Ofício nº 06/2016 – 2ª Procuradoria de Contas

São Paulo, 28 de junho de 2016.

Ref: Arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015 e regressividade no piso federal de custeio das ações e serviços públicos de saúde

> "Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, 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).

Excelentíssima Senhora Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão,

Cumprimentando-a, venho representar V. Exa. para apreciação, no âmbito do Ministério Público Federal, acerca da inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, a seguir transcritos:

À Sua Excelência,
Dra. DEBORAH DUPRAT
DD. Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão
SAF SUL, Quadra 4, Conjunto "C" Bloco B Sala 304
Brasília - DF
CEP: 70050-900

> Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:
> I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
> II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
> III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
> IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
> V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.
>
> Art. 3º As despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal.

A reflexão ora proposta incide sobre as **regras de transição** para o novo regime federal de gasto mínimo em saúde fixado no art. 198, §2º, inciso I da Constituição de 1988 em 15% da Receita Corrente Líquida (RCL), cujo alcance, porém, foi diferido nos próximos cinco anos.

Fato é que, com a entrada em vigor da EC 86/2015, a União a partir deste exercício de 2016, deixou de se submeter ao regime dado pela Emenda nº 29, de 13 de setembro de 2000 (EC 29/2000) e regulamentado pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012.

Ocorre, contudo, que o estabelecimento de porcentuais ditos "progressivos", mas inferiores ao patamar de 15% da RCL que se espera alcançar apenas em 2020 (SUBPISOS?), no art. 2º da EC 86/2015, tem implicado, desde já, regressividade real de custeio para as ações e serviços públicos de saúde no nível da União.

Some-se a isso o fato de que, conforme o art. 3º acima citado, as receitas oriundas do pré-sal passarão a integrar o cômputo do piso, deixando de se comportar como fonte adicional de financiamento da política pública de saúde pelo governo federal.

Justifica-se tal proposta de controle concentrado de constitucionalidade diante da necessidade de refutar a previsão e a execução de quaisquer montantes de valores no orçamento da União que impliquem queda nominal de aplicação em ASPS para 2016 em face dos montantes aplicados em 2015 e 2014, atribuindo força e eficácia irradiantes ao comando do art. 5º, § 2º da LC 141/2012, segundo o qual, mesmo em caso de variação negativa do

produto interno bruto do país, o patamar de gasto mínimo federal em saúde "não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro".

Tal interpretação sistêmica decorre, a bem da verdade, do princípio da vedação de retrocesso que, em matéria de direitos e benefícios amparados no bojo da seguridade social brasileira, foi positivado pelo art. 194, parágrafo único, inciso IV da Constituição de 1988. Não é, portanto, admissível que, a pretexto de cumprimento dos subpisos do art. 2º da Emenda Constitucional nº 86/2015, a União aplique, em 2016, nominal ou proporcionalmente menos recursos do que o fizera em 2014 ou em 2015.

A bem da verdade, o Congresso Nacional tentou conter tal retrocesso de custeio para o piso federal da saúde, por meio do parágrafo 8º do art. 38 da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União de 2016 (Lei nº 13.242, de 30 de dezembro de 2015), o qual, contudo, foi vetado[1].

A perda estimada[2] é de, no mínimo, R$10 bilhões neste exercício de 2016 para o custeio da saúde pública dos brasileiros. Vale lembrar que, em 2015, a aplicação mínima federal em ações e serviços públicos de saúde correspondeu ao porcentual de 14,8% da receita corrente líquida da União e agora, ao longo de 2016, sem considerar os efeitos do próprio fluxo deprimido da arrecadação, o novo piso federal será de 13,2% da RCL. Ou seja, queda proporcional de 1,6% da RCL federal para o custeio das ações e serviços públicos de saúde.

O dispositivo vetado assegurava que não haveria qualquer perda para o custeio do Sistema Único de Saúde (SUS) – na transição da regra de gasto mínimo federal em saúde da Emenda Constitucional nº 29/2000 (EC 29) para o novo patamar dado pela Emenda nº 86/2015 (EC 86) – porque o atual piso não poderia ser inferior ao valor resultante da aplicação da regra anterior.

