



Nota Técnica nº 02/2016 da Comissão Permanente de Defesa da Saúde do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça.

Nota técnica da Comissão Permanente de Defesa da Saúde do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça sobre a inconstitucionalidade material, em tese, do projeto de emenda constitucional (PEC) 143/2015 e de qualquer redução financeira ou orçamentária das verbas destinadas ao custeio do Sistema Único de Saúde, em face da circunstância que o custeio constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais é cláusula pétrea.

JUSTIFICATIVA

A Proposta de Emenda à Constituição - PEC 143/2015 pretende realizar, durante os quatro anos seguintes à sua eventual promulgação, a desvinculação do repasse de valores orçamentários e financeiros que deveriam compor o piso mínimo de recursos destinados ao financiamento do SUS, de forma a desobrigar os entes políticos - União, Estados, Municípios e Distrito Federal, de cumprirem os patamares estabelecidos nos parágrafos 2º e 3º do art. 198 da Constituição Federal, de maneira a, na prática, diminuir o custeio financeiro reservado às ações e serviços de saúde.

O Supremo Tribunal Federal já estabeleceu a invalidade de medidas que se destinem a enfraquecer o suporte financeiro dos direitos fundamentais:

“Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público [...] criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.” (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

A PEC 143/2015 pretende alterar o regime constitucional de vinculações de receitas, patamares de gasto mínimo e fundos, por meio da alteração do caput do art. 76 e da instituição dos arts. 101 e 102, todos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

O conteúdo de tal PEC reside na reinstituição da chamada “Desvinculação de Receitas da União” – DRU, cuja validade havia findado em 31/12/2015, por força da redação dada ao art. 76 do ADCT pela EC 68/2011. Mas não apenas isso. Agora a ideia de desvinculação pretende alcançar também as receitas, os deveres de gasto mínimo e os fundos dos Estados, DF e Municípios.

Foram excetuadas da sua incidência tão somente as vinculações protetivas da repartição federativa de receitas, a contribuição social do salário-educação e o dever de aplicação mínima de recursos em manutenção e desenvolvimento do ensino[1]de que trata o art. 212 da CR/1988. Serão, pois, afetados pela abrangente regra de DRU/DRE/DRM o custeio mínimo das ações e serviços públicos



de saúde (art. 198), as contribuições sociais que amparam a seguridade social e as contribuições de intervenção no domínio econômico (como se lê nos arts. 149 e 195 da Constituição), bem como todos os fundos[2] e órgãos que tenham alguma vinculação orçamentária a seu favor.

Vale lembrar que a origem de tal instrumento de desvinculação orçamentária remonta à Emenda de Revisão n.º 01/1994, tendo sido mantido – mediante pequenas alterações de conteúdo e forma – ao longo das Emendas n.º 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003, 56/2007 e 68/2011.

Essas sete Emendas Constitucionais, no decurso dos últimos 22 (vinte e dois) anos, deflagraram um processo de “erosão constitucional”[3] sobre as garantias de consecução material dos direitos sociais pela via da limitação do financiamento das políticas públicas que lhes dizem respeito.

A perpetuação da DRU e a sua extensão a Estados e Municípios (DRE e DRM) por meio de tergiversadora regra no seio dos ADCT afetam a natureza jurídica das contribuições sociais ao desvincularem-nas (ainda que parcialmente) da seguridade (arts. 149 e 195). Como Machado Segundo[4] (2005, p. 181) alerta, se quisesse tributos desvinculados, a União deveria criar impostos no uso de sua competência residual e reparti-los devidamente na forma do art. 157, II da CR/1988.

Ora, a vedação de retrocesso no âmbito dos direitos sociais - cuja incidência no direito brasileiro já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹ (In *ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO*) deve ser interpretada de forma conjugada com a proteção que é conferida a esses direitos como “cláusula pétrea”[5] e deve buscar garanti-los materialmente, além do seu enunciado formal.

Os dispositivos constantes dos arts. 71, 72 e 76 do ADCT apenas e tão somente se legitimaram no ordenamento brasileiro na condição de regra temporária e excepcional. Agora, em 2016, – passados 22 anos desde sua primeira instituição – a perpetuação da DRU e a criação da DRE e da DRM operarão como meio falseado de ajuste fiscal, contra a expressa dicção do texto permanente da Constituição.

