ 8,3 bilhões foram inscritos em restos a pagar não processados. Cabe destacar que o cancelamento de parcela superior a R\$ 560 milhões desses restos a pagar poderá resultar em descumprimento da regra do mínimo. O art. 24 da LC 141/2012 estabelece que, caso ocorra o cancelamento ou prescrição desses restos a pagar, os valores correspondentes deverão ser efetivamente aplicados em ações e serviços públicos de saúde até o término do exercício seguinte ao do cancelamento ou da prescrição, mediante dotação específica para essa finalidade, sem prejuízo do percentual mínimo a ser aplicado no exercício correspondente. Tal situação deve ser acompanhada pelo TCU, para evitar que os empenhos relacionados à dotação de compensação sejam novamente inscritos em restos a pagar, postergando indefinidamente o cumprimento da regra do mínimo. (BRASIL, TCU, 2013, p. 257-258, grifos nossos)

Resulta compreendido que no ano de 2012 houve cumprimento do mínimo exigido. No entanto, algumas considerações foram elaboradas pelo Tribunal de Contas da União. Inicialmente, no ano de 2012, até 31 de dezembro do ano mencionando foram inscritos em restos a pagar R\$ 8.297 milhões, sendo que no exercício de 2013, consistiram em restos a pagar cancelados o montante de R\$ 348 milhões, além do mais, foram pagos R\$ 5.301 milhões. Dessa forma, até o mês de dezembro do ano de 2013, ainda não havia sido pago o montante de R\$ 2.648 milhões (BRASIL, TCU, 2014). Ressalta-se, ainda, que no ano de 2012 houve um excedente sobre o mínimo correspondente a R\$ 562 milhões. Nesse sentido, em razão do cancelamento de restos a pagar no ano de 2013 ter sido inferior ao valor excedente do mínimo no exercício de 2012 (R\$ 562 milhões), não houve incidência da regra prevista no §2º, art. 24, da Lei Complementar nº 141/2012, ou seja, não ocorreu a obrigação de um gasto adicional em ações e serviços públicos de saúde, mediante dotação específica para tal finalidade.

Por efeito, no ano de 2013:

Segundo os demonstrativos elaborados pela União, o Ministério da Saúde empenhou R\$ 78,21 bilhões e R\$ 83,05 bilhões no custeio de ações e serviços públicos de saúde nos exercícios de 2012 e 2013, respectivamente. A diferença dos valores executados representou 6,19% de incremento no orçamento da saúde em 2013. **Considerando o que dispõe o art. 5º da LC 141/2012 e que a variação nominal do PIB foi de 6,01% em relação ao exercício anterior, conclui-se que a União empenhou recursos suficientes para dar cumprimento à regra de aplicação mínima de recursos no setor saúde no exercício de 2013.**

[...]

Como resultado, para fins de registro das “Despesas Executadas com Ações

e Serviços Públicos de Saúde" do exercício de 2012, foi publicado o valor de R\$ 78,21 bilhões, diferente do valor de R\$ 80,07 bilhões, publicado no RREO de 2012, o que representou uma redução de R\$ 1,86 bilhão. Tal alteração resultou da retirada de ações que haviam sido computadas como ações de saúde pública, a exemplo das relacionadas a saneamento básico não contempladas na norma geral, a resíduos sólidos e à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que, com a edição da LC 141/2012, passaram a não mais integrar o piso. Por conseguinte, alterou-se a base para o cálculo do mínimo aplicável em 2013.

[...]

É preciso esclarecer que a exclusão do valor de R\$ 1,86 bilhão da base de cálculo da despesa em 2012 não significa que tenha havido o descumprimento da regra do mínimo naquele exercício, uma vez que a base de 2011 também deveria ser ajustada sob os mesmos critérios para identificação da referência adequada. Não significa, também, que o TCU tenha desconsiderando a vigência da lei já no exercício de 2012. O valor apresentado pelo governo federal não foi objeto de ressalvas porque, paralelamente, não houve consenso, à época, na interpretação de parte dos arts. 3º e 4º da LC 141/2012 entre os atores envolvidos no governo federal. Já no exercício de 2013, a lei orçamentária contemplou praticamente todas as alterações previstas na LC 141/2012.

[...]

Em 2012, o valor mínimo obrigatório para gastos com ações e serviços públicos de saúde foi de R\$ 79,5 bilhões. A União empenhou o montante de R\$ 80,1 bilhões, verificando-se, assim, um excedente de R\$ 562 milhões. Do referido valor mínimo, R\$ 71,8 bilhões referem-se a despesas liquidadas (pagas e não-pagas e inscritas em restos a pagar processados) e R\$ 8,3 bilhões a despesas inscritas em restos a pagar não processados. A execução financeira no exercício de 2013 evidencia o cancelamento de R\$ 348 milhões de restos a pagar inscritos em 2012, montante inferior ao excesso sobre o valor mínimo constitucional apurado no referido exercício, no total de R\$ 562 milhões. Nesse sentido, não há que se aplicar a norma prevista no § 2º do art. 24 da LC 141/2012, a qual prevê o gasto Ação Direta de Inconstitucionalidade de disponibilidade de caixa decorrente do cancelamento dos restos a pagar de 2012. Tal hipótese somente seria exigível se o cancelamento de restos a pagar do exercício de 2012 superasse o montante de R\$ 562 milhões, o que não ocorreu no exercício objeto deste relatório. (BRASIL, TCU, 2014, p. 165-167, grifo nosso)