A substituição da regra que vigorava desde 2000 (EC 29) de cálculo anual pela variação nominal do PIB dos recursos da saúde pelo novo regime de porcentuais sobre a

---

[1] Cujo inteiro teor é o seguinte:
"§ 8o do art. 38
"§ 8o Durante o exercício de 2016, o montante a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde de que trata o § 2o do art. 198 da Constituição não poderá ser inferior ao valor resultante da aplicação da regra constante do art. 5o da Lei Complementar no 141, de 2012."
Razões do veto
"O dispositivo determinaria ao Poder Executivo a utilização de cálculo do valor mínimo de aplicação em ações e serviços públicos de saúde diferente do previsto na Emenda Constitucional no 86, de 17 de março de 2015, criando assim um contexto normativo de insegurança jurídica que seria prejudicial para as ações nessa área."

[2] Como se pode ler em http://www.conass.org.br/consensus/implicacoes-da-emenda-constitucional-n-862015-para-o-processo-de-financiamento-sistema-unico-de-saude/ (acesso em 28/06/2016) e em FUNCIA, Francisco. *Nota de esclarecimento a respeito do cálculo das perdas decorrentes do início da vigência da nova regra da Emenda Constitucional nº 86/2015 para calcular a aplicação mínima da União em Ações e Serviços Públicos de Saúde*. Disponível em <http://idisa.org.br/site/documento_13168_0__2015---domingueira-004-2015.html>. Acesso em 28/05/2015.

receita corrente líquida (RCL) impõe à saúde, como já dito, perda aproximadamente de R$10 bilhões para 2016, conforme cálculo decorrente do art. 2º da EC 86. O dispositivo vetado da LDO pretendia exatamente cobrir tal diferença negativa entre os pisos de custeio para o SUS, para que não houvesse qualquer risco de queda.

O parágrafo 8º do art. 38 se originou no Congresso Nacional como precaução, portanto, contra retrocessos no custeio do SUS. Esse dispositivo foi inserido no Substitutivo ao projeto de LDO/2016 pela Comissão Mista de Orçamento, após os parlamentares haverem acolhido pleito do Conselho Nacional de Saúde e do movimento de defesa do SUS.

Contudo, o veto ao parágrafo 8º do art. 38 da LDO federal fez com que a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 já produzisse efeitos imediatos para a execução orçamentária desde 1º de janeiro de 2016.

Interessante, a esse respeito, lembrar que, nos Jogos Olímpicos de 2012, a Inglaterra mostrou ao mundo um orgulho da sociedade britânica: seu sistema público de saúde (*National Health Service* – NHS**)**. Por sua vez, o Brasil, às vésperas das Olimpíadas de 2016 no Rio, apresentará ao mundo corte nos recursos do Sistema Único de Saúde (SUS), em um momento de enfrentamento de situação de iminente perigo para a sociedade em decorrência da presença alarmante do mosquito Aedes Aegypti, transmissor dos vírus da dengue, chikungunya e zika.

A esse respeito, cabe retomar que o governo federal editou a Medida Provisória nº 712, de 29 de janeiro de 2016, para configurar como "perigo iminente" o risco de epidemia relativo às citadas doenças. Mas, de forma totalmente incoerente, os arts. 2º e 3º da EC 86/2015, bem como o veto do parágrafo 8º do art. 38 da LDO/2016 negaram ao SUS os recursos orçamentários necessários às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Por causa da EC 86/2015, o patamar histórico de serviços e atendimentos do SUS sofrerá contingenciamentos, remanejamentos orçamentários e reprogramações financeiras no nível da União, o que trará severo impacto para os Estados, Municípios e Distrito Federal. Tragicamente, o risco é de que seja priorizado o combate emergencial dos criadouros do mosquito Aedes Aegypti, enquanto se desestruturará o financiamento federativo das demais ações e serviços de saúde.