A administração da crise financeira com seus mecanismos, ditos excepcionais, de redefinição de

1 “- *A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.* – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.” (*ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO*).



prioridades orçamentárias tem se tornado, por si só, uma nova regra de priorização que atua em uma lógica de neutralização, no médio prazo, das vinculações estabelecidas na CR/1988.

Uma vez afastada a ideia de ser temporária e excepcional, a DRU, ao que se soma a DRE e a DRM, efetivamente reduzem a obrigatoriedade constitucional dos entes políticos alocarem recursos nas áreas de saúde (art. 198, § 2º da CR/1988) e na manutenção integral do orçamento da seguridade social (art. 165, §5º, III c/c art. 195 da CR/1988), sem se falar nos fundos e órgãos que têm receitas próprias a eles vinculadas.

A teor do art. 167, IV, em sua parte final, da Constituição, as vinculações orçamentárias asseguradoras de piso de custeio para os direitos fundamentais à saúde e à educação foram expressamente excetuadas do princípio geral de não afetação da receita de impostos, por força da sua condição de conteúdo mínimo de validade das leis orçamentárias anuais de cada ente da federação.

O comando de imutabilidade que confere máxima proteção aos direitos fundamentais também se estende às suas garantias estatuídas constitucionalmente, no que se inserem os deveres de gasto mínimo e a vinculação de receitas, tal como se lê no art. 60, § 4º, IV da CR/88.

É preciso dizer que o direito previsto na Constituição, é ineficaz, se não for acompanhado dos meios para sua garantia, que para serem eficazes, também assumem a condição de norma fundamental; dentro deste panorama, assim como de nada vale o direito à liberdade sem a ação de *habeas corpus* que o assegure, o direito à saúde é negado se não é sustentado por recursos orçamentários/financeiros suficientes para assegurar, ao menos, os serviços, ações, programas e políticas já estabelecidos e disponíveis à população e executadas através do SUS.

Assim, se se considerar a fórmula dada por Alexy[6], segundo a qual: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”, pode-se questionar como desproporcional e abusivo o fato de que a desvinculação, ou seja, a alocação discricionária de 25% (vinte e cinco por cento) de todos os impostos e contribuições dos três níveis da federação, via ADCT e por prazo indeterminado, na prática, estabelecerá tanto um novo patamar de gastos mínimos a serem executados (como, por exemplo, com saúde), quanto um novo sistema tributário de financiamento da seguridade social.

Ora, essa redefinição restritiva – via ADCT – das prioridades alocativas inscritas no texto constitucional tem sido empreendida desde 1994, sem que isso tenha sido explícita e diretamente discutido e aprovado pelo Legislativo na forma de emenda aos dispositivos permanentes da CR/1988, para rever as próprias vinculações ali instituídas para execução de gastos mínimos setoriais (a exemplo do art. 198) e para destinação de receitas (arts. 149 e 195).

Desvio de finalidade e falta de transparência são características inerentes ao instituto da



desvinculação de receitas exatamente em função de estar ele sendo reinstituído e interpretado inequivocamente contra a própria finalidade publicística a que veio, qual seja, aplicar maiores recursos “no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social”, tal como previa a parte final do caput do art. 71 do ADCT, na redação dada pela ECR nº 1/1994.

Ao instituir uma regra, em tese, “excepcional”, de forma paralela e ao se retirar do cenário em que a discussão sobre haver despesas mais ou menos vinculadas explicita o rol de prioridades orçamentárias do corpo permanente da Constituição de 1988, o Poder Constituinte Derivado mitiga – inconstitucionalmente – o nível (determinado pelo texto permanente da Carta Magna brasileira) de obrigatoriedade de alocação de recursos para gerir, em sede de decisões administrativas discricionárias, uma crise financeira que remonta a 1994.

A ECR n.º 01/1994, as Emendas n.º 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003, 56/2007 e 68/2011, na prática, promoveram temporariamente e agora a PEC 143/2015 pretende promover, mais uma vez, em caráter de prorrogação, a fixação de limites menores para as atuais vinculações postas na CR/1988, sem justificar tal profunda agressão ao ordenamento pátrio em sua dimensão primeira de proteção aos direitos fundamentais.