Pelo exposto, em 2013 também houve cumprimento do mínimo. Entretanto, até 31 de dezembro do ano de 2013 houve a inscrição de R\$ 6.939 milhões de restos a pagar, dos quais R\$ 227 milhões foram cancelados em 2014 e R\$ 4.892 milhões foram pagos, restando como valores não pagos em dezembro de 2014 o montante de R\$ 1.821 milhões. Ocorreu que no exercício de 2013 o excedente sobre o mínimo equivaleu a R\$ 141 milhões e como afirmado anteriormente, no ano de 2014 sucedeu um cancelamento de restos a pagar referentes ao exercício de 2013 equivalente a R\$ 227 milhões. Em razão de tais fatos, concluiu o Tribunal de Contas da União que:

Dessa forma, a União deverá aplicar em ações e serviços de saúde, do orçamento de 2015, além do valor mínimo legal para o ano, o valor adicional de R\$ 86 milhões mediante dotação específica, em atendimento ao art. 24, §

2º da LC 141/2012. De maneira análoga, caso a União cancele em 2015 qualquer valor de restos a pagar relativos a 2013 computados como aplicação no mínimo em saúde, deverá compensar esse valor no orçamento de 2016. . (BRASIL, TCU, 2015, p. 122)

Nada obstante, no exercício de 2015, conforme relatório do Tribunal de Contas da União, houve o cancelamento de R\$ 158 milhões de restos a pagar inscritos entre os exercícios de 2007 e 2011, bem como foram cancelados R\$ 508 milhões de restos a pagar inscritos nos anos de 2012 a 2014. Portanto, em decorrência de tais cancelamentos o Tribunal de Contas da União ratificou que no exercício de 2016, além do respeito ao mínimo exigido, a União deveria incluir no orçamento o montante de R\$ 508 milhões (BRASIL, TCU, 2016).

Ato contínuo, sobre o exercício de 2014:

Segundo as informações apresentadas, a União empenhou, em 2013, aproximadamente R\$ 83 bilhões em ações e serviços públicos de saúde. Considerando o que dispõe o art. 5º da LC 141/2012, a variação nominal do PIB foi de 10,3% em relação ao exercício anterior. Nesse sentido, o valor mínimo obrigatório a ser empenhado para gastos em saúde em 2014 é de R\$ 91,6 bilhões. **O relatório apresentado pela União demonstra haver empenhado recursos suficientes para dar cumprimento à regra de aplicação mínima de recursos no setor saúde no exercício de 2014, da ordem de R\$ 91,8 bilhões. Assim, superou-se em R\$ 282 milhões o limite mínimo constitucional.** (BRASIL, TCU, 2015, p. 121-122, grifo nosso)

Destarte, no ano de 2014 a União superou em R\$ 282 milhões o limite mínimo constitucional. No entanto, há de ressaltar o cancelamento de restos a pagar, anteriormente mencionados.

Analisar-se-á adiante o ano de 2015, com a ressalva de que em março do referido ano foi promulgada a Emenda Constitucional nº 86/2015, que alterou o inciso I, do art. 198, §3º da CF/88.

Dessa forma, mais uma vez houve alteração das regras aplicadas a União referente ao gasto mínimo, posto que restou estabelecida a vedação de percentual inferior a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida. No entanto, segundo a Emenda, tal percentual apenas seria alcançado de forma gradativa e somente no quinto exercício financeiro seguinte da sua promulgação. Todavia, para o ano de 2015, ainda foram mantidas as regras estabelecida pela Lei Complementar nº 141/2015, de modo que a EC nº 86/2015 somente apresentou impactos a partir do

ano de 2016.

A respeito da conclusão do Tribunal de Contas da União acerca do ano de 2015:

Segundo as informações apresentadas, a União empenhou, em 2014, aproximadamente R\$ 92 bilhões em ações e serviços públicos de saúde. Considerando o que dispõe o art. 5º da LC 141/2012, a variação nominal do PIB foi de 6,98% em relação ao exercício anterior. Nesse sentido, o valor mínimo obrigatório a ser empenhado para gastos em saúde em 2015 é de R\$ 98,3 bilhões. **O relatório apresentado pela União demonstra haver empenhado recursos suficientes para dar cumprimento à regra de aplicação mínima de recursos no setor saúde no exercício de 2015, da ordem de R\$ 100 bilhões. Assim, superou-se em R\$ 1,7 bilhão o limite mínimo constitucional.**

[...]

Em 2014, de acordo com o anexo 12 do RREO do 6º bimestre de 2014, verificou-se que foram cancelados R\$ 227 milhões de restos a pagar inscritos em 2013 e R\$ 174 milhões relativos a restos a pagar inscritos em 2012, sendo que ambos os valores foram contabilizados para efeito do cálculo da aplicação do valor mínimo em ações e serviços públicos de saúde. **Em consulta realizada no tesouro gerencial de 2015, constatou-se que a União gastou, no exercício de 2015, R\$ 405 milhões, além do valor mínimo legal, nas modalidades de aplicações citadas acima, recompondo os gastos em ASPS relativos a restos a pagar cancelados em 2014 inscritos em 2013 e 2012.** Atendendo, assim, aos preceitos legais da LC 141/2012.

[...]

Outro ponto que merece destaque é que, conforme consta Demonstrativo das Despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde do 6º bimestre de 2015, em 2015 foram cancelados R\$ 158 milhões de restos a pagar inscritos entre 2007 e 2011, a despeito destes terem sido considerados para o atingimento do valor mínimo em saúde nos respectivos exercícios, para atendimento aos ditames da Emenda Constitucional 29/2000. Porém, como a referida emenda constitucional não trazia regras específicas a respeito do cancelamento de restos a pagar, bem como o fato da LC 141/2012 ter sido publicada apenas em 2012, o governo federal não vem adotando a prática de incluir no orçamento do exercício valores relativos aos restos a pagar cancelados em exercícios anteriores a 2012, não obstante estes terem sido utilizados na contabilização do valor mínimo em ASPS, conforme EC 29/2000. Por fim, registra-se que no exercício de 2015, foram cancelados R\$ 508 milhões de restos a pagar inscritos nos exercícios de 2012 a 2014. Portanto, no exercício de 2016 o governo federal deverá incluir no orçamento, além do valor mínimo previsto na EC 86/2015, o valor de R\$ 508 milhões para atender ao Art. 24, §§ 1º e 2º LC 141/2012. (BRASIL, TCU, 2016, p. 116-117, grifos nossos)

Inicialmente, salienta-se que no ano de 2015 houve cumprimento do mínimo em ações e serviços públicos de saúde, bem como que recompôs os restos a pagar cancelados em 2014 e inscritos nos exercícios de 2013 e 2012. No entanto, como mencionado anteriormente, no exercício de 2015 verificou-se o cancelamento de R\$

158 milhões de restos a pagar inscritos em 2007 e 2011, sob o pretexto de serem anteriores a publicação da LC nº 141/2012. Por fim, no ano de 2015, foram cancelados, também, R\$ 508 milhões, referentes aos exercícios de 2012 a 2014, de modo que tal valor deveria ser incluído no orçamento do ano de 2016.

Antemão, interessa destacar que um novo Regime Fiscal foi instaurado com a Emenda Constitucional nº 95/2016, a qual revogou dispositivos da EC nº 86/2015. Conforme a Emenda em vigor, nos próximos vinte anos, os cálculos do mínimo em ações e serviços públicos de saúde se apresentariam da seguinte forma: para o ano de 2018 a União deveria aplicar o montante calculado em 2017, ou seja, 15% da sua Receita Corrente Líquida (RCL), corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor. Dessa forma, o cálculo do Índice Nacional de Preços ao Consumidor teve por base o mês de julho de 2016 a julho de 2017, para cálculo do mínimo a ser aplicado no ano de 2018.

Nesse sentido, com a EC nº 95/2016, a escala de progressividade prevista pela EC nº 86/2015 não mais vigoraria. Ressalta-se, ainda, que o ano de 2016 utilizou as regras emanadas pela EC nº 86/2015, de modo que o montante mínimo aplicado correspondeu a 13,2%. Dessa forma, em virtude da não aplicação do percentual de 15%, conforme relatório do Tribunal de Contas da União, o *deficit* em ações e serviços públicos de saúde seria R\$ 2,574 bilhões.

Outro aspecto, ainda sobre o ano de 2016, concerne as disponibilidades provenientes de restos a pagar não processados dos exercícios anteriores. Com referência, o Relatório do Tribunal de Contas da União concluiu que:

Segundo as informações prestadas em atendimento à diligência realizada por Despacho do relator, em 2015 foram cancelados R\$ 647,3 milhões referentes a restos a pagar não-processados, dos quais R\$ 154,2 milhões dizem respeito a inscrições de 2007 a 2011, enquanto R\$ 493,1 milhões foram inscritos de 2012 a 2014. (BRASIL, TCU, 2017, p. 205-206)

Pelo exposto, a União deveria proceder a compensação do orçamento da saúde no ano de 2017 no montante de mais de R\$ 3,2 bilhões (R\$ 2,574 bilhões + R\$ 647,3 milhões).

No tocante ao cancelamento ou prescrição de restos a pagar que tenham sido aferidos para atingir o mínimo em saúde nos exercícios anteriores ao ano de 2015,

consta do relatório do Tribunal de Contas da União que:

Pelas regras do art. 24, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar 141/2012, os atos realizados em 2015 de cancelamento ou prescrição de restos a pagar computados para os mínimos de saúde de exercícios anteriores deveriam ter as disponibilidades de caixa compensadas até dezembro de 2016. (BRASIL, TCU, 2017, p. 208)

Relativamente ao valor anteriormente mencionado de restos a pagar não processados, dos anos de 2011 a 2013, apenas R\$ 254 milhões deveriam ser compensadas até o exercício do ano de 2016. Nesse sentido, o relatório do Tribunal de Contas da União informa que:

Deste valor global, apenas R\$ 254 milhões deveriam ser compensados até o término do exercício seguinte (2016), em razão da insuficiência de saldo excedente em relação aos mínimos para absorver os cancelamentos dos restos a pagar dos exercícios de 2011 (R\$ 61,3 milhões), de 2012 (R\$ 57,6 milhões) e 2013 (R\$ 135,1 milhões) ao longo do exercício de 2015 (...) (BRASIL, TCU, 2017, p. 209)

Sobre este período, concluiu o Tribunal de Contas da União que em decorrência da União ter aplicado no exercício de 2016 o montante de R\$ 482,9 milhões em ações e serviços públicos de saúde, seria suficiente para compensar o montante de R\$ 254 milhões relativos aos cancelamentos em 2015 de restos a pagar dos anos de 2011 a 2013. Ressalta-se, todavia, que os restos a pagar não processados, que tenham sido inscritos e computados nos mínimos dos exercícios anterior a LC nº 141/2012, foram alvos de Ação Judicial, através da Ação Civil Pública.

A partir destas premissas, será necessária a análise acerca do exercício de 2016, conforme Relatório do Tribunal de Contas da União, levando em consideração a aplicação da então EC nº 86/2015, ou seja, o percentual de 13,2%, da Receita Corrente Líquida Federal, de modo que mínimo em ações e serviços públicos de saúde para o mencionado ano seria de R\$ 95.366.607.468,00. Isto posto:

Como se verifica, em 2016, o montante empenhado pela União, a título de ações e serviços públicos de saúde, foi de pouco mais de R\$ 106,2 bilhões, em plena consonância com o art. 3º da Lei Complementar 141/2012 e os itens vigentes do Acórdão 31/2017-TCU-Plenário, relator Ministro Substituto Augusto Sherman.

Esse valor corresponde a 14,7% da RCL federal, o que supera, em termos nominais, em cerca de R\$ 10,9 bilhões, o mínimo de R\$ 95,4 bilhões,

calculado com base no parâmetro de 13,2% da RCL, definido pela Emenda 86/2015, para ser aplicado no primeiro ano subsequente à sua promulgação.

[...]

Diante de todo o exposto, conclui-se que a União cumpriu em 2016 as determinações constitucionais e legais de aplicação do recurso mínimo no custeio de ações e serviços públicos de saúde. (BRASIL, TCU, 2017, p. 213-214)

Consta do Relatório do Tribunal de Contas (BRASIL, TCU, 2020), que o Ministério Público de Contas formulou representação junto ao TCU, a qual foi apreciada mediante o Acórdão 1.048/2018-TCU, de relatoria do ministro Bruno Dantas. Conforme representação, pretendeu-se discutir o *deficit* de R\$ 3,2 bilhões (R\$ 2,574 bilhões + R\$ 647,3 milhões), que deveria ser compensada pela União no exercício de 2017. Todavia, no mérito, foi julgada improcedente.

No entanto, ainda conforme Relatório do Tribunal de Contas:

Embora essa questão de mérito também tenha sido amplamente discutida no Parecer Prévio sobre as Contas do Presidente da República referente ao exercício de 2016 (Acórdão 1.320/2017-TCU-Plenário, da relatoria do ministro Bruno Dantas), na Reclamação 30.696, interposta por segmento da sociedade civil junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), o relator, ministro Ricardo Lewandowski, concedeu, em 5/10/2018, liminar para suspender os efeitos do Acórdão 1.048/2018-TCU-Plenário por suposta afronta a outra liminar deferida, em 31/8/2017, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.595. A partir de então, instaurou-se quadro de insegurança jurídica. De um lado, não há questionamento judicial quanto ao teor do Acórdão 1.320/2017-TCU-Plenário, que aprovou o Parecer Prévio encaminhado ao Congresso Nacional para julgamento das contas presidenciais de 2016 (art. 49, inciso IX, da Constituição Federal), por meio do qual este Tribunal atestou, no exercício da competência prevista no art. 25, parágrafo único, da Lei Complementar 141/2012, o cumprimento do mínimo em ASPS pela União naquele ano. De outro lado, os efeitos do Acórdão 1.048/2018-TCU-Plenário, que reafirmou o mérito da questão no âmbito da representação formulada pelo MPTCU, encontram-se suspensos por liminar concedida monocraticamente em sede da Reclamação 30.696, pendente de julgamento do agravo regimental interposto pela Advocacia-Geral da União (AGU) em 5/12/2018. (BRASIL, TCU, 2020, p. 208-209)

Diante os dados apresentados, conclui-se que a União, ao decorrer dos anos, se portou de modo apenas a cumprir uma obrigação formal, qual seja, da aplicação do mínimo de recursos federais em ações e serviços públicos, e não objetivando que de forma concreta fosse materializado o direito fundamental, pois quando não ficou aquém do mínimo, como sucedeu nos anos de 2003 e 2005, a variação nominal do respectivo índice, muitas vezes, se apresentava irrisoriamente acima do mínimo. Isto é, pelos dados apresentados, o governo disponibilizou de forma predominante, ao

longo dos anos, apenas o valor mínimo constitucional, salvo alguns exercícios que podem ser considerados exceções. Assim, considera-se que o piso estabelecido correspondeu, de outro modo, como teto. Além do mais, há de enfatizar que os valores empenhados para cumprimento do mínimo parte deles são inscritos em restos a pagar e transferidos para o exercício seguinte e são alvos de sucessivos cancelamentos, de modo que até os dias atuais a União não procedeu a exata compensação de eventuais restos a pagar que foram utilizados para computar no mínimo da política pública.

Outrossim, até o ano de 2015 as regras alusivas ao patamar mínimo se vincularam a variação nominal do PIB, que muitas vezes se encontrava em montante muito inferior a Receita Corrente Líquida da União, por isso, acredita-se que houve um prejuízo a seara da saúde tal vinculação em correspondência com a variação nominal do PIB e não a Receita Corrente Líquida. No entanto, em 2016 tal índice passou a vincular a Receita Corrente Líquida.

Ademais, como mencionado anteriormente, não foi procedida a exata compensação no ano de 2016 de restos a pagar que foram cancelados em anos anteriores e computados ao mínimo destes, bem como que no ano de 2016 deveria ter sido aplicado o percentual mínimo de 15%, de modo que todos estes fatores implicaram no piso federal de 2018 a 2036, o que por certo, reclama uma urgência em sua resolução, sobre isso, importa uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595/DF.

4.1 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595/DF, iniciou-se em virtude de representação formulada por Élide Graziane Pinto ao Ministério Público Federal, dando conta de possível inconstitucionalidade decorrente da previsão do art. 2º e do art. 3º, da Emenda Constitucional nº 86/2015. Nesse sentido, visando a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados, a ação foi proposta pela Procuradoria-Geral da República em 22 de setembro de 2016, com pedido de liminar.

No tocante as mudanças provocadas pela Emenda Constitucional nº 86/2015, em seu art. 2º, foi estabelecido novo piso, que seria alcançado mediante subpisos ao longo dos exercícios seguintes. Ademais, o art. 3º da Emenda Constitucional nº

86/2015, deixou de considerar como fonte adicional as despesas com ações e serviços públicos de saúde oriundas da participação no resultado ou compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, as quais, por sua vez, passaram a ser computadas para fins de cumprimento do mínimo na política pública. Ressalta-se, ainda, que a previsão como fonte adicional decorria da Lei nº 12.858, em seu art. 4º, o qual estabelecia que: “os recursos destinados para as áreas de educação e saúde na forma do art. 2º serão aplicados em acréscimo ao mínimo obrigatório previsto na Constituição Federal” (BRASIL, 2013).

Em decorrência das alterações resultantes da Emenda Constitucional nº 86/2015, observou-se que o diploma legal consagraria:

(i) violação aos direitos à vida e à saúde, previstos nos arts. 5º, *caput*; 6º; e 196 a 198, *caput* e § 1º, da Constituição da República; (ii) afronta ao princípio da vedação de retrocesso social (CR, art. 1º, *caput* e III); (iii) contrariedade ao princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal, em sua acepção substantiva (art. 5º, LIV), na sua faceta de proibição de proteção deficiente; e (iv) descumprimento do dever de progressividade na concretização dos direitos sociais, assumido pelo Brasil tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992), quanto no 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, de 30 de dezembro de 1999) (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595, p. 07-06).

Consequente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade em apreço menciona, ainda, a Lei Complementar nº 141/2012, que em seu art. 5º, §2º, estampava uma preocupação na impossibilidade de ocorrência de retrocesso na aplicação dos recursos públicos pela União nas ações e serviços públicos de saúde. Por tal razão, estabeleceu que mesmo havendo uma variação negativa do PIB, deveria ser conservado o montante de aplicação de recursos mínimos pela União em correspondência ao exercício anterior.

Ato contínuo, consta da representação formulada Élide Graziane que no ano de 2015, a aplicação mínima federal em ações e serviços públicos de saúde apresentou um percentual de 14,8% da Receita Líquida Corrente da União, sendo que o percentual do exercício de 2016 correspondeu a 14,7% da Receita Líquida Corrente da União. Portanto, houve uma queda no custeio das ações e serviços públicos de saúde, representando um retrocesso para a política pública e uma não observância

do dever de progressividade.

Outrossim, a regra do art. 3º, da Emenda Constitucional nº 86/2015, retira como fontes adicionais os recursos obtidos pela exploração do petróleo e gás natural, de modo que “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 impõe nova perda bilionária de recursos para o SUS” (STF, ADI nº 5.595, p.22). A regra anteriormente vigente decorria da Lei nº 12.858/2013, e havia por intuito o cumprimento dos preceitos constitucionais previstos ao Sistema Único de Saúde, vez que em momento anterior a validade do diploma normativo o investimento da União na saúde não foi capaz de cumprir concretamente com a finalidade estabelecida na Carta Magna, sendo necessário a previsão de fontes adicionais.

Nesse sentido, foi requerido em medida cautelar a suspensão da eficácia das normas impugnadas e, por fim, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015.

4.2 Apresentação do voto do Ministro relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595

Inicialmente, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595/DF, ratificou o dever de estabilidade e progressividade a ser buscado para a saúde pública, acentuando que o direito social exige do Estado uma prestação positiva, o que resultaria na impossibilidade de adoção de um comportamento omissivo pelo Poder Público. Posto isto, sustenta o relator que:

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. (BRASIL, 2017, p. 03-04)

Nesse sentido, o custeio da saúde de forma estável decorre dos princípios da segurança jurídica e da proibição do retrocesso, ocasionando o dever de disposição da política pública de forma progressiva, de maneira que a não observância destes

preceitos resultaria em ofensa a Carta Política.

Posteriormente, o Ministro Ricardo Lewandowski expõe o dever de observância da máxima eficácia e efetividade possível para viabilização do direito fundamental em questão. Para tanto, admite que com a Emenda Constitucional nº 29/2000, o legislador teve o intuito de aliviar a vulnerabilidade fiscal que permeava as ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo um dever de aplicação de recursos mínimos.

Consequente, afirma o relator que:

[...] 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. (BRASIL, 2017, p. 09)

Dessa forma, com fito de cumprimento da solidariedade do financiamento da política pública, bem como de preservar o pacto federativo, deve a União aplicar recursos públicos a saúde de acordo com sua possibilidade arrecadatória, para que os demais entes não tenham que suportar possíveis impactos decorrentes deste desequilíbrio.

Ato contínuo, o relator pontua que a mora legislativa para edição da Lei Complementar nº 141/2012, contribuiu para agravamento dos impasses fiscais ao custeio da saúde, provocando, graves divergências sobre o tema e ensejando uma vazão progressiva ao dever de observância no gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde.

No tocante a teoria da reserva do possível e a disponibilização progressiva do direito à saúde:

Considerando que são, na prática, inesgotáveis as demandas em face do Estado nesse setor, 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. (BRASIL, 2017, p. 11)

Portanto, não é admissível a edição de atos normativos contrários a necessária progressividade do custeio da política pública, bem como qualquer omissão que venha a prejudicar a disponibilização do serviço público de saúde. Nesse sentido, o direito à

saúde demanda um financiamento adequado do Sistema Único de Saúde, que poderá decorrer de fontes próprias e solidárias de receita da seguridade social, ou ainda, em razão do dever de observância do gasto mínimo, sob pena de violar o princípio da vedação do retrocesso, dentre outros.

Em seguida, ao destacar a tardia promulgação da Lei Complementar nº 141/2012, o relator reconhece que a regulamentação “(...) robusteceu a ideia segundo a qual o custeio do direito à saúde é objeto de uma tutela legal (...)” (BRASIL, 2017, p.19). Todavia, destaca que:

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. (BRASIL, 2017, p. 22)

Com efeito, a progressividade ora buscada ao custeio da saúde pública pretende justamente estabelecer uma vinculação ao Poder Público para que o financiamento da política pública não se ache paralisada no tempo.

Entretanto, com a vigência da Emenda Constitucional nº 86/2015, houve considerável corte das verbas destinadas à saúde, resultando em perdas nominais nos primeiros exercícios seguintes a promulgação da Emenda. Ademais, os percentuais gradativos previstos pela Emenda ocasionaram o risco de ocorrência de percentuais proporcionalmente inferiores ao piso anterior a sua vigência.

Logo, destaca o relator, que se o legislador pretendesse estabelecer com a Emenda Constitucional nº 86/2015, uma real progressividade no piso dos gastos em saúde não teria previsto subpisos anteriores. Argumentando, inclusive, que mesmo com a característica de transitoriedade da regra, restou consolidado um retrocesso a política pública, posto que não haveria garantia da superação destes subpisos pelos pisos posteriores, tendo em vista ainda a retirada como fonte adicional das receitas oriundas da exploração de petróleo e gás natural.

Dessa forma, “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” (BRASIL, 2017, p. 26).

Sem embargo, embora o art. 3º da Emenda Constitucional nº 95/2016, tenha

revogado o art. 2º da Emenda Constitucional nº 86/2015, no ano de 2016 ainda houve a incidência de um percentual inferior a 15%, de forma que a União “(...) 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.” (BRASIL, 2017, p. 29)

Em face da Emenda Constitucional nº 95/2016, ter revogado o art. 2º da Emenda Constitucional nº 86/2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão unânime do Plenário, reconheceu que não há perda de objeto da ação pela revogação superveniente da norma impugnada. Ademais, o Conselho Nacional de Saúde, pronunciou-se acerca da matéria, declarando que de fato houve um déficit na destinação de verbas públicas à saúde no ano de 2016, já que foi aplicado um patamar mínimo inferior ao estabelecido pelo art. 198, § 2º, I da CF/88, qual seja, de 15 %.

Por fim, deliberou-se que “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” (BRASIL, 2017,p. 35).

4.2 Necessidade de julgamento procedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595/DF

A procedência em caráter definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595/DF, é matéria de relevância social e indispensável na proteção do direito social, vez que com a Emenda Constitucional nº 86/2015, há regras contrárias a progressividade buscada ao direito fundamental.

Consequente, sendo declarada a inconstitucionalidade do art. 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015, haveria uma maior alocação de recursos para o SUS, tendo em vista a alta arrecadação das receitas destes recursos naturais.

Ademais, ressalta-se que são inegáveis os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional nº 86/2015, posto que vai refletir na reformulação do piso federal de 2018 a 2036. Sobre isso, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski afirmou que não há perda de objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595, em virtude da revogação do mencionado artigo pela Emenda Constitucional nº 95/2016.

Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da

Emenda Constitucional nº 86/2015, obrigaria a União o dever de compensação no ano de 2017, posto que no exercício de 2016 o piso apresentou-se inferior a 15% da Receita Corrente Líquida. Outrossim, foi demonstrado no tópico “4” que União tem o dever de compensar, inclusive, de restos a pagar computados para alcance do mínimo, que foram cancelados, referentes aos exercícios anteriores a 2016, bem como de anos anteriores a 2011.

Em suma, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595/DF, está em plena harmonia com a vedação do retrocesso ao piso nas ações e serviços públicos de saúde. Ademais, é emergente um financiamento suficiente, estável e progressivo para o Sistema Único de Saúde, o que demanda a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015, representando, assim, uma das medidas possíveis afim de buscar a progressividade da política pública e a vedação de atos legais que não resguardecem a evolução normativa conquistada pelo direito social.

4.3 Alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 95/2016 ao financiamento da saúde pública

A Emenda Constitucional nº 95/2016, que teve sua publicação datada de 15 de dezembro de 2016, alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como instituiu Novo Regime Fiscal (NRF). Segundo regra estabelecida em seu art. 106, ficou instituído que por vinte exercícios financeiros vigorará as regras estabelecidas por tal Emenda.

Consequente, fixou-se que para as despesas primárias será considerado o limite referente ao exercício imediatamente anterior, qual seja, o ano de 2017, corrigido pela variação da inflação, que será mediado pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (IPCA). Ademais, conforme dispõe o art. 107, § 1º, I, da Emenda Constitucional nº 95/2016, “para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento)” (BRASIL, 2017). Em outras palavras, a despesa primária do exercício de 2017, levará em consideração a despesa primária paga no ano de 2016, corrigida em 7,2% (percentual referente a taxa de inflação do ano de 2016).

Ressalta-se que o Novo Regime Fiscal busca a redução da dívida pública, a partir de eventual saldo positivo ocasionado pelas alterações da normativa. Outrossim, dispõe o art. 108, da Emenda Constitucional nº 95/2016, que o Presidente da República poderá propor, após o décimo exercício financeiro e mediante Lei Complementar, alteração desse método de correção.

Com efeito, no exercício de 2018 e seguintes, os recursos mínimos aplicados a saúde passarão a consistir em mera atualização monetária, sendo corrigidos apenas pela inflação do ano anterior, utilizando como medida o Índice Nacional de Preços ao Consumidor.

Dessa forma, o Novo Regime Fiscal constitui medida que repercute negativamente ao direito social, vez que impede a progressividade que deveria ser perseguida nas ações e serviços públicos, tendo em vista que já não há mais proporcionalidade entre o piso do financiamento da saúde com a receita da União. Isto é, pelo período de 20 anos não haverá uma proporcionalidade entre a receita da União e a aplicação de recursos a seara da saúde. Nesse sentido, as despesas primárias, em razão das alterações impostas, ficarão estagnadas durante todo esse período.

Assim, por meio de Emenda Constitucional foi previsto a estagnação do desenvolvimento do direito à saúde, posto que o patamar mínimo é calculado apenas com base em mera atualização monetária, consistindo, assim, em medida contrária a proteção do financiamento do direito em análise, vez que não haverá progressividade no custeio durante este período.

O prejuízo para a área da saúde consiste na ausência de crescimento real do piso de seu custeio, em relação ao piso previsto no art. 198, §2º, I da CF/88. Destarte, não seria admissível que por meio de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o texto permanente da Constituição Federal de 1988, fosse deliberadamente descumprido, dado que a Emenda prevê verdadeiro adiamento da eficácia material do direito à saúde, o que por certo consiste em medida inconstitucional já que implica em impactos severos a política pública.

Ressalta-se, ainda, que a diminuição de despesas públicas não consiste em medida inválida, questiona-se, todavia, que para alcance dessa pretensão o mínimo assegurado ao custeio da saúde foi comprometido, de modo que a própria efetivação

do direito restará prejudicada. Assim, por ser um direito cuja materialização depende de recursos públicos, seu conteúdo principal restou esvaziado pela diminuição indiscriminada de dotações orçamentárias para sua concretização.

Ademais, conforme mencionado por Ananias e Nolasco, em Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada à Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado, em audiência pública realizada em 25/10/2016, foram apresentadas alternativas paralelas a limitação de despesas que não violam direitos fundamentais, tais como: “a) Imposto sobre Lucros e Dividendos recebidos por donos e acionistas de empresas; b) Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCMD) e; c) Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF)” (ANANIAS; NOLASCO, 2018, p. 102). Deveras, são inúmeras as alternativas apresentadas pelos mais variados estudiosos. Contudo, não pretende-se esgotá-las, mas tão somente enfatizar que existem outros meios juridicamente possíveis.

Destaca-se, ainda, que a Emenda Constitucional nº 95/2016, também foi alvo de ações judiciais perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5633, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) em dezembro do ano de 2016, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5643, ajuizada pela Federação Nacional dos Servidores e Empregados Públicos Estaduais e do Distrito Federal (Fenasepe), a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5658, apresentada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5680, de autoria do Partido Socialismo e Solidariedade (PSOL), a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5715 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5734, respectivamente, pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE).

Pelo exposto, durante os anos que tais regras serão aplicadas não ocorrerá uma superação das desigualdades sociais, pois não haverá uma progressividade no investimento em serviços públicos, ocasionando, de outro modo, uma estagnação do direito, enquanto que a população continuará crescendo, assim como as desigualdades sociais. Inclusive, com a Pandemia da COVID-19, o cenário da política pública agravou de forma severa, deixando escancarado o enfraquecimento do setor da saúde.

Nesse sentido, é forçoso concluir que a Emenda Constitucional nº 95/2016, constitui norma que impede a progressividade do custeio da saúde pública, bem como atenta contra o princípio da vedação do retrocesso, em virtude de prever regras contrárias ao estágio de evolução alcançado pela política pública, dado que pelo período de vinte anos não haverá vinculação com a receita da União, mas tão somente mera correção monetária. Assim, a declaração de inconstitucionalidade da Emenda é medida necessária com fito de pretender um financiamento da saúde pública adequado, já que não é possível a revogação do direito à saúde ou mesmo do seu piso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, a princípio, demonstrar que muito embora a Emenda Constitucional nº 29/2000, tenha instituído regras buscando assegurar a aplicação dos recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, não houve um progresso significativo, sendo possível destacar dois motivos. Primeiramente, a Emenda não estabeleceu de forma expressa os percentuais mínimos para a União, deixando a regulamentação por Lei Complementar posterior e, como visto anteriormente, houve uma mora legislativa na edição de tal ato normativo, possibilitando que por anos as regras tivessem por base normas transitórias, ocasionando, assim, desvios interpretativos na destinação dos recursos públicos ao setor da saúde, por parte da União. Em segundo lugar, ainda que positivamente tenha sido estabelecido a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos pela União, o gasto mínimo ficou atrelado a mera correção anual pela variação nominal do PIB. Assim, a Emenda Constitucional nº 29/2000, apenas postergou o regime de piso atrelado ao comportamento da receita da União, vez que em diversos exercícios financeiros o PIB se apresentou muito inferior a receita da União, dando causa a uma trajetória de regressividade proporcional do gasto federal em saúde. Ressalta-se, ainda, que mesmo com a vigência da Lei Complementar nº 141/2012, permaneceram as regras anteriores, utilizando como medida o PIB.

Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 86/2015, houve um aparente progresso, na medida que estabeleceu uma vinculação dos percentuais mínimos em ações e serviços públicos de saúde a Receita Corrente Líquida da União, sendo que tal percentual não poderia ser inferior a 15%. No entanto, a regressão consistiu no fato de que tal percentual apenas seria alcançando no quinto exercício financeiro seguinte a vigência da Emenda, o que sequer veio a ser conquistado, pois anteriormente sucedeu a revogação da regra. Ocorreu que apenas o percentual mínimo de 13,2% da Receita Corrente Líquida foi aplicado, portanto um retrocesso para a seara da saúde, pois representou uma aplicação de percentual inferior a regra prevista no art. 198, §2º, I da CF/88. Não bastando isso, a política pública sofreu mais um impacto com a Emenda Constitucional nº 86/2015, posto que foi retirado como fonte adicional os resultados decorrentes da exploração do petróleo e gás natural, ocasionando grave diminuição na destinação dos recursos públicos a seara da saúde.

Tal cenário veio a agravar severamente com Emenda Constitucional nº 95/2016, pois a partir da normativa o patamar mínimo passou a ser calculado apenas com base em mera atualização inflacionária, entendendo, assim, que pelo período de vinte anos houve uma revogação tácita dos preceitos constitucionais estabelecidos no inciso I, § 2º, art. 198 da CF/88.

Nesse sentido, pretendeu-se sublinhar que historicamente as medidas e atos normativos adotados pela União em relação à política pública da saúde constituíram em verdadeiras ações regressivas, ocasionando uma fragilização do sistema público de saúde, que mesmo antes da pandemia da Covid-19 já apresentava uma insuficiência no atendimento à população. Dessa forma, a crescente judicialização do direito à saúde apresenta-se apenas como uma das respostas possíveis a tais atos normativos, que restringem e limitam o direito social. Por tal razão, é imperioso que o Supremo Tribunal Federal analise as Ações Direitas de Inconstitucionalidades com fito de proteção ao direito fundamental, já que a política pública sofreu e ainda sofre com interpretações limitadas (quando não contrárias a própria Constituição Federal de 1988), em especial quanto ao dever de gasto mínimo federal em ações e serviços públicos de saúde. Assim, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015, bem como da própria Emenda Constitucional nº 96/2015, consistirá em resposta ao legislador, bem como a sociedade, ao confirmar a impossibilidade de manipulação financeira que suprima garantias constituídas de direitos fundamentais.

É imprescindível que sejam tomadas medidas tendentes a proteção do financiamento da política pública da saúde, vez que se trata do mínimo existencial, bem como em face da exigência de observância da máxima eficácia desse direito. Além do mais, muitos anos já se passaram desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a saúde pública por todo este período padeceu de um financiamento estável e progressivo, o que veio a agravar a crise institucional que já assolava a política pública, ficando mais evidente com a pandemia da Covid-19.

Dessa forma, não devem perdurar as tentativas da União de desvinculação da sua receita no custeio da saúde pública, pois deve haver essa proporcionalidade com fito de garantir um custeio adequado. Ademais, não devem permanecer válidas em nosso ordenamento jurídico, reformas, inclusive por Emenda Constitucional que frustem a essência da própria Constituição, que é o caso das Emenda Constitucional

nº 86/2016, em seu art. 2º e 3º, e da Emenda Constitucional nº 96/2015, que devem ser declaradas inconstitucionais.

Por fim, devem ser adotadas medidas com objetivem garantir um financiamento suficiente, estável e progressivo e para isso será necessária proporcionalidade com a receita da União, até que ocorra em nossa sociedade a “redução do risco de doença e de outros agravos”, bem como o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196, CF/88).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro; NOLASCO, Loreci Gottschalk. Análise da Emenda Constitucional n. 995, de 2016, sob a perspectiva de violação de direitos fundamentais. *Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça*. Dourados, v. 06, n. 01, p. 86-112, mar./jun.2018.

BRASIL. Emenda Constitucional n° 29, de 13 de setembro de 2000. Brasília: Senado Federal, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional n° 86, de 17 de março de 2015. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional n° 95, de 15 de dezembro de 2016. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Lei Complementar n° 141, de 13 de janeiro de 2012. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Lei n° 12.858, de 09 de setembro de 2013. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12858.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.595/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11707861&prclD=5056708#>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.595/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Voto. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5056708>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2003. Rel. Min. Guilherme Palmeira. Brasília: TCU,

2004.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2004. Rel. Min. Benjamin Zymler. TCU, 2005.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2005. Rel. Min. Valmir Campelo. Brasília: TCU, 2006.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2006. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília: TCU, 2007.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2007. Rel. Min. Benjamin Zymler. Brasília: TCU, 2008.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2008. Rel. Min. Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2009.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2009. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Brasília: TCU, 2010.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2010. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Brasília: TCU, 2011.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2011. Rel. Min. José Múcio. Brasília: TCU, 2012.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2012. Rel. Min. José Jorge. Brasília: TCU, 2013.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2013. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Brasília: TCU, 2014.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2014. Rel. Min. Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2015.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2015. Rel. Min. José Múcio Monteiro. Brasília: TCU, 2016.

BRASIL. TCU. Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2016. Rel. Min. Bruno Dantas. Brasília: TCU, 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de acompanhamento. TC 021.380/2009-3. Disponível em:
<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CAcord%5C20101013%5CAC_2670_37_10_P.doc>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado

Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BULOS, Uaço Direta de Inconstitucionalidade Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR; NOVELINO. Constituição Federal para concursos. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2021.

MENDES; BRANCO. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINTO, Élide Graziane. Financiamento dos Direitos à Saúde e a Educação: Uma Perspectiva Constitucional. Belo horizonte: Fórum, 2017.

PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; COMPARATO, Fábio Konder;

TORRES, Heleno Taveira. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis?imprimir=1>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2020.