O que se tem visto[3] no caso da política pública de saúde no Brasil é a redução dramática de recursos orçamentários e financeiros para custear o seu Sistema

[3] Como se pode ler em:

Único. O combate às endemias, bem como todas as demais ações e serviços públicos de saúde serão colocados na UTI, mutilando o que deveria ser motivo de orgulho do cidadão brasileiro: o cuidado com a saúde de todos.

Para entender melhor as consequências de tal regressividade federal de custeio estimada na casa de R$10 bilhões para a manutenção do SUS em 2016, seguem duas linhas complementares de razões para a busca de propositura de ação direta de inconstitucionalidade a respeito dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015:

1) A despesa executada no âmbito das ações e serviços públicos de saúde foi de R$ 83,05 bilhões em 2013, R$ 91,90 bilhões no ano de 2014 e R$ 100,79 bilhões em 2015. Um aumento nominal de 10,65% e 9,67% em cada qual, respectivamente, desses últimos dois anos.

Se forem mantidos os subpisos do art. 2º da EC 86/2015 e considerando que a área econômica do governo historicamente disponibiliza orçamentariamente apenas o valor mínimo constitucional, o Ministério da Saúde terá tão somente R$ 100,25 bilhões em 2016, ou seja, redução nominal de 0,54% em relação a 2015 (que representa uma queda real de 10,15%, considerando a taxa de inflação do IPCA) e, portanto, um retrocesso.

O pior é que tal estimativa de perda é conservadora, porque leva em conta a perspectiva de arrecadação da receita corrente líquida federal de R$ 759,0 bilhões, que se mostra como uma cifra muito difícil de ser alcançada diante da recessão e das sucessivas frustrações de arrecadação.

Fato é que a redução em valores brutos do piso federal em saúde corre o risco de ser ainda maior neste ano. O cenário econômico nacional projeta arrecadação tributária decrescente em 2016, cuja ocorrência acarretará, na prática, agravada minoração do patamar estimado de despesa no setor dentro da lei orçamentária: se a receita corrente líquida for de R$ 730,0 bilhões, o gasto mínimo federal em saúde será de R$ 96,4 bilhões.

Caso seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 e a transição da EC 29/2000 para a EC 86/2015 respeite que não poderá haver queda no

---

PINTO, Élida Graziane. Descompasso federativo no financiamento da saúde pública brasileira. *Consultor Jurídico*, 04/04/2015. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/elida-pinto-descompasso-federativo-financiamento-saude]. Acesso em 26/05/2015.

_____. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014.

_____. Emenda 29 completa 10 anos e SUS ainda tem problemas. *Consultor Jurídico*, 13.10.2010. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2010-out-13/dez-anos-emenda-29-representam-omissao-estado-relacao-sus]. Acesso em 30/03/2015.

_____. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação*. Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

orçamento mínimo da saúde, o valor das aplicações federais no setor subiria para cerca de R$ 107,0 bilhões[4]. Daí é que decorre, pois, a estimativa que permite afirmar o iminente perigo de consumação da perda de aproximadamente R$10 bilhões para o SUS, já que a permanência do veto fixará o piso federal da saúde no "teto" econômico, que se projeta oscilar entre R$ 96,4 bilhões a R$100,25 bilhões a depender do comportamento da receita corrente líquida, conforme o art. 2º da EC 86, sem se olvidar dos efeitos do art. 3º de tal Emenda que restringe a vinda de fonte adicional de custeio a partir da exploração do pré-sal.

2) Segundo projeção do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a população brasileira crescerá cerca de 2,51%, entre 1º de julho de 2013 a 1º de julho de 2016, comprovando que o corte não acompanhará as necessidades da população, tampouco promoverá sequer a correção monetária da inflação havida em 2015, cujo patamar alcançou 10,67% conforme o IPCA[5].

Esse dado se agrava ainda mais diante do aumento do desemprego decorrente da política econômica recessiva, cujas consequências são o desligamento de trabalhadores dos planos de saúde mantidos pelas empresas e correlata expansão de demanda de atendimento nas unidades de atendimento do SUS.