É francamente um desvio de finalidade e verdadeira burla à Constituição esse redesenho feito em relação aos próprios limites mínimos de gastos com as políticas públicas vinculadas, bem como quanto à natureza tributária específica das contribuições sociais, por meio de várias emendas contingenciais ao texto dos Atos das Disposições Transitórias da CR/1988.

Assim sendo, não se pode reputar como constitucionalmente adequada qualquer iniciativa legislativa que vise reinstituir a DRU, bem como ampliá-la para Estados e Municípios, como ora se pretende com a PEC 143/2015.

A perpetuação, na prática, da DRU via ADCT lesa os arts. 167, IV, 195, 196 e 198 da CR/1988, ao faticamente dar causa à insuficiência de recursos para o custeio constitucionalmente adequado dos direitos sociais amparados por diversas formas de vinculação de receita e/ou despesa, em rota de lesão aos princípios da vedação de retrocesso e vedação de proteção insuficiente.

É preciso dizer ainda que, independentemente das desvinculações, a simples redução orçamentária e financeira dos recursos destinados ao custeio do SUS de um exercício para outro, de modo que não seja prevista, no mínimo, a atualização monetária dos valores reservados a esse serviços é igualmente inconstitucional, pelos mesmos fundamentos estabelecidos acima, especialmente o princípio da vedação do retrocesso e da proteção insuficiente.



A ocorrência de crise econômica/financeira, que se reflita na diminuição global dos recursos orçamentários destinados ao SUS não é justificativa para a diminuição das verbas destinadas ao atendimento do serviço de saúde, na medida em que este, nos termos do art. 197 da Constituição Federal, ao ser considerado como *serviço de relevância pública* e por ser ainda a única atividade estatal, literalmente, dotada dessa qualificação, se coloca como política pública constitucionalmente prioritária, de modo que ao invés de se restringirem os recursos da saúde, se deve na verdade amoldar as atividades financeiras programáticas, de caráter secundário ou acessório, como a publicidade oficial, que pode ser reduzida, apenas a veiculação dos atos de divulgação obrigatórias por lei através do diário oficial, ou de valores pagos a serviço da dívida pública.

Portanto, a eventual aprovação da PEC em questão e a consequente continuidade das reduções e contingenciamentos colocam em risco não apenas o próprio direito à saúde e os serviços necessários à sua garantia, mas também a inviolabilidade do direito à vida, conforme art. 5º, caput da CR/1988, que é cláusula pétrea; e a integridade de milhões de pessoas que utilizam o SUS e que já não dispõem de serviços e ações de saúde eficientes.

Assim, em face da restrição financeira, além do aumento da judicialização da saúde que tal emenda implicará, respeitando a liberdade do Congresso Nacional, em deliberar a matéria, torna-se necessário ao Ministério Público brasileiro, na qualidade de defensor da ordem jurídica, dos direitos sociais e *dos serviços de relevância pública*, conforme sua missão estabelecida pelo art. 129 da Carta Magna, esclarecer, através da presente nota técnica, a inconstitucionalidade da emenda constitucional aqui citada.

Salvador-BA, 06 de maio de 2016.

[2] É absolutamente oportuno lembrar a medida cautelar concedida, em 09/09/2015, pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, para que os recursos do Fundo Penitenciário Nacional fossem liberados pela União e destinados integralmente à finalidade para o qual ele foi instituído, de modo que restou vedada a possibilidade de contingenciamento ou quaisquer instrumentos análogos de destinação das suas receitas. (Supremo Tribunal Federal, ADPF 347 MC/DF, MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 09/09/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

[3] MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 441.



[4]MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Contribuições e federalismo. São Paulo: Dialética: 2005, p. 181.

[5] COMPARATO, Fábio Konder; PINTO, Élide Graziane. Custeio mínimo dos direitos fundamentais sob máxima proteção constitucional. Consultor Jurídico, 17/12/2015. Disponível em<<http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protecao-cf>>. Acesso em 25/04/2016.

[6]ALEXY, Robert. Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik. In: CONFERÊNCIA PROFERIDA NA FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA, 1998. Rio de Janeiro. Conferências... Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1998. Tradução livre de Gilmar Ferreira Mendes. Grifo nosso.