A redução de cerca de R$ 10 bilhões decorrente dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015, portanto, representa algo em torno de 10% do orçamento federal previsto para a saúde pública em 2016.

O rol de fundamentos acima demonstra que os subpisos do art. 2º e a retirada do caráter adicional dos recursos do pré-sal para o custeio da saúde do art. 3º da EC 86/2015 têm sido iníquos para o SUS, na medida em que impõem retrocessos ainda mais agudos para a perspectiva histórica de que a saúde pública já estava subfinanciada com a forma de cálculo de recursos mínimos da EC 29/2000.

Nesse contexto, a vulnerabilidade fiscal dos direitos sociais e, em especial, do direito à saúde tem sido um óbice concreto à sua plena efetividade desde o raiar da Constituição de 1988, resultado de um conjunto de medidas e omissões que ora apenas tendem a se agravar.

---

[4] Não se pode perder de vista, contudo, que nem esses R$ 107,0 bilhões seriam suficientes para a manutenção das ações e serviços públicos de saúde em 2016 nos mesmos patamares em que foram executados em 2014, sobretudo diante da aceleração inflacionária ocorrida desde então. O momento é de defesa do SUS contra cortes abruptos em seu financiamento mínimo, sem que sequer seja possível exigir a correção monetária do estágio qualitativo e quantitativo de cobertura da população, em termos de ações e serviços públicos de saúde ofertados em anos anteriores.

[5] É o que se pode ler em http://www.valor.com.br/brasil/4383460/inflacao-alcanca-1067-em-2015-maior-desde-2002 (acesso em 28/06/2016).

A sociedade brasileira precisa necessariamente debater qual prioridade orçamentária confere ao direito fundamental à saúde, sobretudo diante da expressiva monta de R$ 10 bilhões que, desde a entrada em vigor dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 aqui debatidos, se apresenta como perda para o SUS em 2016. A política pública somente se efetiva quando há disponibilidade de recursos. O SUS tem gestão participativa e sem discutir o seu financiamento, essa participação social passa a ser letra morta na Constituição.

É claro o retrocesso em matéria fiscal que a sociedade terá no custeio do SUS neste 2016, haja vista o fato de o governo federal se escorar em um "piso" de 13,2% da sua receita corrente líquida, que é histórica e proporcionalmente inferior aos 14,8% da receita corrente líquida dos gastos em ações e serviços públicos de saúde em 2015.

O subpiso de custeio federal em saúde fixado no patamar regressivo de 13,2% da receita corrente líquida, tal como imposto pela Emenda 86 para este ano, não se coaduna com o arcabouço jurídico de dever estatal de assegurar um sistema único de saúde universal e integral.

Sob qualquer ângulo de análise (porcentual histórico ou valores brutos), é incontestável que haverá redução no montante a ser aplicado na saúde pública pela União em 2016, caso não seja declarada a inconstitucionalidade de tais subpisos regressivos do art. 2º da EC 86/2015 e da retirada do caráter adicional dos recursos do pré-sal empreendida pelo art. 3º da mesma Emenda.

Como já dito, tal cenário afronta o princípio da vedação de retrocesso que ampara os direitos fundamentais e, em especial, a seguridade social, na forma do que foi expressamente fixado no art. 194, parágrafo único, inciso IV da Constituição. A garantia de "irredutibilidade do valor dos benefícios" ali prevista deve ser lida como proteção constitucional que inclui o estágio de oferta de serviços no âmbito dos direitos à saúde e à assistência social, e não apenas no âmbito da previdência social.

A inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 também decorre da lesão ao caráter de garantia fundamental de que se reveste o piso de custeio da saúde[6], cuja

[6] A esse respeito, Comparato e Pinto (2015) enfaticamente sustentam que:
"Sob o pálio da Constituição de 1988, as receitas vinculadas à seguridade social e os pisos de gasto em saúde e educação são instrumentos de proteção orçamentário-financeira de direitos que não podem ser minorados ou negados. Eis uma síntese conclusiva tão simples, quanto a própria constatação do profundo déficit de efetividade de tais direitos em nossa sociedade. [...]
Nosso convencimento se firma na perspectiva de que o comando de imutabilidade que confere máxima proteção aos direitos fundamentais também se estende às suas garantias estatuídas constitucionalmente. Ora, assim como o habeas corpus está para a liberdade de locomoção, o dever de custeio mínimo está para os direitos sociais à saúde e à educação, os quais hão de ser providos pelo Estado em caráter progressivo.
A vedação de retrocesso na seguridade social, em igual medida, foi fixada no artigo 194, parágrafo único, inciso IV da nossa Constituição, como uma verdadeira garantia de irredutibilidade do valor dos benefícios, o que,

mitigação parcial ou integral deve ser refutada pelo Supremo Tribunal Federal por ofensa ao art. 60, §4º, IV da CR/88.

A conclusão que se impõe é a de que toda e qualquer ação ou omissão governamental que estabeleça patamar de efetividade da política pública de saúde situado aquém da garantia de um mínimo existencial, como ora se sucede com esses dispositivos da EC 86/2015, deve ser fulminada pela sociedade, até mesmo por meio de medida judicial fundada na proibição de proteção insuficiente. É daí que decorre a constatação da sua inconstitucionalidade, cuja apreciação acerca da eventual propositura no controle concentrado ora se propõe.

Além disso, tendo em conta o dever de progressividade na matéria, faz sentido também seja considerado retrocesso vedado constitucionalmente, além da extinção do arranjo protetivo do direito, a estagnação imotivada, bem como a interpretação restritiva que retire a possibilidade fática e jurídica de o direito fundamental à saúde ser realizado em caráter progressivo.

Infeliz e tragicamente o piso federal da saúde não só regredirá em 2016, quando comparado com o quanto fora aplicado em 2015; como – caso seja mantido o inconstitucional caráter regressivo dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 – sua queda também provará que ele, a bem da verdade, opera como um teto[7] máximo que a área econômica do Governo aceita arcar, a pretexto de migalha para fazer face à sua responsabilidade federativa solidária e ao seu dever de máxima eficácia do direito fundamental à saúde.

Em suma e diante de todos os argumentos acima expostos, defende-se seja apreciada possibilidade de a PFDC representar à PGR pela inconstitucionalidade dos arts. 2º e

---

obviamente, inclui o estágio de oferta de serviços no âmbito do SUS e da assistência social, e não apenas da previdência social.
Eis a razão pela qual afirmamos, com ênfase, a existência na Carta de 1988 de um verdadeiro microssistema de tutela do custeio dos direitos fundamentais. As garantias de financiamento contidas no próprio texto constitucional revelam um grau máximo de proteção, para que os orçamentos públicos não sejam omissos quanto à satisfação material daqueles direitos.
Interessante aqui retomarmos a perspectiva de que o princípio geral de não afetação da receita de impostos admite a exceção aberta pelo artigo 167, inciso IV, em sua parte final, em favor da proteção aos direitos fundamentais à saúde e à educação. Em uma interpretação sistemática, depreendemos que os patamares de gasto mínimo em favor de tais direitos, de fato e de direito, já são considerados como conteúdo imutável das legislações orçamentárias, até para que se possa aferir a aventada restrição da "reserva do possível" para fazer face às demais políticas públicas."
Trecho extraído do seguinte artigo: COMPARATO, Fábio Konder; PINTO, Élida 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 28/06/2016.

[7] Como se pode ler em PINTO, Élida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde. *Consultor Jurídico*, 24/03/2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>. Acesso em 18/04/2015.

3º da EC 86/2015, mormente após a manutenção do veto do parágrafo 8º do art. 38 da Lei 13.242/2015 pelo Congresso, como forma de resguardar que não haja retrocessos no financiamento mínimo do SUS pela União.

Respeitosamente,

ÉLIDA GRAZIANE PINTO

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo