UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

LUIZ PINTO DE PAULA FILHO

DESCUMPRIMENTO DO INVESTIMENTO CONSTITUCIONAL MÍNIMO EM SAÚDE PELA UNIÃO E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

SANTOS/SP
2020

LUIZ PINTO DE PAULA FILHO

DESCUMPRIMENTO DO INVESTIMENTO CONSTITUCIONAL MÍNIMO EM SAÚDE PELA UNIÃO E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, sob orientação do Prof. Dr. Marcelo Lamy.

SANTOS/SP

2020

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que citada a fonte.

Paula Filho, Luiz Pinto de.
Descumprimento do Investimento Constitucional Mínimo em Saúde pela União e Estado de Coisas Inconstitucional/ Luiz Pinto de Paula Filho.
-- 2020.
293 f.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lamy.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília, Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, Santos, SP, 2020.

1. Constituição Federal. 2. Financiamento das Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS). 3. Descumprimento do investimento constitucional mínimo em ASPS. 4. Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). I. Lamy, Marcelo, orient. II. Descumprimento do Investimento Constitucional Mínimo em Saúde pela União e Estado de Coisas Inconstitucional.

Elaborada pelo SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas - Unisanta

LUIZ PINTO DE PAULA FILHO

"DESCUMPRIMENTO DO INVESTIMENTO CONSTITUCIONAL MÍNIMO EM SAÚDE PELA UNIÃO E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL"

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas.

Aprovado(a) com média _____

Santos, ____ de _____ 2020.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Marcelo Lamy (orientador)
Universidade Santa Cecília

_____

Prof. Dr.
Universidade Santa Cecília (avaliador interno)

_____

Prof. Dr.
(Universidade - convidado)

A Deus e ao Cristo, Jesus.

Aos meus pais, Luiz e Lídia, por me ensinarem a amar os estudos.

À Andrea, por me ensinar a amar a vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus e ao Cristo, Jesus.

À Universidade Santa Cecília (UNISANTA), na pessoa de sua Magnífica Reitora, Prof.ª Dra. Sílvia Ângela Teixeira Penteado, por acreditar e investir no desenvolvimento da ciência e dos estudos acadêmicos.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo fomento à pesquisa desenvolvida que culminou na elaboração desta dissertação.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Ao Programa de Pós-Graduação (PPG) em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas, da Universidade Santa Cecília (UNISANTA), na pessoa de seu coordenador Prof. Dr. Fernando Revendo Vidal Akaoui, pelo estímulo e apoio durante a elaboração deste trabalho.

Agradeço ainda aos Profs. Drs. Amélia Cohn, Renata Salgado Leme, Renato Braz Mehanna Khamis e Rosa Maria Ferreiro Pinto, pela constante troca de ideias e conversas havidas durante a realização desta pesquisa, que em muito contribuíram para o desenvolvimento das ideias aqui delineadas.

Ao Prof. Me. Francisco Rózsa Funcia, por compartilhar as Análises dos Relatórios Anuais de Gestão, do Conselho Nacional de Saúde, utilizados para o desenvolvimento dessa pesquisa.

Aos Profs. Drs. Ana Carla Vasco de Toledo e Nelson Speranza Filho, pelo suporte prestado enquanto este trabalho era elaborado e desenvolvido.

Aos meus pais, Luiz Pinto de Paula e Lídia Araújo de Paula, por me ensinarem a amar os estudos e os livros, pois sem isso essa pesquisa não seria possível. À Fernanda e Diego, Laércio (Kiko, *in memorian*) e Arlete (Kika), Angelino e Mirian, Renato e Anete, Luiz Filipe, Ana Luiza, Rafaela, Beatriz, Júlia, e toda a família que carinhosamente compreendeu as ausências nas reuniões familiares.

Dois agradecimentos especiais: ao meu orientador, Prof. Dr. Marcelo Lamy, pelos ensinos, paciência, companheirismo e suporte ofertado ao longo deste trabalho. Reitero que ao lado dele obtive não apenas lições de Direito, mas lições de vida.

À Andrea: nada disso seria possível sem você, seu auxílio, suporte, atenção e amor. Muito obrigado por me acompanhar e fazer parte de minha jornada.

“[...] Os que têm Saúde não precisam de médico, mas sim os doentes.”

(Evangelho segundo Lucas, 5:31, NTLH)

RESUMO

Esta pesquisa objetiva investigar se a União cumpriu nos anos de 2014, 2015 e 2016 a regra do artigo 198, §2º, inciso I, da Constituição da República de 1988 (CR/1988), que estabelece caber ao Governo Federal aplicar anualmente, em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), recursos mínimos definidos por percentuais calculados segundo as regras vigentes às épocas pesquisadas e, constatando-se eventual descumprimento do comando constitucional, quais são os efeitos decorrentes de sua desobediência. Para alcançar seu desiderato, utilizou-se como metodologia de abordagem o método dedutivo, que parte do geral e desce ao particular valendo-se de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras para predizer a ocorrência de casos particulares, e manejou-se o método monográfico como método de procedimento, pelo qual o estudo de um caso em profundidade pode ser considerado representativo de muitos outros, além de examinar o tema selecionado observando todos os fatores que o influenciam. Os resultados obtidos demonstram que em 2014 e 2015 a União cumpriu a regra constitucional de aplicação mínima em ASPS ao aplicar R$ 284,4 milhões e R$ 1,746 milhão acima do piso constitucional, respectivamente, como verificado pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) ao analisar as contas do Ministério da Saúde (MS); porém, em 2016 a União descumpriu a regra constitucional de investimentos mínimos em ASPS ao investir R$ 253 milhões abaixo do piso constitucional, implicando investimentos de 14,96% de sua Receita Corrente Líquida (RCL) e menor que os 15% da RCL definidos pela CR/1988, como verificado pelo CNS. A constatação do descumprimento da regra constitucional pela União abre discussão sobre seus efeitos, como a caracterização de crimes de responsabilidade do Presidente da República, improbidade administrativa e denúncia internacional perante a Organização dos Estados Americanos (OEA) e Organização das Nações Unidas (ONU), e também a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), caracterizado por um quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais; omissão reiterada das autoridades públicas em cumprir direitos fundamentais; a superação dos problemas de violação de direitos fundamentais exigir expedição de remédios para diversos órgãos públicos, e; a omissão estatal gerar excessiva judicialização individual de direitos fundamentais. Em conclusão, observou-se estarem preenchidos os requisitos para a caracterização do ECI na saúde brasileira, pois o descumprimento da aplicação constitucional mínima em ASPS gera violação massiva e contínua de direitos fundamentais que atinge número amplificado de pessoas; há omissão estatal não fundamentada constitucionalmente que ampare a inércia estatal, segundo o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais; a inércia estatal e desobediência à CR/1988 se mostrou reiterada, pelos dados pesquisados; aludido descumprimento decorre de omissão do Poder Executivo e burocratização do Poder Legislativo quanto ao orçamento público, e; há judicialização individual excessiva de direitos fundamentais pelo subfinanciamento das ASPS. Assim, propõe-se que o Poder Judiciário declare o ECI na saúde brasileira com o desiderato de instaurar uma justiça dialógica e deliberativa, que propicie amplo debate entre os atores afetados pelo descumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS, visando a efetivação dos direitos fundamentais à saúde e ao seu regular financiamento.

Palavras-chave: Constituição Federal. Financiamento das Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS). Descumprimento do investimento constitucional mínimo em ASPS. Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

ABSTRACT

This research aims to investigate whether the Union complied in 2014, 2015 and 2016 with the rule of article 198, paragraph 2, item I, of the Constitution of the Republic of 1988 (CR/1988), which establishes that it is up to the Federal Government to apply annually, in public health actions and services (PHAS), minimum resources defined by percentages calculated according to the rules in force at the time researched and, if there is an eventual breach of constitutional command, what are the effects resulting from their disobedience. In order to achieve its aim, the deductive method was used as the approach methodology, which starts from the general and descends to the particular, using principles, laws or theories considered true to predict the occurrence of particular cases, and the monographic method was used as a method of procedure, by which the study of a case in depth can be considered representative of many others, in addition to examining the selected theme, observing all the factors that influence it. The results obtained show that in 2014 and 2015 the Union complied with the constitutional rule of minimum application in PHAS by applying R $ 284.4 million and R $ 1.746 million above the constitutional floor, respectively, as verified by the National Health Council (NHC) when analyzing the accounts of the Ministry of Health (MH); however, in 2016 the Federal Government failed to comply with the constitutional rule of minimum investments in PHAS by investing R $ 253 million below the constitutional floor, implying investments of 14.96% of its Net Current Revenue (NCR) and less than 15% of NCR defined by CR/1988, as verified by the NHC. The finding of non-compliance with the constitutional rule by the Union opens a discussion about its effects, such as the characterization of crimes under the responsibility of the President of the Republic, administrative impropriety and international denunciation before the Organization of American States (OAS) and United Nations (UN), and also the existence of an Unconstitutional State of Things (UST), characterized by a massive and continuous violation of different fundamental rights; repeated failure by public authorities to fulfill fundamental rights; overcoming problems of violation of fundamental rights requiring the dispatch of remedies to various public bodies, and; state omission generates excessive individual judicialization of fundamental rights. In conclusion, it was observed that the requirements for the characterization of the UST in Brazilian health were fulfilled, since the non-compliance with the minimum constitutional application in PHAS generates massive and continuous violation of fundamental rights that affects an amplified number of people; there is a state omission that is not constitutionally based, which supports state inertia, according to the concept of factual support of fundamental rights; state inertia and disobedience to CR/1988 proved to be reiterated by the researched data; the referred non-compliance results from the omission of the Executive Power and bureaucratization of the Legislative Power regarding the public budget, and; there is excessive individual judicialization of fundamental rights by underfunding PHAS. Thus, it is proposed that the Judiciary declare the UST in Brazilian health with the aim of establishing a dialogical and deliberative justice, which provides a wide debate among the actors affected by the non-compliance with the constitutional minimum investment in PHAS, aiming at the realization of fundamental rights to health and its regular financing.

Keywords: Federal Constitution. Financing of Public Health Actions and Services (PHAS). Non-compliance with the minimum constitutional investment in PHAS. Unconstitutional State of Things (UST).

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Rubricas do Ministério da Saúde que apresentaram níveis de empenho inadequado no ano de 2014 120
Figura 2 – Resumo Executivo – Análise-RAG2017/CNS 272
Figura 3 – Parecer Conclusivo – Análise RAG2018/CNS 273

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Distribuição do gasto com ASPS entre as três esferas de governo (2003-2017) (Em % do total) 163

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Número de Conselheiros Nacionais de Saúde por representantes titulares societais e estatais – 2015/2018 99
Tabela 2 - Número de Resoluções aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde, segundo a situação (Brasil, 1988-2018) 108
Tabela 3 - Limites de empenho e pagamento – Ministério da Saúde (MS), 2014 Posição: Dezembro encerrado 117
Tabela 4 – Execução orçamentária por Unidade Orçamentária e por Grandes Grupos, Ministério da Saúde – 2014, com níveis de empenho inadequados 121
Tabela 5 - Níveis de pagamento inadequado por rubrica - 2014 125
Tabela 6 - Quadro consolidado geral com a execução de Restos a Pagar de 2003 a 2013 – a serem pagos em 2014 127
Tabela 7 – Limites de empenho e pagamento – Ministério da Saúde (MS), 2014 Posição: Dezembro encerrado 132
Tabela 8 – Execução orçamentária por Unidade Orçamentária e por Grandes Grupos, Ministério da Saúde – 2015, com níveis de liquidação inadequados 137
Tabela 9 – Valor empenhado em ASPS e Total em 2014 e 2015 (R$ em milhões) 139
Tabela 10 - Quadro consolidado geral com a execução de Restos a Pagar de 2003 a 2014 – a serem pagos em 2015 140
Tabela 11 – Piso para aplicação em Ações e Serviços de Saúde Pública – 2016 Posição: 2016 encerrado 144
Tabela 12 – Limites de Empenho e Pagamento – MS, 2016 146
Tabela 13 – Avaliação da Aplicação Mínima Constitucional em ASPS e da Compensação dos Restos a Pagar Cancelados em 2015 pelo Ministério da Saúde 147
Tabela 14 – Quadro consolidado geral com a execução de Restos a Pagar de 2003 a 2015 – pagos em 2016. Posição: dezembro fechado (inscritos e reinscritos em 2016) 148

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Classificação dos Itens de Despesa segundo o Nível de Empenho 119
Quadro 2 - Execução por Unidade Orçamentária 2014 123
Quadro 3 - Classificação do nível de execução orçamentária Ações e Serviços Públicos de Saúde – União. Referência: janeiro-dezembro/2015 134
Quadro 4 – Níveis de liquidação inadequados de Execução Orçamentária 135
Quadro 5 – Níveis de empenhamento e liquidação - classificação 150
Quadro 6 – Execução orçamentária e financeira de 2016 152
Quadro 7 – Tipos e exemplos de efeitos das decisões judiciais 227
Quadro 8 – Efeitos da *Sentencia* T-25/04 228

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT	-	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	-	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU		Advocacia Geral da União
AIDS	-	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
ANS	-	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ASPS	-	Ações e Serviços Públicos de Saúde
ATRICON		Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil
CCJC		Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CF	-	Constituição Federal
CIDE	-	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CN	-	Congresso Nacional
CNRS		Comissão Nacional da Reforma Sanitária
CNS	-	Conselho Nacional de Saúde
Corte IDH	-	Corte Interamericana de Direitos Humanos
COFIN/CNS	-	Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde
CONASS		Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CONASEMS		Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
CPMF		Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira
CR	-	Constituição da República
DOU	-	Diário Oficial da União
DRU	-	Desvinculação de Receitas da União

DST	-	Doenças Sexualmente Transmissíveis
EC	-	Emenda Constitucional
ECI	-	Estado de Coisas Inconstitucional
EUA	-	Estados Unidos da América
FAT		Fundo de Amparo ao Trabalhador
FMI	-	Fundo Monetário Internacional
FUNASA	-	Fundação Nacional de Saúde
INAMPS		Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INSS		Instituto Nacional do Seguro Social
IPCA		Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
IPEA	-	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IPMF		Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira
LC	-	Lei Complementar
LIA	-	Lei de Improbidade Administrativa
LOA	-	Lei Orçamentária Anual
LRF	-	Lei de Responsabilidade Fiscal
MPC/SP	-	Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo
MPC/União	-	Ministério Público de Contas da União
MS	-	Ministério da Saúde
NRF		Novo Regime Fiscal
OCC	-	Outras Despesas Correntes e Capital
OEA	-	Organização dos Estados Americanos
OMS	-	Organização Mundial da Saúde
ONGs	-	Organizações Não Governamentais
ONU	-	Organização das Nações Unidas

OSS		Orçamento da Seguridade Social
PEC		Proposta de Emenda Constitucional
PIB	-	Produto Interno Bruto
PIDESC	-	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PLP		Projeto de Lei de Iniciativa Popular
PRDF		Procuradoria da República no Distrito Federal
RAG	-	Relatório Anual de Gestão
RAP	-	Restos a Pagar
RCB		Receita Corrente Bruta
RCL	-	Receita Corrente Líquida
RE	-	Recurso Extraordinário
Res.	-	Resolução
SESAI	-	Secretaria Especial de Saúde Indígena
SGEP	-	Secretaria de Gestão Participativa
SINPAS		Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
SIOPS		Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ		Superior Tribunal de Justiça
STN	-	Secretaria do Tesouro Nacional
SUS	-	Sistema Único de Saúde
TCU	-	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 19
1 REGIME JURÍDICO DE APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS EM SAÚDE 23
1.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000 E A FIXAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS EM SAÚDE 24
1.1.1 CONTEXTO HISTÓRICO 26
1.1.2 PROCESSO DE REGULAMENTAÇÃO 29
1.1.3 DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS) 33
1.2 A LEI COMPLEMENTAR 141/2012 E A REGULAÇÃO DO ARTIGO 198 DA CR/1988 38
1.2.1 CONTEXTO HISTÓRICO 39
1.2.2 DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS) 41
1.3 A EMENDA CONSTITUCIONAL 86/2015 E OS NOVOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS EM SAÚDE 45
1.3.1 CONTEXTO HISTÓRICO 46
1.3.2 DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS) 48
1.4 A EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 E O CONGELAMENTO DA APLICAÇÃO DE RECURSOS EM SAÚDE 55
1.4.1 CONTEXTO HISTÓRICO 56
1.4.2 DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO (OU CONGELAMENTO) DE RECURSOS MÍNIMOS EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS) 59
2 DESCUMPRIMENTO DO INVESTIMENTO MÍNIMO CONSTITUCIONAL EM SAÚDE PELA UNIÃO E A FISCALIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE 68
2.1 O DEVER DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL 69
2.2 O CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE: PREVISÃO CONSTITUCIONAL, LEGAL, COMPETÊNCIA E FISCALIZAÇÃO DA SAÚDE PELA PARTICIPAÇÃO POPULAR 89
2.3 ANÁLISE DOS RELATÓRIOS ANUAIS DE GESTÃO (RAG) DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PELO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE 111
2.3.1 O RELATÓRIO ANUAL DE GESTÃO DE 2014 (RAG/2014) DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E SUA ANÁLISE PELO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE 115

2.3.2 O RELATÓRIO ANUAL DE GESTÃO DE 2015 (RAG/2015) DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E SUA ANÁLISE PELO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE.....130
2.3.3 O RELATÓRIO ANUAL DE GESTÃO DE 2016 (RAG 2016) DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E SUA ANÁLISE PELO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE.....142
2.4 A DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS DA UNIÃO EM SAÚDE PELO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE E O DESCUMPRIMENTO DO INVESTIMENTO MÍNIMO CONSTITUCIONAL.....155
2.5 EFEITOS DA REPROVAÇÃO DAS CONTAS DA UNIÃO PELO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE 168
2.5.1 CARACTERIZAÇÃO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE.....170
2.5.2 CARACTERIZAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA 171
2.5.3 DENÚNCIA INTERNACIONAL 176
2.5.3.1 A DENÚNCIA NA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) ..179
2.5.3.2 A DENÚNCIA NA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU).....183
3 EFEITO AMPLIADO DO DESCUMPRIMENTO DO INVESTIMENTO MÍNIMO CONSTITUCIONAL EM SAÚDE: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI) 185
3.1 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO FINANCIAMENTO DA SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL E COM FORÇA NORMATIVA 187
3.2 O NÃO-INVESTIMENTO EM SAÚDE À LUZ DO CONCEITO DE SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....204
3.3 EFEITO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI).....210
3.4 A EVOLUÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA 237
3.5 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL 242
3.6 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA 246
CONCLUSÃO 258
POSFÁCIO.....271
REFERÊNCIAS.....275

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa acadêmica tem como objetivo investigar se a União cumpriu, durante os anos pesquisados, o comando inscrito no artigo 198, §2º, inciso I, da Constituição da República de 1988 (CR/1988) (BRASIL, 1988), que estabelece caber ao Governo Federal aplicar anualmente, em ações e serviços públicos de Saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados segundo as regras vigentes às épocas pesquisadas e, na hipótese de se constatar eventual descumprimento deste comando constitucional, qual e/ou quais são os efeitos decorrentes de sua desobediência.

Com efeito, a determinação constitucional de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de Saúde pelos entes federados foi fruto de longos debates legislativos que apenas resultaram em inovação legislativa após o financiamento da Saúde sofrer colapso durante os anos 1990, dando origem à Emenda Constitucional 29/2000 (BRASIL, 2000) e à inserção do parágrafo segundo ao art. 198 da Constituição da República, que estabeleceu vinculação mínima de receitas destinadas à Saúde Pública.

Esta vinculação/percentual mínimo de aplicação em ações e serviços públicos de Saúde sofreram alterações durante o período pesquisado (2014 a 2016), modificando o piso mínimo constitucional de aplicação em Saúde Pública, como se demonstrará ao longo deste trabalho.

Desta forma, essa pesquisa procurará examinar se a União investiu em Saúde Pública: **i)** no ano de 2014, o percentual mínimo estabelecido pela Emenda Constitucional 29/2000, com as regulamentações prescritas pela Lei Complementar 141/2012 (BRASIL, 2012); **ii)** no ano de 2015, o percentual mínimo definido pela Emenda Constitucional 86/2015 (BRASIL, 2015), e; **iii)** no ano de 2016, o percentual mínimo calculado sobre sua receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento), conforme definido pela Emenda Constitucional 95/2016 (BRASIL, 2016) e que está atualmente em vigor.

Em se verificando que os percentuais constitucionais mínimos de aplicação em ações e serviços públicos de Saúde não foram cumpridos pela União durante o período pesquisado, então se investigará qual e/ou quais os efeitos derivarão do descumprimento do texto constitucional pelo Governo Federal.

Isto posto, frise-se que o propósito deste trabalho é analisar exclusivamente se a União aplicou em ações e serviços públicos de Saúde o percentual mínimo que a Constituição da República definiu lhe caber, não tratando sobre a operacionalização dessa aplicação nem da transferência de recursos entre entes federados, tema tratado por Ricart César Coelho dos Santos (2016) em seu livro, fruto de sua dissertação.

De outra sorte e, como anteriormente destacado, estabeleceu-se para a realização desta pesquisa marco temporal (recorte temporal) que compreende a análise das contas do Governo Federal dos anos de 2014, 2015 e 2016, a fim de verificar se neste período a União aplicou em ações e serviços de Saúde Pública o percentual que lhe foi estabelecido pela Constituição da República. Definiu-se este recorte temporal devido os dados oficiais utilizados serem os mais recentes disponíveis quando esta pesquisa foi iniciada.

Ademais, optou-se pela análise da prestação de contas da União pois elas serão confrontadas com as contas elaboradas pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), órgão de participação popular na Saúde Pública em âmbito federal e responsável pela fiscalização das aplicações federais em Saúde. Outrossim, serão analisadas as contas prestadas pela União no período de 2014 a 2016 através dos Relatórios Anuais de Gestão (RAGs) elaborados pelo Ministério da Saúde (MS), e comparadas com as Análises dos Relatórios Anuais de Gestão (Análise-RAGs) elaboradas pelo CNS do mesmo período (2014 a 2016). A partir da comparação entre essas contas se observará se o percentual constitucional mínimo de aplicação em Saúde foi obedecido pelo Governo Federal.

Para cumprir o objetivo pretendido, foi utilizada a proposta metodológica delineada por Marcelo Lamy (2020, meio digital), de divisão do método científico em metodologia de abordagem e metodologia de procedimento. Quanto à metodologia de abordagem, utilizou-se o método dedutivo, que parte do geral e desce ao particular valendo-se de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras para predizer a ocorrência de casos particulares com base na lógica (PRODANOV, 2013, p. 27).

Já quanto à metodologia de procedimento, manejou-se o método monográfico, pelo qual o estudo de um caso em profundidade pode ser considerado representativo de muitos outros ou mesmo de casos semelhantes, de maneira que o processo de pesquisa visa a examinar o tema selecionado de modo a observar todos os fatores que o influenciam, analisando-o em todos os seus aspectos (PRODANOV, 2013, p. 39).

Sem perder de vista a lição de Lamy (2020, meio digital) - segundo o qual pesquisas essencialmente bibliográficas devem indicar o método de escolha de seleção das leituras -, registra-se neste momento o procedimento de colheita de material: **i)** para apuração do montante aplicado pela União em Saúde Pública, realizou-se pesquisa no site do Ministério da Saúde (MS), onde foram obtidos os Relatórios Anuais de Gestão (RAG) dos anos de 2014, 2015 e 2016, contendo as contas do Governo Federal para Saúde; **ii)** para comparação dos dados governamentais com os dados sociais de fiscalização, foram realizadas pesquisas no site do Conselho Nacional de Saúde (CNS), onde foram obtidas as Análises dos Relatórios Anuais de Gestão (Análise-RAG), também dos anos de 2014, 2015 e 2016; **iii)** para fins de complementação e análise independente dos dados coletados, utilizou-se ainda materiais colhidos junto ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), para obtenção de informações e análises das contas públicas; **iv)** também foram colhidas, eventualmente, informações sobre as contas públicas junto ao site do Tribunal de Contas da União (TCU), para apuração de todos os dados levantados; **v)** finalmente, procederam-se pesquisas junto a bases de dados de artigos acadêmicos (Scielo, Google Acadêmico, Biblioteca Virtual em Saúde – BVS, etc.), do Poder Judiciário, livros e textos, tudo visando responder à pergunta que originou este trabalho: a União obedeceu o comando constitucional de investir percentual mínimo de suas receitas em Saúde Pública?

Para responder à pergunta supra, este trabalho conta com a presente introdução, três capítulos e respectivas subseções e, ao final, apresenta sua conclusão. Ademais, assenta-se em três doutrinas de Direito Público que reputa principais para alcançar seu objetivo: a “Teoria dos Direitos Fundamentais” (*Theorie der Grundrechte*), de Robert Alexy (e seu desenvolvimento no Brasil por, dentre outros, Virgílio Afonso da Silva); “A Força Normativa da Constituição” (*Die Normative Kraft der Verfassung*), de Konrad Hesse, e; “Estado de Coisas Inconstitucional”, de Carlos Alexandre de Azevedo Campos. As duas primeiras obras orientam a ideia de que não apenas o direito à saúde mas também seu regular financiamento se configura como um direito fundamental (embora não inscrito no catálogo de direitos fundamentais da CR/1988), dotado de força normativa, de modo a superar a vetusta discussão a respeito da eficácia das normas constitucionais (normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada) para reconhecer que toda norma garantidora de direito fundamental depende de alguma regulação estatal e possui alguma limitação, que não

prejudica sua imediata aplicação nem o reconhecimento do direito subjetivo em que insere todos aqueles que estão submetidos ao texto constitucional.

A terceira obra mencionada ilumina a pesquisa a respeito do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na Saúde Pública brasileira, onde se pretende estabelecer as premissas necessárias ao seu reconhecimento e como esse instrumento pode contribuir ao desenvolvimento de uma justiça dialógica e deliberativa no Brasil, em que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário concretamente debatam em busca da efetividade do direito constitucional à saúde e ao seu financiamento.

Por isto, este trabalho se dedica **menos** aos aspectos processuais que envolvem a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ações constitucionais que permitem sua declaração; efeitos processuais da sentença que o declara; recursos cabíveis desta sentença, etc.) e se debruça **mais** sobre suas origens, seus pressupostos, os efeitos extraprocessuais da sentença que o estabelece e a eventual possibilidade de sua declaração na Saúde Pública brasileira.

É desta forma que se pretende responder à questão alhures mencionada e verificar a hipótese anteriormente descrita que confirmará (ou não) se a União descumpriu a regra constitucional de aplicação mínima em ações e serviços públicos de Saúde e, caso a tenha descumprido, quais os efeitos que referido descumprimento de regra constitucional pode acarretar.

Registre-se que essa pesquisa não tem qualquer pretensão de exaurir o tema pesquisado. Ao revés, tem muito mais a finalidade de lançar luzes sobre a questão do financiamento da Saúde Pública brasileira e contribuir para seu debate propondo apenas uma dentre tantas outras alternativas para a solução dos problemas que o Sistema Único de Saúde (SUS) tem enfrentado hodiernamente, como fechamento de aparelhos, filas para realização de consultas e exames, subfinanciamento, etc.

Apenas com o correto e regular financiamento de ações e serviços públicos de Saúde, realizado mediante o efetivo cumprimento do texto constitucional, é que o Brasil realmente alicerçará seu fundamento de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/1988) e alcançará seus objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida, com suas desigualdades sociais e regionais devidamente reduzidas e que promove o bem de todos sem preconceitos (art. 3º, I, II, III e IV, CR/1988).

1 REGIME JURÍDICO DE APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS EM SAÚDE

Como descrito na introdução desta pesquisa, seu objetivo é verificar se o Governo Federal aplicou em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) o percentual mínimo estabelecido pelo art. 198, §2º, inciso I, da Constituição da República de 1988 (CR/88) (BRASIL, 1988) - que atualmente é da ordem de 15% (quinze por cento) da Receita Corrente Líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro - e, em caso negativo, quais efeitos derivam do eventual descumprimento da referida regra constitucional pelo Poder Executivo Federal.

Entretanto, antes de se adentrar na análise dos dados obtidos pela pesquisa realizada - e que fundamentarão a análise do cumprimento ou eventual descumprimento da regra constitucional de aplicação mínima em ASPS pelo Governo Federal, bem como dos efeitos oriundos de um pretenso descumprimento da norma constitucional -, faz-se necessário estudar o regime jurídico de aplicação de recursos mínimos em Saúde estabelecidos pela CR/88 e legislação infraconstitucional em vigor, para se verificar de que forma os legisladores constituinte e infraconstitucional procuraram garantir que as ASPS sempre mantivessem um nível mínimo de investimento em suas atividades, de modo a concretizar as regras constitucionais de equidade, universalidade e integralidade no atendimento a todos os cidadãos, preconizadas pelo art. 196 e seguintes, da Constituição da República.

Deste modo e, para alcançar o desiderato pretendido, este primeiro capítulo se dedica ao estudo do mencionado regime jurídico de aplicação de recursos mínimos em Saúde, e está estruturado da seguinte maneira: **i)** o item 1.1 da pesquisa estudará a Emenda Constitucional 29/2000 (EC 29/00) (BRASIL, 2000), e as regras por ela trazidas para a fixação de recursos mínimos em Saúde, de modo a garantir que as ASPS sempre recebessem um percentual mínimo de investimento para a consecução de suas atividades após a promulgação da CR/88; **ii)** posteriormente, o item 2.2 deste trabalho passará ao estudo da Lei Complementar 141/2012 (LC 141/12) (BRASIL, 2012), que regulamenta o parágrafo 3º, do artigo 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de Saúde, e investigará se seu objetivo foi alcançado ou se a regulamentação dos investimentos mínimos em Saúde, a serem realizados pela União, não encontrou sua concretização no plano jurídico-material; **iii)** após a análise dos mecanismos legais anteriormente apontados,

o item 1.3 desse trabalho passará ao estudo da Emenda Constitucional 86/2015 (EC 86/15) (BRASIL, 2015), que criou o denominado “orçamento impositivo” e fixou novos critérios de aplicação de recursos mínimos em Saúde para a União, estabelecendo um regime progressivo de investimentos mínimos em ASPS que deveria ser realizado anualmente, a partir do ano de 2015, até chegar ao patamar de 15% (quinze por cento) da Receita Corrente Líquida (RCL) no ano de 2020. De antemão, registre-se que o artigo 2º da Emenda Constitucional 86/2015, que disciplinava especificamente o investimento mínimo progressivo em ASPS pela União, foi revogado pela Emenda Constitucional 95/2016, que definiu novas regras de aplicação mínima em ASPS; **iv)** por fim, o tópico 1.4 dessa pesquisa se debruçará justamente sobre a Emenda Constitucional 95/2016 (EC 95/16) (BRASIL, 2016), que criou o chamado “Novo Regime Fiscal” (NRF) no Brasil e revogou o regime de aplicação mínima progressiva em ASPS estabelecido pela EC 86/15, para definir novo piso de investimentos em ASPS a ser observado pela União, no importe de 15% (quinze por cento) de sua RCL do respectivo exercício financeiro a partir do ano-exercício de 2017.

Embora o novo percentual de aplicação mínima pareça algo favorável às ações públicas de Saúde brasileiras, o estudo do conteúdo da EC 95/16 procurará verificar se realmente a inovação legislativa constitucional importou em melhora do nível de investimento em ASPS ou, uma vez mais, implicou em redução dos valores aplicados em Saúde no Brasil, prejudicando a concretização do direito constitucional à saúde e ao seu adequado financiamento.

Os pontos acima apresentados, e que serão aprofundados daqui até o final deste capítulo, pretendem demonstrar (não exaustivamente) como o investimento em ações e serviços públicos de Saúde no Brasil tem sofrido, desde a promulgação da Constituição da República de 1988 até os dias atuais, uma série de percalços e embaraços que impedem sua concretização e prejudicam a efetividade do direito fundamental social à Saúde - erigido à condição de direito albergado pela Constituição da República, mas desprotegido por muitos dos responsáveis pela elaboração e execução dos orçamentos da seguridade social e da Saúde.

1.1 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000 E A FIXAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS EM SAÚDE

No Brasil, o financiamento da Saúde Pública sempre encontrou dificuldades para se estabelecer e ser devidamente respeitado pelos responsáveis por sua

elaboração e execução. Como anota Solon Magalhães Vianna (1992, p. 44), até outubro de 1988 o sistema público de Saúde disputava recursos, no nível federal, em duas arenas distintas: na primeira, situada na órbita previdenciária, repartia-se o orçamento do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, entre as três grandes linhas programáticas desse sistema, quais sejam, benefícios previdenciários, ações de assistência social e atenção médico-hospitalar. Na segunda arena, do orçamento fiscal, os programas a cargo do Ministério da Saúde concorriam com educação, justiça, transportes, defesa nacional, previdência do servidor público e demais reponsabilidades da União.

Diante deste quadro concorrencial, aponta o autor supracitado que a Constituição de 1988 alterou essa situação, tendo como grande avanço fazer com que o Congresso Nacional passasse a apreciar e emendar não apenas o orçamento fiscal (apenas homologado durante o regime autoritário) mas também os dois outros orçamentos federais, a saber: o da seguridade social (OSS) e o investimento das empresas estatais. Com isso, o sistema de Saúde passou a disputar recursos numa só arena, a do orçamento da seguridade social (OSS), o que necessariamente não significou maiores vantagens para o setor pois, ao se integrar à previdência e à assistência social, o SUS entrou numa competição que lhe é desfavorável, eis que: **i)** o custeio das prestações a cargo do INSS (pensões e aposentadorias, principalmente) demanda um volume crescente de recursos que tende a absorver a totalidade das contribuições sociais, e; **ii)** o governo tem mantido em valores insatisfatórios as transferências do Tesouro para OSS previstas na Constituição (art. 195, caput e art. 198, parágrafo único) e incluiu ainda, às responsabilidades da seguridade social, o financiamento de programas que até 1980 eram atendidos pelo orçamento fiscal. Tudo isto tornou cada vez mais problemático o financiamento do SUS (VIANNA, 1992, p. 45).

No mesmo diapasão, anotam Servo *et al.* (2011, p. 85) que a insuficiência de recursos e a irregularidade nos fluxos financeiros sempre estiveram presentes no sistema público de Saúde brasileiro, mesmo antes da criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Com efeito, a implantação do SUS, ocorrida no início da década de noventa, se deu em meio à intensa crise econômica, com fortes reflexos sobre o padrão de financiamento do Estado, de modo que somente após a aprovação da Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000, é que houve vinculação de recursos das três esferas de governo à Saúde e o sistema começou a experimentar

alguma estabilidade no financiamento e acréscimo no volume destes recursos, principalmente pelo aporte crescente de receitas das esferas subnacionais.

Ante às dificuldades financeiras para o custeio e estabelecimento do SUS e de todo o sistema de Saúde Pública brasileira, havidas nos períodos pré e pós Constituição de 1988, observa Ricart César Coelho dos Santos (2016, p. 92) que as tentativas de vinculação de recursos para a área da Saúde não são novas e iniciaram ainda na década de 1980, época em que constavam da proposta da Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS), criada a partir da oitava Conferência Nacional de Saúde e propunham vincular um percentual equivalente a 10% do Produto Interno Bruto (PIB) para a área.

De todo modo e, considerado que o custeio de um sistema de Saúde Pública sempre encontrou dificuldades no Brasil e a insuficiência de recursos é um dos principais problemas na implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), é fato que após a aprovação da Emenda Constitucional 29/2000 a disponibilidade de recursos cresceu, ocorrendo significativa elevação dos recursos alocados para o sistema público de Saúde, inclusive por Estados, Distrito Federal e Municípios (PIOLA *et al.,* 2016, p. 412).

Porém, o processo ocorrido entre a promulgação da Constituição da República de 1988 e a aprovação da Emenda Constitucional 29/2000 foi lento, gradual e marcado por intensos debates a respeito da vinculação de recursos para o financiamento da Saúde Pública, exigindo esforços de diversos atores, políticos e sociais, para a elaboração, aprovação e promulgação da referida Emenda à Constituição, como se verá a seguir.

1.1.1 Contexto histórico

Como dito anteriormente, o processo havido entre a promulgação da Constituição de 1988 e a aprovação da Emenda Constitucional 29/2000, responsável por garantir a vinculação de recursos destinados à Saúde Pública para garantir sua implementação e estabilização, não transcorreu em águas tranquilas, mas, ao contrário, foi marcado por amplos e intensos debates a seu respeito e operacionalização.

De fato, foram doze anos de intenso debate entre a promulgação da Constituição e a EC 29/2000, caracterizando uma espécie de segundo tempo da

batalha ideológica que se travou na Assembleia Nacional Constituinte entre conservadores e movimentos sociais, mais especificamente, entre os ministérios da área social e os da área econômica do governo, asseverando os primeiros que precisavam de mais recursos para cumprir suas obrigações na assistência à população, enquanto os segundos trabalhavam para reduzir despesas e manter as contas públicas superavitárias (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 47).

Outrossim, de 1988 a 1992 foi definido que o financiamento da Saúde pela União se daria por alocação de 30% do orçamento da seguridade social (OSS), o que, na prática, não ocorreu, pois parte desses recursos foi usada para custear pagamentos de despesas de outras áreas como as de servidores inativos e da dívida pública (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 47). Ainda a respeito da alocação de 30% do OSS para a Saúde, observa Vianna (1992, p. 47) que essa fatia de recursos é poucas vezes alcançada - mesmo antes da Constituição de 1988 -, e que no período compreendido entre 1971 e 1988, somente em quatro exercícios orçamentários as despesas do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) atingiram percentual superior a 30% do dispêndio total do SINPAS.

A questão do financiamento da Saúde Pública realmente enfrentou dificuldades até a aprovação da EC 29/2000. Com efeito, em 1991 o Plano Plurianual do Governo Federal chegou a reservar 25% do OSS para a Saúde, mas o dinheiro não entrou nos cofres do Ministério da Saúde que foi obrigado, no ano seguinte (1992), a contrair empréstimo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) para financiar despesas com a Saúde, dada a situação de insuficiência de recursos. Em 1993, a Lei Orçamentária Anual (LOA) reduziu para 15,5% os recursos destinados à Saúde, porém o Ministério da Previdência, responsável pela arrecadação à época, não repassou os recursos respectivos, pois precisava pagar dívidas em atraso. Em 1994, a situação de incerteza levou a soluções provisórias, como a instituição do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), posteriormente transformada em Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), extinta pelo Congresso Nacional em 2007 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 48).

A CPMF surge com o acréscimo do art. 74 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), por força da Emenda Constitucional 12/1996 (BRASIL, 1996), que permitiu à União instituir esse tipo de contribuição, e teve como fundamento para sua cobrança a necessidade de financiamento da Seguridade Social, mais especificamente da área da Saúde, prevendo a Lei responsável por sua

regulamentação (Lei nº 9.311/1996) (BRASIL, 1996) que o produto de sua arrecadação seria integralmente destinado ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento de ações e serviços de Saúde (SERVO *et al.,* 2011, p. 87). Destarte, a partir de sua entrada em vigor, a CPMF passou a ser uma das principais fontes de financiamento do Ministério da Saúde, mantendo uma média de 30% dos recursos recebidos por este Ministério até sua extinção, ocorrida em 2007, dada sua provisoriedade – provisoriedade que sempre preocupou os gestores da Saúde, que continuaram trabalhando por solução mais abrangente e definitiva (SERVO *et al.,* 2011, pp. 87 e 90).

Portanto, diante da extinção da CPMF - que era a principal fonte de custeio da Saúde Pública brasileira -, e reconhecida a necessidade de financiamento da ações e serviços públicos de Saúde, surgiram várias propostas de emendas à Constituição Federal (PECs) visando garantir recursos para esta finalidade, sendo uma delas finalmente aprovada pelo Senado Federal em 13 de setembro de 2000, qual seja, a Emenda Constitucional 29, que definiu um patamar inicial mínimo, para o ano 2000, de 7% das receitas municipais e estaduais a serem aplicadas em Saúde e, para a União, um acréscimo de 5% sobre o montante empenhado pelo Ministério da Saúde em 1999 (FAVERET, 2003, p. 372).

Com efeito, ressalta Fátima Beatriz Fortes (2012, p. 172) que a partir de um acordo suprapartidário foi possível aprovar, em tramitação acelerada, sob forma de emenda aglutinativa, a PEC 82/1995 do deputado Carlos Mosconi, do partido governista, que era resultado da fusão de várias PECs (entre as quais a PEC 169, que versava sobre a vinculação de receitas destinadas ao financiamento da Saúde) e através da qual o Governo Federal acabou isento da vinculação de percentual de receita. A falta de consenso e a pressão da área econômica remeteram para lei complementar, prevista na EC 29 e que regulamentaria o texto da aludida Emenda Constitucional, a definição das receitas federais sobre as quais incidiria a vinculação para a Saúde, o que, se não significou amplo aumento da receita destinada ao financiamento da Saúde, ao menos constituiu a iniciativa mais abrangente de regularização do financiamento do SUS e da Saúde Pública (FORTES, 2012, p. 172).

Sendo assim, as alterações promovidas pela EC 29/2000 no texto constitucional fixaram que o Distrito Federal e os Estados têm que aplicar o mínimo de 12% de suas receitas em Saúde; ainda, o Distrito Federal e os Municípios devem aplicar 15% de suas receitas, e; coube à União fixar os gastos do Ministério da Saúde

aplicando a variação nominal do PIB aos gastos do ano anterior. Esta vinculação à variação nominal do PIB, estabelecida como base de investimentos em Saúde para a União, assegura certa estabilidade no financiamento sem, entretanto, representar ganhos, a não ser em épocas de elevado crescimento econômico. De qualquer maneira, a EC 29/2000 representou um avanço ao estabelecer responsabilidades da União, Estados e Municípios (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 48).

Todavia, se a promulgação da EC 29/2000 significou avanços para o financiamento da Saúde, é certo que sua operacionalização perpassou por entraves que colocaram em dúvida sua efetivação e o regular financiamento da Saúde Pública, como será abordado no próximo tópico.

1.1.2 Processo de regulamentação

Após a promulgação da Emenda Constitucional 29/2000, teve início o debate sobre sua regulamentação e inúmeras propostas tramitaram no Congresso Nacional, tendo os primeiros debates sido promovidos pelo Ministério da Saúde. Em 2001, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) reuniu a Associação dos Tribunais de Contas (ATRICON), o Ministério Público Federal, as assessorias técnicas da Câmara e do Senado, os conselhos dos secretários estaduais e municipais de Saúde (CONASS e CONASEMS) e as secretarias do Ministério da Saúde com o objetivo de dar efetivo cumprimento à EC 29 pelos agentes públicos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 53). Estes debates eram necessários, pois:

> Várias questões estavam em pauta, entre elas as regras para o período de transição para que estados e municípios atingissem, em 2004, os percentuais mínimos de 12% e 15%, respectivamente, das receitas aplicadas em Saúde. Outra questão era definir o que poderia, ou não, ser considerado como ações e serviços públicos de Saúde. No caso da União, era preciso definir que variação nominal do PIB seria considerada e sobre que base incidiria a correção. Desse esforço, surgiu, em julho de 2001, o documento “Parâmetros Consensuais para Regulamentação e Implementação da EC nº 29/2000” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 53).

Embora possa parecer haver certo exagero nas assertivas acima destacadas, o fato é que a regulamentação da EC 29/2000 não foi um processo tranquilo e realmente dependeu de uma série de debates para que fosse operacionalizada e observada pelo Poder Público. Apenas para se ter uma ideia do que é aqui afirmado, destaque-se, com Faveret (2003, p. 373), que embora o texto constitucional da EC 29

não deixasse dúvidas em relação ao montante a ser destinado à Saúde no ano 2000, no momento de decidir o orçamento da Saúde para o ano de 2001 o Ministério da Fazenda, através de sua Procuradoria Jurídica, emitiu o parecer PGFN/CAF 2.561/2000, de 7 de dezembro de 2000, contendo entendimento de que a referência para o "ano anterior" era, de fato, para 2001, "o valor calculado na forma do art. 77, I, 'a', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)", ou seja, o ano de 1999 acrescido de 5%, aplicando-se, daí por diante, a variação do PIB. Dito de outro modo, o parecer "congelou" o orçamento do Ministério da Saúde entendendo que, ainda no ano de 2004, a base de cálculo para investimentos em Saúde pela União era o montante empenhado pelo Ministério da Saúde em 1999, acrescido de 5%, mais a variação nominal do PIB.

Este debate a respeito da base de cálculo dos investimentos em Saúde, pela União, ficou conhecido como discussão entre os critérios de "base móvel" e "base fixa", e é assim explicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA):

> Outra questão referente à interpretação e à implementação da EC no 29, que tem gerado debate constante, consiste na contraposição entre os critérios de "base móvel" e "base fixa". Por meio do artigo 77, adicionado ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a EC no 29 definiu como ponto de partida o exercício de 1999, uma vez que estabeleceu como patamar mínimo de recursos da União para Ações e Serviços Públicos em Saúde 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". Como o termo "empenhado" é um conceito de contabilidade pública reconhecido na doutrina e na legislação orçamentárias, não há dúvidas a dirimir quanto ao piso definido legalmente para o ano 2000. Os problemas surgem, entretanto, para o período de 2001 a 2004, quando a EC no 29, no mesmo artigo 77, estabelece que os recursos mínimos a serem aplicados corresponderão ao "valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto". Ao empregar-se o termo "apurado" nesta frase, em vez de repetir o termo "empenhado" utilizado anteriormente, ou outro conceito reconhecido, abriu-se espaço para duplicidade de interpretação.
>
> A primeira interpretação defende que o termo "apurado" deve ser entendido como "empenhado", à semelhança do que foi definido pela Emenda para o ano 2000. Este entendimento é conhecido como "critério de base móvel", porque dessa forma a base de cálculo sempre será o volume de recursos efetivamente aplicado no ano anterior, exceto quando este for inferior ao respectivo piso mínimo calculado – o que configuraria uma situação de desrespeito à Emenda. Essa interpretação é compartilhada pelo Ministério da Saúde, pelo Conselho Nacional de Saúde e pelo Tribunal de Contas da União (TCU), entre outros.
>
> A segunda defende que o termo "apurado" deve ser entendido como "calculado", ou seja, o valor mínimo para determinado ano será o valor mínimo calculado para o ano anterior, corrigido pela variação nominal

> do PIB. Esta interpretação é conhecida como “critério de base fixa”, pois ao considerar como base de cálculo não a execução efetiva do ano imediatamente anterior, mas sim o piso calculado, os recursos previstos para Ações e Serviços Públicos de Saúde serão, em cada ano, sempre correspondentes ao valor empenhado em 1999, acrescido de 5% e corrigido pela variação nominal do PIB acumulada no período. Tal entendimento é defendido, fundamentalmente, pelo Ministério da Fazenda, pela Advocacia Geral da União (AGU) e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, este último particularmente importante na medida em que orienta os vetos presidenciais à LDO e à Lei Orçamentária (IPEA, 2005, p. 71).

Todas estas discussões e interpretações restritivas a respeito do financiamento do SUS decorrem da debilidade das regras operacionais do art. 198 da Constituição da República, que apenas estabelece o dever de financiamento mínimo das ASPS, sem fixar comandos diretos, remetendo ao legislador infraconstitucional o dever de operacionalizar os comandos constitucionais, o que, enquanto não ocorreu, contribuiu para uma regressividade do gasto federal em Saúde (PINTO, 2015, pp. 207-208).

De toda maneira, a questão a respeito da base de financiamento da Saúde (base-fixa versus base-móvel) foi dirimida pela decisão nº 143/2002 do Tribunal de Contas da União (TCU), que reforçou o entendimento da área da Saúde ao afirmar que o termo “valor apurado no ano anterior” significa o valor do ano imediatamente anterior ao da fixação do orçamento e, sobre esse valor incidiria a variação nominal do PIB para cálculo e se teria o valor do novo orçamento para manter as ações e serviços públicos de Saúde, devendo este modelo vigorar até o ano de 2004, ou até a edição de lei complementar (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 54)[1].

Contudo, remanescia discussão a respeito de outros temas relativos à regulamentação da EC 29/2000, que tinha como um dos principais entraves à implementação do texto constitucional e acompanhamento do seu cumprimento a definição do que seria considerado “ações e serviços públicos de Saúde”: incluiria ou não ações de saneamento; inclui ou não o pagamento de dívidas contraídas para financiamento de ações de Saúde; ainda, inclui ou não o pagamento de servidores inativos e pensionistas da Saúde? A respeito dos gastos referentes a pagamento de amortização e encargos de dívidas contraídas para o financiamento setorial, as discussões travadas com os Tribunais de Contas, quando da realização de debates

[1] Élida Graziane Pinto (2015, p. 209) observa, a respeito da decisão nº 143/2002 do TCU, que “a interpretação firmada pelo Tribunal de Contas da União (por meio da Decisão nº 143/2002-Plenário, e do Acórdão nº 957, de 13 de julho de 2005) foi, àquela época, desconsiderada, sob o argumento de falta da norma regulamentar da EC nº 29/2000, na forma da lei complementar reclamada pelo §2º do art. 198 da CR/1988.”.

para operacionalização da EC 29, ficou assentado que estes (amortização de dívidas e encargos) deveriam necessariamente compor os gastos com ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), inclusive para efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) (FAVERET, 2003, p. 374).

Porém, a regulamentação da EC 29/2000 ocorreu, de fato, através da Resolução nº 322[2], de 08 de maio de 2003, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que aprovou as diretrizes acerca da aplicação da referida Emenda à Constituição. Esta Resolução foi homologada pelo Ministro da Saúde, Humberto Costa, e reforçava a adoção do sistema de base móvel de cálculo, com base no orçamento do ano imediatamente anterior, além de trazer esclarecimentos conceituais e operacionais para a aplicação imediata da Emenda 29/2000 pelas três esferas de governo, inclusive com a definição do que poderia, ou não, serem consideradas ações e serviços públicos de Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 54).

Desta forma, a Resolução 322 do CNS estabeleceu dez diretrizes acerca da aplicação da EC 29/2000, que foram divididas em quatro temas: **(1)** da base de cálculo para a definição dos recursos mínimos a serem aplicados em Saúde (primeira diretriz); **(2)** dos recursos mínimos a serem aplicados em Saúde (segunda, terceira e quarta diretrizes); **(3)** das ações e serviços públicos de Saúde (quinta, sexta e sétima diretrizes), e; **(4)** dos instrumentos de acompanhamento, fiscalização e controle (oitava, nona e décima diretrizes) (CONASS, 2011, p. 51).

No que se refere ao primeiro tema, e de acordo com a Resolução 322 do CNS, a EC 29/2000 definiu como base de cálculo a ser seguida pela União, para investimento em ASPS no ano 2000, o equivalente ao montante empenhado em ações e serviços de Saúde no exercício financeiro de 1999, acrescido de, no mínimo, 5%, e no ano de 2001 até o ano de 2004, a base de cálculo corresponderia ao montante efetivamente empenhado em ASPS no ano imediatamente anterior ao da apuração da nova base de cálculo (CONASS, 2011, p. 51).

Quanto ao segundo tema, os recursos mínimos a serem aplicados em ASPS pela União, no período de 2001 até 2004, correspondem ao valor efetivamente empenhado pela União em ações e serviços públicos de Saúde no ano imediatamente anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) do ano em que se elabora a proposta orçamentária. O terceiro tema, de definição do que seriam

[2] Disponível em https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_03.htm. Acesso em 23 fev. 2020.

ações e serviços públicos de Saúde, a Resolução 322 definiu considerarem-se despesas com ASPS aquelas com pessoal ativo e outras despesas de custeio e de capital, financiadas pelas três esferas de governo, conforme o disposto nos artigos 196 e 198, § 2º, da Constituição Federal e na Lei n. 8.080/90, relacionadas a programas finalísticos e de apoio (inclusive administrativos), segundo critérios estabelecidos pela referida Resolução. Finalmente, o quarto tema, relativo aos instrumentos de acompanhamento, fiscalização e controle do investimento em ASPS, determina que a referência para tanto é o Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde do Ministério da Saúde (SIOPS), que deverá as informações relativas ao cumprimento da EC n. 29 aos diversos órgãos de fiscalização e controle, tais como o Conselho Nacional de Saúde, os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, o Ministério Público Federal e Estadual, os Tribunais de Contas da União, dos estados e municípios, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais (CONASS, 2011, pp. 52-55).

Isto posto, resta claro que a devida regulamentação da Emenda Constitucional 29/2000 se deu através da Resolução nº 322, do Conselho Nacional de Saúde, que estabeleceu as diretrizes e formas de aplicação da referida Emenda quanto à vinculação de receitas para a realização de ações e serviços públicos de Saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assentando inclusive a maneira pela qual se daria o cálculo do investimento a ser realizado pelo Governo Federal, garantindo o implemento de recursos necessários para a efetivação do SUS e de toda a Saúde Pública brasileira.

Todavia, embora tenham sido envidados esforços dos mais variados atores do setor de Saúde para a consecução dos objetivos da EC 29/2000, ela encontrou dificuldades para ser devidamente concretizada pela União e demais entes subnacionais, prejudicando a realização de ações e serviços de Saúde nos moldes desejados por seus idealizadores, como será demonstrado.

1.1.3 Determinação de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS)

Com efeito, uma nova forma de financiar o setor Saúde se deu com a aprovação da Emenda Constitucional 29/2000, que estabeleceu regras para a progressiva

provisão de recursos às ações e serviços públicos de Saúde, e foi criada com o objetivo de evitar a repetição dos problemas que comprometeram o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) nos anos 90, pois nessa década não havia um parâmetro legal que obrigasse os Estados, Distrito Federal e Municípios a destinarem recursos próprios para a área da Saúde, e a economia e as políticas públicas das fontes de financiamento no âmbito da União para financiar o SUS eram instáveis e dependiam de constante adoção de medidas emergenciais e provisórias para fazer frente à falta de recursos para o setor (CAMPELLI; CALVO, 2007, pp. 1.613-1.614).

Tal medida era necessária pois, antes da EC 29, a única vinculação constitucional existente era para a área da educação, com o percentual de 18% das receitas da União e 25% dos Estados e Municípios (CAMPELLI; CALVO, 2007, p. 1.613). Neste aspecto, embora tenha intentado promover uma revolução normativa no financiamento da política pública de Saúde, a Emenda Constitucional 29/2000 mostrou-se mais tímida que as Emendas Constitucionais 14/1996, 53/2006 e 59/2009, que cuidaram do financiamento da política pública de educação (PINTO, 2015, p. 111).

De toda sorte, a EC 29/2000 assegurou a participação das três esferas de governo no financiamento das ações e dos serviços públicos de Saúde, a partir da definição de um aporte anual mínimo de recursos, que, no caso da União, no ano de 2000 seria o montante empenhado no exercício de 1999 acrescido de, no mínimo, 5% e, posteriormente, até o ano de 2004, o valor mínimo seria apurado no ano anterior e corrigido pela variação nominal do PIB (SERVO *et al.,* 2011, p. 91).

Os níveis de investimento acima mencionados, a serem observados pela União, foram assim estabelecidos através da inserção do art. 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), pela EC 29, por dois motivos: **i)** os percentuais mínimos que deveriam ser aplicados pela União em ações e serviços públicos de Saúde não foram regulados pela referida EC 29, mas foram remetidos para regulação por Lei Complementar a ser futuramente elaborada. Ciente de que a promulgação da mencionada Lei Complementar poderia demorar a ocorrer (visto que a própria EC 29/2000 é o resultado de uma luta iniciada na década de 1980), o constituinte derivado entendeu por bem acrescentar o aludido art. 77 ao ADCT, para estabelecer um mecanismo a ser seguido até a concretização da legislação complementar necessária à regulação do investimento em Saúde; **ii)** por força da dominação que a União exerce sobre parte do Congresso Nacional, vê-se que ela se

utilizou deste domínio para escapar da fixação de um percentual de gastos em relação a si na EC 29/2000, passando a ter um tratamento diferenciado em relação aos entes subnacionais (SANTOS, 2016, pp. 93 e 105).

Assim, a vinculação de receitas dos entes federativos para financiamento das ações e serviços públicos de Saúde não encontrou a devida acolhida pelos governos federal, estaduais e municipais, especialmente pela União que, desde o nascimento da mencionada EC 29, valeu-se de mecanismos interpretativos e outras ferramentas para dificultar sua execução e regular implementação. E não poderia ser diferente pois, como observa Élida Graziane Pinto (2015, p. 116), o arranjo constitucional instituído pela EC 29 para o financiamento da Saúde partiu de uma definição de patamares mínimos diferenciados, destacando uma regra especial para a União diversa da regra geral aplicável aos demais entes da federação, donde conclui a autora que

> Tal regime especial e anti-isonômico em favor da União foi prescrito no próprio seio da EC nº 29/2000, como se depreende do inciso I do §2º e do inciso IV do §3º do art. 198, acima citados e inseridos à CR/1988 por aquela Emenda.
> Ora, assim predisposta, desde o seu nascedouro a criar tratamento diferenciado em favor da União, a Emenda nº 29/2000 apenas lhe deu vazão no bojo do art. 77 do ADCT com regras transitórias, mas já indicativas da fragilidade do pacto federativo no dever de custeio governamental adequado ao SUS (PINTO, 2015, p. 116).

Esta fragilidade identificada pela mencionada autora e decorrente do tratamento desigual conferido à União para aplicação mínima em ações e serviços públicos de Saúde, desencadeou dois efeitos perversos para o financiamento da Saúde Pública, a saber: em primeiro lugar, a fixação do percentual mínimo que deveria ser aplicado pela União em Saúde, relegado à legislação complementar posterior pelo legislador infraconstitucional, praticamente impediu a revolução pretendida no financiamento da Saúde e conferiu à regra do art. 198, §2º, I, da CR/88, verdadeiro caráter programático que só não se tornou norma de eficácia totalmente limitada porque houve previsão de regra transitória (PINTO, 2015, p. 119); em segundo lugar, manteve o problema crônico de financiamento da Saúde, pois, em reuniões realizadas pela Comissão de Orçamento e Finanças do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS) e da Câmara Técnica do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS), foram discutidos e analisados diversos aspectos que integram o campo do financiamento do SUS, entre os quais o descumprimento da EC

29 pelo Governo Federal e pelos governos estaduais (CAMPELLI; CALVO, 2007, pp. 1.614-1.615).

Realmente, a fixação de percentual de aplicação mínima em Saúde a ser observado pela União através de regra transitória e sem fixação de diretiva definitiva acabou por prejudicar o acompanhamento e fiscalização do seu cumprimento – sem embargo dos esforços envidados por todos os atores responsáveis pela regulamentação da EC 29/2000 e que resultaram na elaboração da Resolução nº 322, do CNS, anteriormente estudada -, ensejando a desobediência e inobservância do Governo Federal às regras preconizadas pela EC 29 e art. 77 do ADCT e o descumprimento do investimento mínimo a ser por ela realizada, pois, como observaram Campelli e Calvo:

> A União não vem cumprindo a EC-29 conforme a *Constituição Federal*, artigo 77 do ADCT, I, alínea "a". A Tabela 2 mostra que a União deixou de aplicar em Saúde um valor acumulado de R$ 1,8 bilhão. O valor mínimo a ser aplicado está em conformidade com a segunda diretriz da *Resolução nº. 322/2003* do CNS, estabelecendo que a variação nominal do PIB seja aplicada sobre o montante empenhado no ano anterior, se igual ou superior ao mínimo estabelecido pela EC-29; caso contrário, a variação percentual do PIB deve ser aplicada sobre o valor mínimo (CAMPELLI; CALVO, 2007, p. 1.615).

Da mesma maneira, em trabalho publicado no ano de 2011, Servo *et al.* (2011, p. 94) verificaram que, embora a EC 29/2000 tenha contribuído para um incremento dos recursos destinados à Saúde e garantido alguma estabilidade a essa área, mesmo após a extinção da CPMF, o aporte de recursos poderia ter sido ainda maior caso a União e os Estados cumprissem a EC 29 de acordo com os critérios previstos na Resolução 322 do CNS. Com efeito, observaram os referidos autores que o Governo Federal e os governos estaduais têm utilizado diversos expedientes para aplicar menos do que o previsto na Emenda, informando, inclusive, que a equipe técnica do Sistema de Informações sobre Orçamento Público em Saúde (SIOPS) e o Ministério Público Federal, seguindo a Resolução nº 322 do CNS, sustentaram que, em determinados anos, a União e parcela dos Estados e Municípios não teriam aplicado o mínimo exigido pela EC 29/2000 (SERVO *et al.,* 2011, p. 94).

Campelli e Calvo, em artigo produzido no ano de 2007 que utilizou dados referentes aos anos de 2000 a 2003, verificaram que a União deixou de aplicar em ações e serviços de Saúde Pública o equivalente a R$ 1,8 bilhão, enquanto que os Estados deixaram de aplicar R$ 5,29 bilhões em Saúde no mesmo período, perfazendo um total R$ 7,09 bilhões que o setor Saúde deixou de receber nesses

anos (CAMPELLI; CALVO, 2007, p. 1.616). Por outro lado, o estudo elaborado por Servo *et al.* no ano de 2011 descreve que, embora o possível descumprimento da EC 29 por parte da União fosse menos discutido à época, durante o ano de 2009 o Ministério Público Federal encaminhou o Ofício nº 233, da Procuradoria da República no Distrito Federal (PRDF) aos Ministérios da Fazenda, da Saúde e do Planejamento, estimando em mais de R$ 5 bilhões o valor acumulado pelo Governo Federal de descumprimento da referida Emenda à Constituição (SERVO *et al.,* 2011, p. 94).

Diante desses dados, o que se verifica é que a fragilidade do financiamento da Saúde identificado por Élida Graziane Pinto (2015, p. 116), decorrente de um arranjo constitucional para o financiamento da Saúde que se mostrou aquém das ideias que o idealizaram e dependente de regramento infraconstitucional para sua devida regulamentação, contribuiu para que as três esferas de governo se valessem das mais variadas estratégias para evitar o efetivo cumprimento da EC 29/2009 (SERVO *et al.,* 2011, p. 105), bem como para a União deixar de aplicar os percentuais mínimos que lhe foram imputados através de regra transitória estabelecida pela referida EC 29 e o art. 77 que ela inseriu no ADCT. O dado objetivo é: a ausência de regra definitiva que determinasse o percentual mínimo a ser aplicado pela União em Saúde, permitiu que ela se valesse de diversos expedientes para descumprir o texto da EC 29 e deixasse de aplicar em ações e serviços de Saúde valores vultosos, da ordem de R$ 1,8 bilhão (CAMPELLI; CALVO, 2007, p. 1.616) a R$ 5 bilhões (SERVO *et al.,* 2011, p. 94).

Este descumprimento da EC 29/2000 acima verificado encerra uma não-vinculação de valores para ações e serviços de Saúde pela União e o desrespeito dessa à regra constitucionalmente estabelecida de investimentos mínimos em Saúde, prejudicando o financiamento de atividades deste setor. Daí o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) identificar um embate entre a União, os Estados e a Constituição Federal no que tange ao volume de recursos aplicados destes entes no financiamento da Saúde (CAMPELLI; CALVO, 2007, p. 1.619).

Contudo, como descrevem Campelli e Calvo (2007, p. 1.619), por se tratar de matéria constitucional, garantida pela Carta Magna como um direito fundamental, a questão da Saúde não pode ficar sujeita às disputas e divergências entre esferas da Administração Pública, assim como a utilização de expedientes interpretativos e contábeis para “fugir” do cumprimento da regra constitucional estabelecida pela EC 29 apenas demonstra descaso com o texto da CR/88 e a ausência da “vontade da Constituição”, identificada por Konrad Hesse (1991) como o desejo de incutir na

sociedade e nos atores políticos o ideal constitucional e o anseio de dar efetivo cumprimento ao texto da Constituição, até que ela alcance sua “ótima concretização da norma”.

Porém, e como se verá a seguir e ao longo deste trabalho, a vinculação de receitas públicas para o regular financiamento da Saúde, determinada inicialmente pela EC 29/2000, não encontrou empecilhos para sua concretização apenas durante a vigência das regras descritas pela referida Emenda Constitucional. Ao revés, a norma responsável pela regulamentação da EC 29 – lei complementar, mais especificamente, conforme redação do art. 198, §2º, da CR/88, com as alterações que lhe foram introduzidas pela EC 29/2000 -, também apresentou dificuldades de elaboração e redação, impingindo novos empecilhos ao financiamento da Saúde, como se verificará no próximo tópico deste trabalho.

1.2 A Lei Complementar 141/2012 e a regulação do artigo 198 da CR/1988

Como previa o legislador constituinte derivado, a regulamentação do conteúdo da Emenda Constitucional 29/2000 (EC 29/2000), que alterou o art. 198, §§2º e 3º da Constituição da República, tardou a acontecer, levando mais de dez anos para sua elaboração e promulgação pelo Congresso Nacional, até o surgimento da Lei Complementar 141/2012 (LC 141/12) (SANTOS, 2016, p. 94). Contrariamente às expectativas geradas pelo projeto originado no Senado Federal, que postulava a destinação de 10% da receita corrente bruta da União para aplicação em Saúde, o texto aprovado continuou vinculando esta contribuição à variação do PIB (PINTO; FLEURY, 2012, p. 56).

Sem embargo da demora havida para a regulamentação da EC 29/2000, a LC 141/12 veio operacionalizar o §3º, do art. 198 da CR/88, com as alterações promovidas pela referida Emenda à Constituição, dispondo sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, os percentuais mínimos que cada um destes entes federativos deveria investir em Saúde e estabelecendo, ainda, critérios de rateio dos recursos de transferências para a Saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com Saúde (SERRANO, 2012, p. 136).

Da mesma maneira, a LC 141/12 também especificou o que são ações e serviços públicos de Saúde, que fica limitada às despesas voltadas para a promoção,

proteção e recuperação da Saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios na Lei Orgânica da Saúde, passando a ser vedada expressamente a inclusão de gastos com aposentadorias, pensões, merenda escolar, limpeza urbana, entre outros (SERRANO, 2012, p. 137). Outrossim, e nos termos do art. 4º da LC 141/12, despesas que antes eram inseridas no rol de ações e serviços públicos de Saúde (como aposentadorias, pensões, saneamento básico, limpeza urbana, etc.) que eram inscritas como despesas de Saúde para cumprimento do investimento mínimo constitucional, agora não podiam mais ser utilizadas como ferramentas para comprovação da obediência à regra constitucional de aplicação mínima. Apenas as despesas insertas no art. 3º da LC 141/12 é que serão consideradas como ações e serviços públicos de Saúde para atendimento do investimento de recursos mínimos.

Outrossim, ao consolidar as formas de financiamento em Saúde, a LC 141/12 reforça o compromisso entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios no financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), supera algumas resistências às definições estabelecidas pela pretérita Resolução nº 322 do CNS para apuração do percentual mínimo a ser investido em Saúde por cada um dos entes federados, e define os tipos de ações e serviços que podem ser custeados com recursos da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 62). Como se verá adiante, o mencionado "compromisso" com o financiamento da Saúde pelos entes federativos não significou comprometimento de todos nesse sentido mas, ao menos, estabeleceu um patamar mínimo que deverá ser observado principalmente por Estados e Municípios.

Por agora, veja-se o contexto histórico que orientou a elaboração da referida Lei Complementar até sua ulterior promulgação, que significou a esperada regulamentação da EC 29/2000 e o estabelecimento de critérios de investimentos mínimos em Saúde a serem observados pelos governos federal, estaduais e municipais.

1.2.1 Contexto histórico

A Emenda Constitucional 29/2000 teve por objetivo evitar alguns dos problemas que, nos anos 1990, comprometeram o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS). Embora ela tenha permitido a ampliação dos recursos destinados à área da Saúde - que em 2000 (ano da promulgação da EC 29) eram da ordem de R$ 64,8 bilhões e no ano de 2010 passaram à ordem de R$ 138,7 bilhões (SERVO *et al.,* 2011,

p. 92) -, Campelli e Calvo (2007, p. 1.616) registraram que, de 2000 a 2003, União, Estados e Municípios descumpriram as regras preconizadas pela EC 29/2000 e, com isso, deixaram de investir em Saúde R$ 7,09 bilhões.

A falta de regulamentação legal do art. 198 da CR/88 fez com que os entes federados encontrassem meios para “burlar” a regra de investimento mínimo em Saúde, inclusive desobedecendo às regras previstas na Resolução nº 322 do CNS, que era o regramento disponível até então de como seriam calculados os percentuais mínimos a serem investidos por União, Estados, Distrito Federal e Municípios em Saúde, além de tratar do que poderiam ser consideradas ações e serviços públicos de Saúde que receberiam investimentos mínimos. Como observa Piola *et al.* (2013, p. 21), “a falta de uma regulamentação permitiu que fossem encontrados subterfúgios para fugir do cumprimento efetivo da emenda”.

Especificamente quanto ao percentual mínimo a ser aplicado pela União em Saúde, a falta de regulamentação alimentava o sentimento de incertezas quanto ao financiamento da Saúde Pública, como observava o Ministério da Saúde:

> Em relação à regra de aplicação da União, a incerteza permanecia. Este foi, inclusive, o objeto principal de projetos de lei complementar que tramitaram no Congresso Federal na primeira década dos anos 2000. Três projetos merecem destaque: i. O Projeto de Lei Complementar nº 01, de 2003, de autoria do deputado Roberto Gouveia, que mantinha a regra de aplicação estabelecida na EC nº 29/2000; ii. O Projeto de Lei do Senado – PLS nº 121, de 2007, de autoria do senador Tião Viana, que propunha a aplicação de 10% das receitas brutas da União em ASPS; e iii. O PLS nº 156, de 2007, de autoria do Senador Marconi Perillo, que estabelecia a aplicação de 18% das receitas líquidas da União em ASPS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, pp. 58-59).

Depois de inúmeras tentativas, e transcorrida quase uma década desde as primeiras iniciativas, a EC no 29/2000 foi finalmente regulamentada por meio da LC nº 141, sancionada pela Presidência da República em 13 de janeiro de 2012. Apesar de não ter correspondido aos anseios daqueles que desejavam aumentar a participação dos recursos da União no financiamento do SUS, a regulamentação da EC 29 apresentou pontos positivos (PIOLA *et al,* 2013, p. 22). Ademais, referida Lei Complementar também definiu os critérios de rateio dos recursos destinados à Saúde entre Estados e Municípios, a forma de fiscalização, avaliação e controle de despesas com Saúde, e as normas de cálculo do montante a ser aplicado em ASPS pela União (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 59).

A regulamentação da EC 29 pela LC 141/12, da forma que promulgada e acima assinalado, gerou insatisfação por não ter correspondido aos anseios dos que desejavam ver a participação do investimento em Saúde pela União aumentar, fato que não passou despercebido por Pinto e Fleury (2012, p. 67) ao observarem que muitos atores políticos começaram a se mobilizar para denunciar que a regulamentação promovida pela LC 141 tendia a manter o subfinanciamento do setor Saúde e impedia, na prática, a exigibilidade do direito à saúde, fato que foi agravado com o corte orçamentário havido no ano de 2012 pelo Governo Federal, que reduziu mais amplamente o orçamento da Saúde.

De toda sorte, a regulamentação da EC 29/2000 e, por conseguinte, do art. 198, §3º, da CR/88, ocorreu através da Lei Complementar 141/2012, que avançou em alguns aspectos, como definir o que são ações e serviços públicos de Saúde, critérios de rateio, entre os entes federados, dos recursos destinados à Saúde, além de sanções a serem aplicadas pelo descumprimento dos percentuais de aplicação mínima em ações de Saúde. Porém, as regras fixadas pela LC 141/12 ficaram aquém do necessário ao regular financiamento da Saúde Pública, como será demonstrado.

1.2.2 Determinação de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS)

No que se refere à aplicação de recursos em ações e serviços públicos de Saúde, a LC 141/2012 estabeleceu os níveis de investimento que deverão ser observados pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, em seus artigos 5º, 6º, 7º e 8º, respectivamente. Para melhor visualização das regras fixadas pela referida Lei Complementar, veja-se o teor dos referidos artigos:

> Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de Saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.
> [...]
> § 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.
> [...]
> 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.
> [...]
> 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.
> [...]
> 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.

Como se observa do art. 5º, da LC 141/12 acima citado, ele não alterou a regra de aplicação de recursos mínimos em Saúde para a União, mantendo os parâmetros estabelecidos pela regra transitória do art. 77 do ADCT, inserido no texto constitucional pela EC 29/2000. Ou seja, a Lei Complementar tornou permanente a regras de transição estabelecida na EC 29 para o cálculo dos gastos da União com Saúde permanecendo, contudo, a possibilidade de reavaliação destes critérios a cada cinco anos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 59).

Ocorre que, tendo em vista a crise econômica havida entre 1999 e 2000, soou como circunstancialmente justificável a falta de disposição direta no texto permanente da Constituição para fixar os patamares mínimos de gasto público em Saúde, na forma do §2º do art. 198, introduzido pela EC 29/2000. Porém, agora, com a regulamentação do texto da Constituição pela LC 141/12, determinando que a participação da União no financiamento da Saúde estava vinculada à variação do PIB, incorporou-se ao texto legal a experiência de restrição financeira gerada num período de priorização de estabilidade monetária, em detrimento das necessidades de cumprimento das disposições constitucionais de garantia do direito à saúde (PINTO; FLEURY, 2012, p. 67).

Daí Ricart César Coelho dos Santos (2016, p. 94) ressaltar que, com a regulamentação da EC 29 pela LC 141/2012, um dos aspectos mais aguardados do disciplinamento por ela trazido frustrou todos aqueles que militam na área da Saúde, pois a aludida Lei Complementar manteve o financiamento da Saúde Pública nos mesmo moldes do art. 77 do ADCT e em nada inovou de maneira substancial na destinação de recursos públicos para o setor, inclusive quanto à União, cujo percentual de gasto mínimo não foi fixado na LC 141, para manter a vinculação de

suas receitas calculadas pela variação do PIB. Todavia, este mecanismo de correção pelo PIB não representou ganhos financeiros para a Saúde, mas apenas estabilizou em patamar aquém do necessário o volume de recursos investido pela União (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 59). Sobre este aspecto, veja-se o conteúdo de publicação realizada pelo Ministério da Saúde:

> Ao aprovar a Lei Complementar nº 141, portanto, foi adiada a oportunidade de dotar o setor de Saúde de recursos suficientes para levar a todas as localidades serviços de qualidade. Os parlamentares descartaram outras propostas que representavam avanço significativo no financiamento da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 54).

Portanto, se a LC 141/2012 trouxe avanços em alguns aspectos, noutros ela simplesmente não trouxe avanço algum, como no caso do financiamento da Saúde pela União, cujos níveis permaneceram inalterados, diferentemente do que se esperava, gerando sobrecarga a Estados e Municípios (SERRANO, 2012, p. 138). Esta sobrecarga, como destacam Piola *et al.* (2013, p. 23), era respaldada pelas seguintes constatações: **i)** crescente participação da União na carga tributária total; **ii)** manutenção da participação relativa da Saúde nos gastos sociais da União, como percentual do PIB, enquanto se verifica aumento significativo do gasto social federal; **iii)** diminuição da participação relativa dos gastos federais com ASPS em relação à Receita Corrente Bruta (RCB) da União, e; **iv)** diminuição da participação relativa dos recursos federais no financiamento do SUS de quase 60% em 2000 para cerca de 45% em 2010.

Afora a sobrecarga sofrida por Estados e Municípios no financiamento da Saúde por conta do método de cálculo estabelecido pela LC 141/2012 para a União de vinculação de suas receitas segundo a variação nominal do PIB, o Ministério da Saúde (2013, pp. 59-60) identificou que essa forma de cálculo, entre todas as propostas discutidas no Congresso, foi a pior para a Saúde, pois em valores de 2010, os gastos do Ministério da Saúde foram de R$ 61,9 bilhões (valor obtido com a aplicação da variação nominal do PIB). Contudo, **i)** se fosse adotada a vinculação de 18% da receita líquida da União, conforme Projeto de Lei do Senado nº 156, o orçamento subiria para R$ 89,9 bilhões; **ii)** se o Congresso optasse pela vinculação a 10% da receita bruta, prevista no Projeto de Lei do Senado nº 121, o orçamento da Saúde ficaria na casa dos R$ 89 bilhões – um ganho de, pelo menos, R$ 20 bilhões.

Não é possível identificar se o projeto aprovado decorreu da relação de "dominação" (SANTOS, 2016, p. 105) que a União mantém com o Congresso

Nacional, ou por todos fatores desconhecidos. Contudo, o que os dados e estudos acima apontados revelam é que se optou, uma vez mais, pelo pior mecanismo de aplicação de recursos mínimos para a Saúde, mantendo o estado de subfinanciamento até então havido e que perdura até os dias atuais.

Ainda de acordo com o Ministério da Saúde (2013, p. 60), o uso do modelo de correção pela variação nominal do PIB demonstra que a União vem investindo, em média, 7% de suas receitas brutas em Saúde. Se comparado ao investimento de 1995, houve perda de recursos, eis que, naquele ano, 9,5% das receitas brutas da União foram aplicadas em ações e serviços públicos de Saúde.

Essa diminuição, além de indicar menor participação da União no investimento em Saúde (o que decorre, em contrapartida, do aumento da participação de Estados e Municípios, determinada pela EC 29 e posteriormente pela LC 141/12) (PIOLA *et al.,* 2013, p. 23), implica numa perda mais significativa para o setor Saúde: considerando que a participação da União partiu de uma base não muito expressiva em 2000 e, nos anos seguintes, o que deveria ser um valor mínimo (correção pela variação nominal do PIB), passou a funcionar como teto das aplicações da União no SUS, ou seja, o que a EC 29/2000 estabeleceu e a LC 141/12 reforçou como limites mínimos de aplicação em Saúde, a prática demonstra que o piso se transforma em teto e os entes federados se acomodam naquele percentual mínimo (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 60).

Destarte, e por todos os espectros aqui apresentados, verifica-se que a Lei Complementar 141/2012, responsável por regulamentar a EC 29/2000 e, via de consequência, o art. 198, §3º, da Constituição da República, trouxe avanços significativos, ao definir o que são ações e serviços públicos de Saúde; a forma de repasse dos valores destinados à Saúde entre os entes federados; as sanções que serão aplicadas aos agentes públicos descumpridores dos seus preceitos, etc.

Entretanto, no que se refere aos níveis de financiamento da Saúde, vê-se que ela não trouxe nenhuma novidade quanto ao texto do art. 77 do ADCT, inserido pela EC 29/2000, nem avançou em definir um percentual mínimo de aplicação em Saúde pela União, que manteve os níveis e métodos de cálculo (variação nominal do PIB) anteriormente definidos pelo já mencionado art. 77 do ADCT, gerando frustração em todos os que esperavam a definição de uma porcentagem a ser aplicada pelo Governo Federal, além de acarretar numa sobrecarga para Estados e Municípios. Da mesma maneira, os dados apresentados neste tópico indicam que o método de cálculo

escolhido pelo Congresso Nacional implicou em perdas à Saúde Pública no âmbito federal, eis que houve regressão do nível de investimento no comparativo entre o ano de 1995 (investimento de 9,5% da RCB) e após o ano de 2000 (média de investimento de 7% da RCB).

Isto posto, o que se observa até o presente momento é que a União – objeto deste estudo -, descumpriu as regras constitucionais de aplicação mínima em ações e serviços públicos de Saúde (como no caso da EC 29/2000), beneficiada pelo texto legal e, com isso, viu seus níveis de investimento em Saúde diminuírem (como ocorre com a LC 141/2012) indicando, numa e noutra hipótese, que o setor Saúde não tem sido prestigiado ao longo dos anos e governos que têm assumido o Poder Executivo Federal, colocando em risco o projeto de Saúde Pública inaugurado com o SUS. Resta saber se a Emenda Constitucional 86/2015, conhecida como “emenda do orçamento impositivo”, trouxe mais benefícios à Saúde Pública e ao seu regular financiamento. É o que se descobrirá a seguir.

1.3 A EMENDA CONSTITUCIONAL 86/2015 E OS NOVOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DE RECURSOS MÍNIMOS EM SAÚDE

A Emenda Constitucional 86, de 17 de março de 2015 (EC 86/2015), alterou artigos da Constituição da República para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. É conhecida como “Emenda do Orçamento Impositivo” e tinha como objeto específico, antes de incluir em seu texto a vinculação de receitas destinadas à Saúde Pública, garantir que o Poder Executivo destinasse parte de sua receita ao cumprimento das emendas individuais parlamentares.

Como descreve Fernando Facury Scaff (2015, meio digital), a EC 86/2015 criou um “orçamento impositivo à brasileira”, pois ao invés do Poder Legislativo aprovar uma norma que realmente obrigasse o Poder Executivo a cumprir as leis orçamentárias, aprovou-se uma Emenda Constitucional que obriga o segundo (Poder Executivo) a cumprir as emendas parlamentares, que se caracterizam como pequena parcela do orçamento e vinculada a interesses eleitorais dos próprios parlamentares. Explica o mencionado autor:

> A bem da verdade, em face de tantos limites impostos aos parlamentares para dispor de matéria orçamentária eles tinham duas alternativas: ou propunham uma verdadeira reforma constitucional orçamentária, estabelecendo poderes para que pudessem

> efetivamente gerir os recursos públicos, ou criavam uma *meia sola* apenas para cuidar de seus interesses eleitorais — o que acabou prevalecendo.
> [...]
> A Emenda 86, embora tímida e circunstancial, se propõe a liberar o Legislativo do jugo do Executivo, o que é positivo.
> [...]
> A Emenda 86, promulgada em 17 de marco de 2015, basicamente altera e insere alguns parágrafos e incisos nos artigos 165 e 166, referentes à vinculação de recursos para a execução de emendas parlamentares individuais, e altera o artigo 198 da Constituição Federal para estabelecer 15% de vinculação de recursos da União para os programas e ações de Saúde [...].
> [...] (SCAFF, 2015, meio digital).

Como se depreende da explicação acima destacada, a EC 86/2015, por um lado, traz pontos positivos ao "liberar o Legislativo do jugo do Executivo", mas, por outro lado, apresenta pontos negativos no que se refere à Saúde Pública brasileira, na medida em que aumentou o subfinanciamento do SUS ao prescrever patamares mínimos de aplicação em ASPS inferiores aos estabelecidos pela EC 29/2000. Este ponto será estudado mais adiante. Por agora, observe-se o contexto histórico que deu origem à mencionada Emenda à Constituição e que, diferentemente do que se espera do Poder Legislativo enquanto representante da sociedade, buscou interesses outros que estavam em desacordo com os interesses da população.

1.3.1 Contexto histórico

Se entre a promulgação da Constituição da República, ocorrida em 05 de outubro de 1988, e a aprovação da Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000, passaram-se praticamente doze anos para que houvesse determinação constitucional de vinculação de recursos para o Sistema Único de Saúde (SUS) por força da referida Emenda à Constituição, e; se entre o início de vigência da EC 29/2000 e a elaboração da Lei Complementar 141/2012, de 13 de janeiro de 2012, transcorreram-se praticamente outros doze anos para que a EC 29/2000 fosse devidamente regulamentada, é certo que a promulgação da Emenda Constitucional 86, de 17 de março de 2015, exigiu apenas pouco mais de três anos para sua elaboração e revisão da fórmula de vinculação de recursos para a Saúde Pública, que agora teria novos índices de investimento mínimo em Saúde Pública pela União.

Não que a celeridade para elaboração, aprovação e promulgação da novel EC 86/2015 tenha decorrido de uma verificação, pelo legislador constituinte derivado, de garantir urgentemente a subsistência do financiamento do SUS, ou porque o mecanismo de vinculação de recursos até então vigente pela EC 29/2000 e regulamentado pela LC 141/2012 apresentassem deficiências significativas para o financiamento da Saúde Pública brasileira.

Pelo contrário, a urgência havida na elaboração e aprovação da EC 86/2015 decorreu da necessidade do Poder Legislativo (especificamente do Senado Federal) responder à sociedade que, durante as manifestações populares ocorridas nos anos de 2013 e 2014 exigiu, entre outras coisas, o fortalecimento do financiamento do SUS e deu origem ao movimento denominado “Saúde+10” e à apresentação do Projeto de Lei de Iniciativa Popular 321/2013 (PLP 321/2013) [3] ao Congresso Nacional, requerendo alterações nos valores mínimos aplicados em Saúde Pública pelo Governo Federal, que deveriam passar ao patamar mínimo de 10% (dez por cento) da Receita Corrente Bruta (RCB) da União em prol de ações e serviços públicos de Saúde (FUNCIA, 2015, p. 36).

Diante das supracitadas manifestações populares exigindo alteração nos patamares mínimos de aplicação em ASPS, e a despeito das 2,2 milhões de assinaturas que referido projeto de iniciativa popular obteve, o Congresso Nacional se viu obrigado a dar uma resposta à população. Mas a resposta legislativa não se deu nos moldes requeridos pela sociedade, pois, ao invés de dar o devido prosseguimento aos debates a respeito do PLP 321/2013, o Senado Federal apresentou Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358/2013 (PEC 358/2013), que não tinha como objeto a discussão a respeito do financiamento da Saúde Pública, mas, ao revés, propunha tornar impositiva a execução de emendas parlamentares. Outrossim e, mediante negociação entre governo e parlamento, foram inseridas na aludida PEC 358/2013 - mais conhecida como PEC do Orçamento Impositivo – dispositivos alterando o financiamento federal do SUS, o que resultou na sua aprovação e ulterior promulgação como Emenda Constitucional 86/2015 (IPEA, 2016, p. 182).

[3] O Projeto de Lei de Iniciativa Popular (PLP) 321/2013 e sua tramitação podem ser conferidas na página da Câmara dos Deputados, no seguinte endereço: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589775. Acesso em 29 fev. 2020.

Importante destacar, como consta do Relatório da PEC 358/2013[4], que ela não tratava originariamente do financiamento da Saúde. Ao revés, a PEC 358/2013 é derivada da Proposta de Emenda Constitucional nº 353/2013 (PEC 353/2013), essa destinada apenas à alteração da CR/1988 para tornar obrigatória a execução de montante mínimo da programação orçamentária originária de emendas individuais dos parlamentares. Esta PEC 353/2013 foi desmembrada em duas pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados: **i)** PEC 358/2013, para tratar especificamente do orçamento impositivo das emendas individuais dos parlamentares, e; **ii)** PEC 359/2013, para tratar em específico do montante mínimo a ser gasto em ações e serviços públicos de Saúde.

Contudo, após manobra efetuada pelo Deputado Eduardo Cunha, que requereu a apensação da PEC 359/2013 à PEC 358/2013 e teve seu requerimento atendido pela CCJC da Câmara dos Deputados, esta última (PEC 358/2013), que deveria tratar apenas do orçamento impositivo, voltou a tramitar em conjunto com a PEC 359/2013 (destinada a tratar do financiamento da Saúde Pública), de forma que as duas PECs, que versavam sobre temas distintos e exigiam debates diferentes, voltaram a figurar no mesmo "balaio".

De qualquer maneira e, sem embargo da iniciativa popular em prol do financiamento do SUS, a EC 86/2015 foi aprovada em 17 de março de 2015 e "alterou dispositivos constitucionais referentes às normas orçamentárias e ao financiamento da Saúde Pública. Tornou obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica, passando, por isso, a ser conhecida como 'emenda do orçamento impositivo'" (SANTOS, 2016, p. 98).

Entretanto, a nova figura constitucional não significou avanços no financiamento da Saúde Pública, mas, de forma contrária, importou em diminuição dos valores vinculados ao financiamento de ASPS, que agravou o quadro de subfinanciamento do SUS e caracterizou verdadeira hipótese de retrocesso social que é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se verá a seguir.

1.3.2 Determinação de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS)

[4]Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=602633. Acesso em 28 fev. 2020.

Como descrito anteriormente, a EC 86/2015 alterou as regras de vinculação de receitas da União para o financiamento da Saúde Pública, estabelecendo novo patamar de aplicação mínima que deveria ser investido em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), a saber, 15% da Receita Corrente Líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro, conforme nova redação do art. 198, §2º, I, da Constituição.

Embora pareça, num primeiro momento, que o novo índice de aplicação mínima estabelecido pela EC 86/2015 é maior e melhor que o anteriormente fixado pela EC 29/2000, a realidade mostra que não é assim. Com efeito, o art. 2º da EC 86/2015 definiu um regime progressivo para a aplicação mínima de recursos em ASPS pela União, qual seja: **i)** em 2016 serão destinados a ASPS 13,2% da RCL União do respectivo exercício financeiro; **ii)** em 2017, destinam-se às ASPS 13,7% da RCL da União; **iii)** em 2018, as ASPS recebem 14,1% da RCL da União; **iv)** em 2019, aplicam-se às ASPS 14,5% da RCL da União, e; **v)** apenas em 2020 será aplicado o percentual de 15% da RCL da União em ASPS.

Do exposto, já se verifica então que o nível de aplicação mínima em ASPS pela União, segundo a EC 86/2015, só atingiria seu ápice no ano de 2020, de maneira que, se havia algum sentimento de alegria pela crença de que o aporte do Governo Federal em ASPS aumentaria imediatamente, a leitura mais atenta do texto da EC 86 retira qualquer esperança de imediato acréscimo de recursos ao SUS e demonstra que seu subfinanciamento perdurará por mais alguns anos, o que caracteriza o retrocesso social anteriormente apontado.

Como explica José Joaquim Gomes Canotilho (2003, pp. 338-339), o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. Isto significa que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, de maneira que a “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas limita a reversibilidade dos direitos adquiridos para impedir a violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2010, pp. 445-447 apud SCAFF, 2018, p. 309) aponta que a proibição do retrocesso é um princípio implícito em nossa Constituição da República, enquanto Fernando Facury Scaff (2018, p. 309), assevera que a “proibição de retrocesso labora principalmente para o futuro, para as

situações consideradas a partir de determinado momento no qual se pretende uma alteração normativa relativamente à existente. Seu âmbito de atuação é primordialmente prospectivo".

Ante tais explicações e, de acordo com Boletim produzido pelo IPEA (2016, p. 182), pode-se concluir que a EC 86/2015 implicou um retrocesso no financiamento da Saúde Pública, haja vista que, enquanto no ano 2000 (início de vigência da EC 29/2000) os gastos da União com Saúde corresponderam à 14% de sua RCL, o piso estabelecido pela EC 86/2015 para os anos de 2016 e 2017 inicia em níveis **mais baixos** que os verificados no ano 2000 (13,2% e 13,7% da RCL da União, respectivamente), evidenciando a caracterização do retrocesso mencionado.

Mais ainda, em 2014, ano em que ocorreu queda nominal na arrecadação da RCL e que ainda estava em vigor as regras da EC 29/2000, o gasto em ASPS correspondeu a 14,4% da RCL, ou seja, este percentual de aplicação em ASPS ocorrido num ano de queda de arrecadação ainda é maior que os níveis de investimentos de aplicação mínima em ASPS estabelecidos pela EC 86/2015, além de corresponder ao escalonamento de quase quatro anos da referida emenda, pois apenas em 2019 a União se veria obrigada a aplicar 14,5% de sua RCL em ASPS (IPEA, 2016, p. 182).

Estes dados percentuais já são indicativos da diminuição do financiamento das ASPS pela União e do retrocesso social apontado. Todavia, segundo estimativas constantes do Boletim acima mencionado (IPEA, 2016, p. 184), enquanto pela regra da EC 29/2000, de aplicação da variação nominal do PIB sobre o empenhado em 2015 em ASPS, o piso de financiamento federal do SUS seria de aproximadamente R$ 104 bilhões, o piso de 2016, segundo estimativas do CNS, está estimado em R$ 100,2 bilhões, ou seja, quase R$ 4 bilhões inferior ao valor de R$ 104 bilhões calculado pela regra anterior.

Posteriormente, em 2018, o IPEA reviu suas previsões a respeito do investimento mínimo em Saúde por força da EC 86/2015 (IPEA, 2018, p. 114), comparando a aplicação mínima em ASPS pela regra da EC 29/2000 e da EC 86/2015: confirmou-se que, a partir de 2014, quando houve queda de receitas, as regras da EC 29 garantiriam maior investimento em Saúde que as regras prescritas pela EC 86. Esse dado, segundo o IPEA, é particularmente importante porque agrava o problema do subfinanciamento federal da Saúde, podendo comprometer as transferências do Ministério da Saúde (MS) para Estados e Municípios, e foi

referendado pelo Ministro da Saúde que admitiu, em dezembro de 2016, déficit de R$ 3,5 bilhões ao ano para custeio e ampliação de serviços do SUS, impactando a habilitação ou o funcionamento de 2.698 serviços (em sua maior parte sob gestão municipal) e fazendo com que Municípios e Estados deixassem de receber, respectivamente, R$ 1,96 bilhão e R$ 1,23 bilhão por ano para Saúde.

Diante dos dados acima descritos, o IPEA concluiu que:

> Em 2016, sob a vigência da EC nº 86/2015, a aplicação mínima em ASPS constante no Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) do MS foi estimada em R$ 100,2 bilhões (13,2% da RCL estimada em R$ 759,4 bilhões), enquanto a despesa inicialmente prevista para ASPS era de R$ 109,0 bilhões, tendo sido empenhados R$ 106,7 bilhões ao final do exercício. A previsão de arrecadação, entretanto, foi se frustrando ao longo do ano. Em janeiro de 2017, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) do Ministério da Fazenda (MF) divulgou uma RCL de R$ 722,474 bilhões, o que reduziria o piso mínimo em ASPS para R$ 95,37 bilhões, mas em junho publicou uma retificação do demonstrativo da RCL, corrigindo-a para R$ 709,930 bilhões; valor que determinaria uma aplicação mínima de R$ 93,7 bilhões. Note-se que a RCL de 2016 foi alterada seis meses após o término do exercício financeiro.
>
> Se fosse mantida a regra anterior para o piso de 2016, o valor empenhado em 2015, corrigido para 2016 pelo IPCA médio, seria de R$ 109,3 bilhões. Tal valor é superior aos R$ 106,7 bilhões aplicados em 2016, o que demonstra que a mudança da regra de aplicação mínima de recursos pela União no SUS trouxe incertezas quanto à estabilidade do financiamento federal do sistema (IPEA, 2018, p. 115).

Destarte e, segundo os espectros acima analisados, verifica-se que a EC 86/2015 gerou um retrocesso no investimento em ASPS pois, tomando-se o ano de 2014, em que houve queda na arrecadação nominal, como marco inicial de investimentos em Saúde (quando foi aplicada 14,4% da RCL da União em ASPS), tem-se que: **i)** os índices iniciais de aplicação em Saúde da EC 86 (13,2% em 2016, 13,7% em 2017, 14,1% em 2018 e 14,5% em 2019) são menores que os verificados no ano de 2014, quando a EC 29/2000 ainda estava em vigor, e; **ii)** no comparativo entre a EC 29 e a EC 86, caso as regras da primeira (EC 29/2000) tivessem sido mantidas, o investimento mínimo em ASPS seria R$ 4 bilhões superior ao prescrito pela segunda (EC 86/2015), segundo estimativas descritas pelo IPEA (2016, p. 184).

Mas a vinculação de recursos mínimos destinados à Saúde não foi prejudicada apenas pelos percentuais de aplicação em ASPS estabelecidos pela EC 86/2015. Segundo seu art. 3º, as despesas federais com ASPS que utilizarem recursos oriundos da parcela da União na participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, deverão ser computadas como

parte da receita mínima a ser aplicada em Saúde. Ou seja, enquanto a Lei 12.858/2013 (BRASIL, 2013) determinou que 25% dos recursos oriundos da exploração de petróleo e gás natural deveriam ser destinados à Saúde e contabilizados como recurso adicional ao piso de aplicação em ASPS, a EC 86/2015 estabeleceu que tais recursos sejam contabilizados dentro do gasto mínimo da União, perdendo a condição de adicionais, o que significou, em 2014, uma perda de R$ 3,8 bilhões extra piso, para a Saúde (IPEA, 2016, p. 183).

Daí Élida Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet observarem que:

> [...] o novo arranjo constitucional inscrito no artigo 198, parágrafos 2º e 3º, incide fundamentalmente no horizonte de progressividade ou estagnação que se está a fixar para o avanço do SUS em nosso país. Isso porque o artigo 3º da EC 86 determina que até mesmo os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural sejam contabilizados como gasto mínimo da União, ao invés de operarem como acréscimos ao mesmo.
> [...]
> Hoje, ao invés de celebrarmos a vinda da EC 86/2015, estamos a quantificar perdas, ademais de imprimir um ritmo menor aos avanços na conquista de novas fontes de recursos federais para o SUS, tal como implicado pela troca de critérios ora levada a efeito (PINTO; SARLET, 2015, meio digital).

Do excerto acima transcritos e demais dados anteriormente mencionados, evidencia-se que as ASPS sofreram apenas perdas com a EC 86/2015, pela diminuição dos níveis de investimento e pela retirada de crédito extra, derivado dos ganhos da União pela exploração de petróleo e gás. Mas o cenário de prejuízos à Saúde Pública não se encerra apenas com a perda de receitas destinadas ao SUS, pois: **i)** em primeiro lugar, enquanto a EC 29/2000 definia que a aplicação mínima em ASPS seria revista a cada cinco anos, por Lei Complementar, a EC 86/2015 retirou esta possibilidade, tornando mais rígidas as regras para qualquer revisão do montante a ser aplicado pelos entes federados em Saúde; **ii)** a EC 86/2015 não garantiu a manutenção do valor nominal empenhado no ano anterior, em caso de queda da RCL, o que era previsto pela LC 141/2012, ao estabelecer em seu art. 5º, §2º, que em caso de variação negativa do PIB, a União não poderia reduzir, em termos nominais, de um exercício para o outro, o percentual correspondente à variação nominal do PIB ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (IPEA, 2016, p. 183), e; **iii)** a EC 86/2015 determinou a obrigatoriedade da execução orçamentária das emendas parlamentares, o que, segundo Francisco Funcia, representa aumento da participação

desta receita em ASPS (FUNCIA, 2017, p. 6). Entretanto, observa este autor que depender de emendas parlamentares para aumentar a receita das ASPS é grave, pois

> [...] o orçamento do SUS expressa um forte componente de participação parlamentar nas decisões das escolhas de ações que serão empreendidas, portanto, menos condicionado ao atendimento das necessidades de Saúde da população e mais condicionado às necessidades de composição do governo com a base de apoio parlamentar [...] (FUNCIA, 2017, p. 6).

Ou seja, embora parte das emendas parlamentares tenham que ser destinadas às ASPS, isso não significa atendimento dos interesses da população em Saúde, mas principalmente atendimento de necessidades locais, das bases eleitorais dos parlamentares, o que pode caracterizar benefícios de alguns poucos em detrimento de outros muitos, que dependem do SUS para ter uma mínima cobertura de Saúde.

Todos os fatores até aqui descritos, então, apontam para uma direção de retrocesso social em Saúde e prejuízos consideráveis na aplicação em ASPS, demonstrando que, a despeito da vontade popular manifestada no PLP 321/2013, de aumento do investimento em Saúde para 10% da RCB da União, preferiu o Poder Legislativo, em negociação com o Poder Executivo, diminuir os gastos públicos em Saúde, em prejuízo de milhões, caracterizando um retrocesso econômico que implica retrocesso de direitos, pois o financiamento da Saúde Pública em níveis menores que os anteriormente estabelecidos, sem uma contrapartida adequada, revoga ou anula o núcleo de essencial dos direitos conquistados pelo povo, que corresponde ao mínimo existencial necessário para se viver com dignidade (LEWANDOWSKI, 2018).

Porém, os artigos 2º e 3º da EC 86/2015, que tratavam do financiamento público da Saúde pela União, foram declarados inconstitucionais em decisão liminar proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar pedido cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.595 (ADI 5.595) (BRASIL, 2017), em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal (STF). Para uma correta visualização das razões invocadas na decisão liminar em apreço, veja-se excerto dela extraído, que demonstram como a EC 86/2015 importou em retrocesso social que é vedado pela Constituição da República:

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

> regime de financiamento mínimo inserido no art. 198, § 2º e § 3º pela EC 29/2000.
> Tal procedimento fere frontalmente o dever de progressividade inscrito no art. 5º, §§ 1º e 2º e também a garantia de irredutibilidade a que se refere o art. 194, parágrafo único, IV da Constituição, os quais se encontram lastreados no nuclear comando de preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, caput e III) e nos tratados internacionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais dos quais o país é signatário.
> Houvesse real intenção de progressividade na promulgação da EC 86/2015 (com o novo patamar de gasto mínimo em ações e serviços públicos fixado em 15% da receita corrente líquida da União, em atendimento alternativo ao pleito popular do Movimento Saúde +10), não haveria os subpisos de 13,2% em 2016, 13,7% em 2017, 14,1% em 2018 e 14,5% em 2019.
> Retrocesso transitório ainda assim é retrocesso, já que a promessa de crescimento futuro do piso não garante que os subpisos serão superados ao longo das execuções orçamentárias, ainda mais com a regra de incorporação no cômputo do gasto mínimo federal em ações e serviços públicos de Saúde das receitas oriundas da exploração de petróleo e gás. (ADI 5.595 MC/DF, STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31/08/2017)

Como destacado no excerto supracitado, “retrocesso transitório ainda assim é retrocesso”, motivo porque, ainda que a EC 86/2015 previsse uma progressão no regime de aplicação mínima em ASPS pela União, esta progressividade só seria alcançada após decorrido considerável lapso temporal com investimentos aquém dos necessários para a manutenção do SUS e seu sistema de Saúde, o que não foi admitido pela Corte Constitucional brasileira.

Portanto, e diante da decisão liminar proferida pelo STF no bojo da ADI 5.595, que asseverou serem os níveis de aplicação mínima em ASPS, estabelecidos pela EC 86/2015, inconstitucionais por implicarem retrocesso social vedado pela Constituição, é possível concluir que a referida EC 86 não avançou no financiamento da Saúde Pública brasileira e, mais ainda, contribuiria para a perpetuação do estado de subfinanciamento do SUS, o que foi vedado pela Corte Constitucional pátria.

Contudo, embora o STF tenha decidido pela inconstitucionalidade da EC 86/2015 e pela impossibilidade de retrocesso social ventilada na referida Emenda à Constituição, isso não implicou melhora no financiamento do SUS, mas, ao contrário, o quadro de investimentos em ações e serviços públicos de Saúde viria a sofrer novo revés, com a promulgação da Emenda Constitucional 95/2016 e a necessidade de contenção de gastos para diminuição da dívida pública, o que novamente atingiu o orçamento da Saúde, como será demonstrado no próximo tópico deste trabalho.

1.4 A EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 E O CONGELAMENTO DA APLICAÇÃO DE RECURSOS EM SAÚDE

Conforme descrito no tópico anterior, a EC 86/2015 significou retrocesso social (como decidido pelo STF) quanto ao financiamento da Saúde Pública, ao propor um escalonamento para os índices de aplicações mínimas a serem realizadas em ASPS, pelo Governo Federal. Embora, pelo texto permanente constante da CR/1988, os níveis de aplicação mínima tenham sido elevados (15% da RCL do respectivo exercício financeiro), as regras transitórias constantes do ADCT, que valeriam entre 2016 e 2019, importavam em diminuição dos gastos com Saúde Pública pela União (13,2% da RCL em 2016; 13,7% da RCL em 2017; 14,1% da RCL em 2018; 14,5% da RCL em 2019), gerando maior subfinanciamento do SUS e ofensa ao dever de progressividade dos direitos fundamentais sociais.

Sob estes aspectos, dentre outros, é que o STF decidiu, liminarmente, na ADI 5.595 de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgar inconstitucionais os artigos 2º e 3º da EC 86/2015 – o primeiro, relacionado aos níveis mínimos de aplicação em ASPS pela União; o segundo, que permitia ao Governo Federal inscrever como gastos em Saúde as receitas obtidas pela exploração de petróleo e gás natural, o que era vedado pela Lei 12.858/2013, que determinou que estes valores seriam acrescidos aos investimentos em Saúde, e não utilizados como parte da aplicação mínima em ASPS -, para estabelecer que a União deve investir em ações e serviços públicos de Saúde 15% de sua RCL do respectivo exercício financeiro, vedado o escalonamento progressivo descrito pela EC 86/2015.

Embora a decisão liminar proferida pela Corte Constitucional brasileira tenha sido festejada e trazido uma leve brisa de esperança a todos que militam em favor do SUS e dele se utilizam, as “comemorações”[5] decorrentes da inconstitucionalidade da

[5] Fernando Facury Scaff (2017), em artigo publicado na revista eletrônica Consultor Jurídico (Conjur), celebra a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015, sem perder de vista que, quando da declaração de inconstitucionalidade, as normas em questão haviam sido revogadas pela EC 95/2016. Disto, assinala o autor, decorre questão de direito intertemporal que, a seu ver, deve ser resolvida com a recomposição dos valores destinados à Saúde no ano de 2016, até que seja atingido o percentual de 15% da RCL prevista no texto permanente da Constituição; em segundo lugar, o montante a ser aplicado em 2017 não poderia ser inferior à 15% da RCL da União, conforme art. 110, I, do ADCT, inserido pela EC 95, e; em todos esses anos deve ser expurgado do cálculo de aplicação em ASPS o montante de royalties de petróleo, por força da inconstitucionalidade do art. 3º da EC 86. Estes pontos suscitados por Scaff são importantes pois, como se verá adiante neste trabalho, a União agiu de forma diversa do quadro aqui desenhado, aplicando em ASPS valores abaixo do piso constitucional e que estão sendo discutidos judicialmente.

EC 86/2015 duraram pouco ou quase nada, pois, antes mesmo de ter sido proferida a decisão provisória em comento, a EC 86 foi revogada pela EC 95/2016, denominada de 'Novo Regime Fiscal" e que propôs, sucintamente, um teto para as despesas primárias do Governo Federal por um período de 20 anos, ou vinte exercícios financeiros, conforme o texto do art. 106 do ADCT, com a nova redação conferida pela mencionada EC 95/2016.

Desde já, registre-se que a EC 95/2016 prejudicará o financiamento da Saúde Pública brasileira, sem embargo de outros malefícios que trará a outros direitos sociais, como educação, trabalho, etc., além de haver indícios que colocam em dúvida seu objetivo[6] e que geraram inclusive debate acerca de sua constitucionalidade, como doravante se verá. Por enquanto, veja-se o breve contexto histórico que norteou sua elaboração, aprovação e promulgação pelo Congresso Nacional.

1.4.1 Contexto histórico

O contexto de aprovação da EC 95/2016 é marcado por um processo de impeachment, que resultou no impedimento de Dilma Roussef em concluir seu mandato iniciado no ano de 2014, e na ascensão de Michel Temer à presidência da República, em agosto de 2016, na condição de vice-presidente da ex-chefe do Poder Executivo agora impedida de exercer seu mandato presidencial. Também marcam o contexto histórico de aprovação da EC 95 um cenário de crise econômica, de combate à corrupção que identifica uma série de delitos cometidos em detrimento do erário público e um discurso de austeridade fiscal sob o pretexto de retomada do crescimento da economia[7].

Diante deste quadro, o Poder Executivo submeteu ao Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), como medida de ajuste fiscal, chamada de Novo Regime Fiscal (NRF), com o objetivo de estabelecer um teto para as

[6] A respeito da dubiedade que acerca os objetivos da EC 95/2016, verifique-se o documento Austeridade e Retrocesso: impactos sociais da política fiscal no Brasil, 1. ed. – São Paulo: Brasil Debate e Fundação Friedrich Ebert, 2018. Disponível em: http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/DOC-AUSTERIDADE_doc3-_L9.pdf. Acesso em 29 fev. 2020.

[7] Rossi e Dweck (2016, pp. 1-2) observam que o segundo mandato de Dilma Roussef já é marcado por um quadro de austeridade fiscal, quando é adotada a estratégia econômica do candidato derrotado no pleito de 2014 e passa-se a um duro ajuste fiscal e monetário na esperança de que o setor privado retomasse a confiança e voltasse a investir, numa ideia de que a contração fiscal seria expansionista, o que não ocorreu e evidenciou um austericídio por parte do Governo. De toda forma, o ideal de austeridade anunciado pelo Novo Regime Fiscal (PEC 241/2016) não é iniciado com ele, mas durante a recondução de Dilma Roussef.

despesas primárias, a ser atualizado ano a ano apenas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), durante vinte anos (IPEA, 2018, p. 115). Ela tramitou na Câmara dos Deputados como PEC nº 241/2016 e no Senado Federal como PEC nº 55/2016. De antemão, registre-se que referida PEC não contou com apoio da sociedade, haja vista que, de acordo com pesquisa realizada pelo site do Senado Federal[8], 345 mil pessoas votaram contra a proposta, enquanto 23 mil pessoas votaram a favor, o que evidencia, desde já, não se tratar de projeto que prestigia a supremacia da vontade do povo[9].

De toda maneira, e conforme assinala Cynara Monteiro Mariano (2017, p. 267), na mensagem ao texto da PEC 241/2016 consta que sua justificativa residia num déficit público gerado supostamente pelo governo anterior, que teria gastado demais e ensejado a necessidade de um ajuste fiscal a ser realizado através de um corte e uma limitação aos gastos públicos, além de privatizações, para se atingir o chamado superávit primário.

No que se refere à Saúde Pública, a PEC 241/2016, atual EC 95/2016, implicaria (como de fato implica, segundo o texto da EC 95) um congelamento das despesas com ASPS e perda de recursos quanto às aplicações mínimas, colocando em risco a continuidade dos serviços existentes, o que motivou a alteração da proposta inicial ainda na Câmara dos Deputados, através de substitutivo derivado de relatório apresentado pelo deputado Darcísio Perondi, relator da PEC na Câmara, que foi aprovado e propôs que o congelamento da aplicação mínima federal com Saúde partisse de um patamar inicial de 15% da RCL de 2017, e que o congelamento de seu valor real se iniciasse em 2018 (IPEA, 2018, pp. 116-117).

---

[8] Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=127337. Acesso em 1º mar. 2020.

[9] Dalmo de Abreu Dallari (2000, pp. 303-304), analisando a crise do atual Estado Democrático de Direito, acentua que se trata de um ideal possível de ser atingido, desde que, entre seus pressupostos, seja atendida a ideia de supremacia da vontade do povo, pelo qual, deverá prevalecer a vontade do povo sobre a de qualquer indivíduo ou grupo. Diz o autor que "quando um governo, ainda que bem-intencionado e eficiente, faz com que sua vontade se coloque acima de qualquer outra, não existe democracia. Democracia implica autogoverno, e exige que os próprios governados decidam sobre as diretrizes políticas fundamentais do Estado. O argumento de que o povo é incapaz de uma decisão inteligente não pode ser aceito, porque contém o pressuposto de que alguém está decidindo se a orientação preferida pelo povo é boa ou não. Assim sendo, a orientação será considerada boa ou má de acordo com as preferências de quem a estiver julgando. Basta atentar-se para o fato de que, qualquer que seja a decisão popular, sempre haverá grupos altamente intelectualizados e politizados que irão considerá-la acertada, como haverá grupos opostos, também altamente qualificados, que a julgarão errada.".

Desta forma, e com pouco debate com a sociedade na Câmara, a PEC foi rapidamente aprovada em dois turnos nesta Casa, tendo a continuidade de sua discussão no Senado Federal, onde seu trâmite ocorreu também de forma célere, com poucos debates travados junto à população, sendo aprovada em dois turnos de votação e promulgada como Emenda Constitucional 95, de 15 de dezembro de 2016. Entre sua apresentação ao Congresso e aprovação final, transcorreram apenas cinco meses (IPEA, 2018, p. 116).

Foi neste contexto de fervor político e crise econômica que o Novo Regime Fiscal, constitucionalizado pela EC 95/2016, foi inaugurado. O entorno de sua aprovação importa menos a este trabalho (embora não o desconsidere), que não possui a pretensão de discutir aspectos políticos e econômicos à luz da "polarização política" atualmente verificada (mesmo porque, segundo Norberto Bobbio, direita e esquerda podem, excepcionalmente, em momentos de crise, se aproximar)[10]. A discussão que permeará este ponto dessa pesquisa se restringe, estritamente, aos efeitos (principalmente econômicos) que a promulgação da EC 95/2016 trouxe para o financiamento da Saúde Pública e, mais ainda, como a aludida Emenda à Constituição eventualmente desencadeou o descumprimento da aplicação mínima em ASPS pelo Governo Federal, o que será analisado no capítulo 2 doravante apresentado.

[10] Em seu livro Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política, 2. ed. rev. e ampl., tradução Marco Aurélio Nogueira – São Paulo: Ed. UNESP, 2001, Norberto Bobbio procura demonstrar, à luz do contexto histórico que o cerca de eleições parlamentares na Itália, em 1994, que a distinção entre direita e esquerda continua viva e o debate a respeito das diferenças entre os opostos, aceso. Após apresentar autores que se debruçaram sobre o tema e apresentaram, cada um à sua forma, as diferenças entre direita e esquerda, Bobbio apresenta sua distinção sobre os dois polos políticos, baseado no conceito de igualdade: a esquerda privilegia uma igualdade social, que diminui as desigualdades naturais (caráter igualitário, diferente de igualitarismo, que prega igualdade de todos em tudo); a direita prestigia a igualdade legal, de aplicação imparcial da lei, e à igual liberdade, caracterizada por um igualitarismo mínimo. Dentro da diferenciação entre direita e esquerda, Norberto Bobbio ainda distingue a ala moderada e a extremista dos dois opostos, que se diferenciam, tanto na esquerda quanto na direita, por sua postura diante da liberdade. Partindo destes critérios (igualdade e liberdade), o autor identifica um movimento extremista na esquerda, e um movimento extremista na direita (que podem ser caracterizados pelo autoritarismo), assim como constata haver um movimento de centro-esquerda e um movimento de centro-direita (que tem em comum a existência de movimentos libertários). Diante disto, conclui Bobbio (p. 135): "Obviamente, a realidade é bem mais matizada do que este esquema, construído mediante apenas dois critérios. Em minha opinião, porém, estes são dois critérios fundamentais que, combinados, servem para estabelecer um quadro que preserva a contestada distinção entre direita e esquerda, e ao mesmo tempo responde à bem mais difícil objeção de que são considerados de direita e de esquerda doutrinas e movimentos não homogêneos como, à esquerda, comunismo e socialismo democrático, e, à direita, fascismo e conservadorismo. Tal quadro explica, ainda, porque tais movimentos, embora não sendo homogêneos, podem estar, em situações excepcionais de crise, potencialmente aliados.".

1.4.2 Determinação de aplicação (ou congelamento) de recursos mínimos em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS)

Verificado o contexto histórico que deu ensejo à promulgação da EC 95/2016, caracterizado por um entorno político em polvorosa; recessão e crise econômica; poucos debates travados com a sociedade sobre a austeridade fiscal propugnada pela nova Emenda Constitucional, e; celeridade desigual na sua aprovação pelo Congresso Nacional, passa-se à análise de suas implicações para a Saúde Pública e como ela pode ter contribuído, ou não, para um eventual descumprimento do comando constitucional de aplicação mínima em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) pela União.

Com efeito, antes da EC 95/2016 ser aprovada (quando ainda era PEC 241/2016), o IPEA divulgou Nota Técnica nº 28 (2016), apontando quais seriam os impactos da aprovação do Novo Regime Fiscal (NRF) para o financiamento do SUS e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Como descrevem os autores do estudo em apreço, enquanto na CR/1988 as despesas com Saúde receberam tratamento diferenciado, a fim de que fossem protegidas e não ficassem sujeitas às discricionariedades dos diferentes governos, no NRF está prevista a alteração das regras de vinculação de despesas com ASPS, inaugurada pela EC 29/2000 e que garantiram a estabilidade do financiamento do SUS por quinze anos (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, pp. 4-5). Outrossim, descrevem os pesquisadores do IPEA que

> A PEC 241 estabelece teto para as despesas primárias de cada poder, que terá sua base fixada no valor das despesas pagas no exercício de 2016. Em cada exercício seguinte, este teto será corrigido pela inflação (Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA) do respectivo ano anterior, ao longo de vinte anos. Assim, em termos reais, a despesa primária não cresceria, sendo congelada no valor real de 2016 (base fixa), havendo a possibilidade de alteração do mecanismo de correção dos limites para vigorar a partir do décimo exercício de vigência da PEC, por meio de Projeto de Lei por iniciativa do Presidente da República (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 6).

Ou seja, o que se propôs na PEC 241/2016, atual EC 95/2016, é o congelamento da aplicação de recursos em ASPS a partir de 2017 no patamar da aplicação mínima de 2016, de 13,2% (texto provisório da ADCT) ou 15% (texto permanente da CR/1988) da RCL de 2016, com correção monetária pela inflação a cada ano (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 8). Isto implica, inicialmente, numa desvinculação das receitas destinadas à Saúde, que, nos termos da EC 29/2000

estava vinculada à variação nominal do PIB anterior e, segundo a EC 86/2015, à RCL do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%. Pelo texto da EC 95/2016, a aplicação mínima em Saúde não está mais vinculada a patamar algum de aplicação, partindo de uma base fixa de um determinado ano (2016, conforme estudo do IPEA aqui mencionado), apenas corrigido monetariamente. Porém, segundo a referida Nota Técnica do IPEA, o ano utilizado como parâmetro para investimento em ASPS foi marcado por um piso muito baixo, decorrente da queda da RCL, implicando um empenho de verbas em Saúde muito abaixo do valor empenhado no ano anterior (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 8).

Ademais, no período pós EC 29/2000, a vinculação das despesas ao crescimento do PIB garantiu certa estabilização ao financiamento federal do SUS (que, como dito alhures, chegou a necessitar de empréstimo junto ao FAT), mas com as despesas limitadas ao piso constitucional e com elevada inscrição de despesas como restos a pagar (RAPs); registre-se, por oportuno, que quando deduzidos os restos a pagar cancelados ao longo dos respectivos pisos anuais, verifica-se que o mínimo constitucional não foi efetivamente aplicado na maioria dos anos do período de 2002 a 2013. De toda forma, o que se observa é que enquanto a regra da EC 29 protegia o orçamento federal do SUS por meio da correção pela variação nominal do PIB, a regra da EC 95 incorpora apenas a correção pela inflação, desconsiderando a incorporação das taxas de crescimento da economia ao gasto com Saúde e reduzindo a participação do gasto com Saúde no PIB (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, pp. 8-9).

A este respeito, explicam Rossi e Dweck (2016, p. 1) que os gastos federais, menos o pagamento de juros sobre a dívida pública, ficarão limitados a um teto definido pelo montante gasto do ano anterior reajustados pela inflação acumulada, medida pelo IPCA, de modo a implicar um congelamento real das despesas totais do Governo Federal que pressupõe uma redução do gasto público relativamente ao PIB e ao número de habitantes. Ou seja, os gastos públicos não vão acompanhar o crescimento da renda e da população.

Diante deste fato, observam os autores supracitados que cortes do gasto público, como o promovido pela EC 95/2016, induzem à redução do crescimento que provoca novas quedas de arrecadação e exigem novos cortes de gastos, criando um círculo vicioso de austeridade que não contribui para a retomada da economia. Especificamente quanto à Saúde Pública, ensejam um congelamento do gasto federal real mínimo com Saúde no patamar de 2017 (ano utilizado como base fixa de cálculo

da aplicação mínima em ASPS), estabelecendo um piso que na verdade funciona mais como um “piso deslizante”, pois, ao longo do tempo, o que se terá é uma queda do valor mínimo destinado à Saúde em proporção às receitas e ao PIB: embora o texto constitucional estabeleça um percentual de 15% da RCL, na verdade o investimento mínimo em Saúde seria de 12% da RCL em 2026 e 9,4% em 2036 (abaixo do patamar definido constitucionalmente) (ROSSI; DWECK, 2016, p. 2).

Outra também não é conclusão constante do documento “Austeridade e Retrocesso: impactos sociais da política fiscal no Brasil”, produzido pela rede Brasil Debate e Fundação Friedrich Ebert (2018), asseverando que a EC 95/2016 não congela gastos, mas, ao contrário, impõe um teto declinante em termos do PIB e em termos do que se gasta por cidadão (*per capita*). Pelo referido documento, nos próximos vinte anos, considerando uma taxa média de crescimento do PIB de 2,5% ao ano, o gasto primário do governo federal terá que passar de 20% do PIB em 2017 para 16% em 2026 e, não havendo alteração na taxa de crescimento do PIB (2,5%), chegaria a 12% do PIB em 2036. Ou seja, haverá uma desproporcionalidade entre o crescimento do PIB e os gastos governamentais e, por conseguinte, com ações e serviços públicos de Saúde. E explicam o método matemático empreendido pela referida EC 95/2016:

> A aritmética da EC 95 é muito simples: os gastos primários federais crescerão zero enquanto o PIB vai crescer, assim como a população, logo o gasto vai cair em relação ao PIB e vai cair per capita, inviabilizando melhoras nos serviços públicos e diminuindo o impacto redistributivo da política fiscal (BRASIL DEBATE, 2018, p. 25).

Todos os dados e elementos econômicos acima apresentados, produzidos tanto por órgãos ligados ao Governo Federal (IPEA), quanto por órgãos independentes (Rede Brasil Debate) e acadêmicos, têm o intuito de demonstrar que a EC 95/2016 gerou e seguirá gerando um congelamento das despesas públicas com ASPS, além de implicar em perda de receitas destinadas para esta área. Segundo a Nota Técnica 28, produzida pelo IPEA (2016, p. 12), considerando um cenário com taxa de crescimento real de do PIB de 2,0% ao ano, a perda acumulada no período de 2017 a 2036 seria do importe de R$ 654 bilhões, partindo-se de um limite inicial de 13,2% da RCL em 2016 para Saúde, e de R$ 400 bilhões com limite inicial de 15,0% da RCL.

Estes dados foram revisados pelo mesmo IPEA em 2018, em seu Boletim de Políticas Sociais (IPEA, 2018, p. 120), onde, após aprovação do texto da PEC

241/2016 e ulterior promulgação da EC 95/2016, a perda acumulada de recursos para financiamento das ASPS, considerado um cenário de crescimento do PIB de 2,0% ao ano, foi estimada em R$ 415 bilhões em vinte anos, num comparativo com o que seria alocado pelo Governo Federal segundo a regra da EC 86/2015 (15% da RCL do respectivo exercício financeiro), sendo R$ 69 bilhões nos primeiros dez anos (2017 a 2026) e R$ 347 bilhões nos dez anos seguintes (2027 a 2036).

Tanto o estudo publicado em 2016, quanto no Boletim publicado em 2018, a conclusão apresentada pelos pesquisadores do IPEA é a mesma: a regra da EC 95/2016 somente é favorável para a Saúde em cenários de recessão econômica, dado o congelamento da aplicação mínima em termos reais, ou seja, as receitas podem cair, mas há um montante mínimo a ser aplicado; em cenários de crescimento econômico, as perdas podem ser tanto maiores quanto maior for o crescimento do PIB[11] (IPEA, 2018, pp 120-121; VIEIRA, BENEVIDES, 2016, p. 12).

No mesmo sentido, o documento Austeridade e Retrocesso (2018, p. 30) ressalta que com a nova regra de cálculo estabelecida pela EC 95/2016, que desvinculou o piso de investimento em ASPS tanto da variação nominal do PIB (EC 29/2000) e da RCL (EC 86/2015), o valor mínimo aplicado será equivalente ao piso do ano anterior corrigido apenas pela inflação, sem qualquer ganho real e com queda per capita: significa dizer que, os recursos federais alocados para Saúde devem cair de 1,7% do PIB em 2017 para 1,2% do PIB em 2036, indicando redução no investimento federal em Saúde Pública e piorando o cenário de subfinanciamento do SUS.

Esta redução no investimento em ASPS pelo Governo Federal ensejará, ainda, uma redução das transferências do Ministério da Saúde para Estados, Distrito Federal e Municípios, afetando o financiamento das ações de Saúde desenvolvidas pelas esferas subnacionais (BRASIL DEBATE, 2018, p. 30). Desta forma, haverá aumento da pressão pela alocação adicional de recursos estaduais e municipais para o financiamento do SUS, e isso se dá porque a União, mesmo após as transferências intergovernamentais, ainda detém a maior parte dos recursos derivados de tributação e receitas federais, o que tornou a descentralização constitucional da política de

[11] Vieira e Benevides (2016, p. 12), anotam que no cenário utilizado para projeções atuariais do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), constante do anexo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a perda acumulada poderia chegar a R$ 1 trilhão no período de 20 anos, partindo-se do limite mínimo de 13,2% da RCL de 2016, e a R$ 743 bilhões partindo-se do limite de 15,0% da RCL de 2016.

Saúde excessivamente dependente das transferências federais, no caso do SUS, a quase totalidade na modalidade fundo a fundo[12] (FUNCIA, 2019, p. 4.408).

Desta forma, e como observa Cynara Monteiro Mariano (2017, p. 261), o NRF suspende o projeto constituinte de 1988; retira dos governantes futuros a autonomia sobre o orçamento, salvo se houver, no futuro e numa nova gestão, outra Proposta de Emenda à Constituição em sentido contrário, e; retira do cidadão brasileiro o direito de escolher, a cada pleito eleitoral, o programa de governo traduzido no orçamento e, como corolário, a possibilidade de decidir pelas políticas públicas prioritárias para o desenvolvimento econômico.

Estes efeitos da EC 95/2016 nas políticas sociais, em específico na política pública de Saúde, também é identificado por Vieira e Benevides (2016, pp. 14-15) e pelo IPEA (2018, p. 121), ao apontarem outras consequências derivadas do texto constitucional: desobrigação de os governos alocarem mais recursos em Saúde em contextos de crescimento econômico[13]; provável aumento das iniquidades no acesso a bens e serviços públicos de Saúde; possibilidade de aumento da chamada "judicialização da Saúde"; dificuldades para a efetivação do direito à saúde no Brasil; desconsideração das alterações demográficas pela qual o Brasil passa, com envelhecimento da população e maior demanda por serviços de Saúde.

No mesmo diapasão, o documento Austeridade e Retrocesso (BRASIL DEBATE, 2018, p. 31), destaca que, segundo pesquisa da Confederação Nacional da Indústria a proporção de brasileiros que utilizou algum serviço em hospital público cresceu de 51%, em 2011, para 65% em 2018, por conta da crise econômica que se instaurou no país a partir de 2015 e fez com que muitas famílias perdessem seus planos de Saúde empresariais ligados ao emprego ou perdessem a capacidade de

[12] Explica Ricart César Coelho dos Santos (2016, pp. 135-140) que fundo de Saúde pode ser definido "como instrumento de gestão orçamentária e financeira, sem personalidade jurídica, constituído por um conjunto de recursos públicos, reunidos em conta especial, destinados às ações e serviços públicos de Saúde". Sobre a transferência fundo a fundo, definida pelo art. 18 e seu parágrafo único, da LC 141/2012, acrescenta que "o repasse [de recursos públicos] seja realizado diretamente aos fundos de Saúde dos entes subnacionais. Isso aparta tais valores dos demais que são possuídos pelo Estado ou Município, sendo depositados em contas especiais, em que só se encontram recursos que tenham por destinação a área de Saúde, não devendo misturar-se a outros valores do tesouro. O repasse também é realizado fundo a fundo, o que é louvável, pois evita que transite por outras contas do ente para só então chegar à sua verdadeira destinação".

[13] Neste ponto específico, é importante destacar que, segundo as projeções elaboradas por Vieira e Benevides (2016, p. 14), com a desvinculação de receitas para ASPS pela EC 95/2016, os governos estarão desobrigados a alocarem mais recursos no SUS em contextos de crescimento econômico, onde, num cenário de retomada do crescimento do PIB a 2,0% ao ano, o Governo Federal não estaria obrigado a alocar R$ 654 bilhões no SUS, deixando de financiar ações e serviços públicos de Saúde.

pagar planos individuais, evidenciando que, a continuar o cenário de crise econômica e demora na retomada do crescimento, a demanda por serviços públicos de Saúde aumentará, a despeito da diminuição do investimento público (e federal, indiscutivelmente) em ações e serviços públicos de Saúde.

Por todos os prismas até aqui apresentados, observa-se, portanto, que a EC 95/2016 não apenas estabeleceu um congelamento do investimento federal em ASPS, como também implicará numa redução dos valores investidos em Saúde Pública, na medida em que definiu um teto de gastos que não acompanhará o crescimento da renda e da população, causando um efeito negativo nos valores destinados à Saúde.

Diante deste quadro, há autores que identificaram que o NRF se desvencilhou do projeto social originariamente concebido na CR/1998 (MARIANO, 2017). Outros, como Élida Graziane Pinto e Salomão Barros Ximenes (2018, pp. 980-1.003) vão além, destacando que a EC 95/2016 inaugurou um "estado de sítio fiscal", na medida em que afastou por quase duas décadas a relação de proporcionalidade até então existente entre arrecadação e destinação obrigatória aos direitos sociais à educação e à Saúde. E destacam que o art. 110, ADCT, inserido pela EC 95/2016

> [...] derrogou – a pretexto de solução transitória e excepcional – de 2018 a 2036 as garantias constitucionais de financiamento mínimo da União à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) e às Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) (PINTO; XIMENES, 2018, p. 992).

Segundo estes autores, ainda, o gasto mínimo em Saúde tomará como base de cálculo o valor de R$ 109,1 bilhões que foram aplicados em ASPS no ano de 2017; por outro lado, embora a norma do art. 198, §2º, I, da CR/1988 não tenha sido alterada ou revogada expressamente, permanecendo em vigor, o que a EC 95/2016 fez foi "tirar" os efeitos jurídicos e a eficácia desta regra até 2036, de maneira que, ao longo do tempo, há tendência de que a falta de crescimento real no piso de custeio da Saúde implique num percentual de aplicação anual muito inferior ao definido constitucionalmente. Ou seja, a estagnação, em valores reais, da despesa primária global da União e do gasto mínimo em Saúde contida no teto fixado pela EC 95 será tão mais destacada quanto maior for a expansão da arrecadação (PINTO; XIMENES, 2018, p. 994). Daí Fernando Facury Scaff (2016, meio digital) propunha também a criação de um teto para a arrecadação, pois, sua ausência implicará em deixar nas mãos do Poder Executivo um dinheiro solto, vago, sem vinculação, eis que os

principais gastos públicos estarão limitados pelos demais artigos da PEC 241/2016, atual EC 95/2016.

Destarte e, devido segundo Pinto e Ximenes (2018, p. 995), as proposições da EC 95/2016 caracterizarem uma “suspensão” às garantias de financiamento dos direitos econômicos, sociais e culturais, pela União, é que os autores definem que a referida Emenda à Constituição caracteriza um “estado de sítio fiscal”, similar ao estado de sítio previsto pelos arts. 137 a 139 da CR/1988, quando garantias constitucionais podem ser suspensas.

Registre-se, por oportuno, que a EC 95/2016 tem sua constitucionalidade desafiada no âmbito do STF, por força da ADI 5.658, cuja relatora é a Ministra Rosa Weber e encontra-se atualmente pendente de julgamento. A constitucionalidade da Emenda à Constituição em apreço é apontada por diversos autores, como Élida Graziane Pinto e Salomão Barros Ximenes, Fábio Konder Comparato, Ingo Wolfgang Sarlet, entre outros. Destaque-se artigo subscrito por Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior (2016), consultor legislativo do Senado Federal, que, No Boletim Legislativo nº 53, descreveu minuciosamente as inconstitucionalidades do Novo Regime Fiscal, seja porque viola o princípio da separação de poderes; viola o princípio da segurança jurídica; viola o princípio da razoabilidade; viola o direito ao voto direto, secreto e universal, e; viola o princípio da vedação ao retrocesso social, realçando que

> [...]
> Como se percebe, resta demonstrado que a PEC nº 55, de 2016, sob a ótica da Saúde Pública, é totalmente desproporcional, porquanto é inadequada, desnecessária e ignora as alternativas que efetivamente equacionariam o problema da gestão eficiente dos recursos no âmbito do SUS, além de gerar ônus demasiados a serem suportados pela população mais pobre do país.
> Estando presentes todos os elementos exigidos pela doutrina constitucional, não há como afastar, também sob a ótica da Saúde, o juízo de inconstitucionalidade por violação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade previsto no inciso LIV do art. 5º da CF, direito fundamental e cláusula imodificável de nossa Constituição (VIEIRA JUNIOR, 2016, p. 39).

Portanto, e sob os espectros delineados nestas linhas, parece induvidoso que a EC 95/2016 congelou os gastos mínimos da União em ações e serviços públicos de Saúde; que o teto por ela estabelecido não apenas congela, mas também gera um decréscimo de valores a serem aplicados em ASPS, devido não implicar aumentos reais das despesas primárias do Governo Federal, entre elas a Saúde; cria um “estado de sítio fiscal”, pois suspende, na prática, os efeitos do art. 198, §2º, I, da CR/1988,

com a redação dada pela EC 86/2015 (15% da RCL do respectivo exercício financeiro), e; sua inconstitucionalidade, dentre outros aspectos, é palpável, devido gerar retrocesso social e ofender direitos fundamentais sociais, de acordo com o catálogo destes direitos definidos pelo art. 6º da Constituição.

Por tudo isto e, com as devidas escusas, é que se transcreve excerto de texto produzido por Fernando Facury Scaff, para o site Consultor Jurídico, que definiu com maestria o ataque à Saúde Pública perpetrado pela EC 95/2016 e a necessidade de ela ser declarada inconstitucional:

> [...]
> Um aspecto pouco destacado quando se analisa essa matéria [direito financeiro] diz respeito à função de ***nivelamento socioeconômico*.** É quase certo que você, leitor destas linhas, não se utiliza do sistema público para cuidar da Saúde de sua família nem do sistema público de educação básica e fundamental para seus filhos. Porém, grande parte da população brasileira ***depende*** do Sistema Único de Saúde (SUS) e das escolas municipais e estaduais para dar alguma educação para suas crianças. Se esse grupo de pessoas não tiver acesso a tais direitos sociais, como ascenderão na sociedade? Como conseguirão subsistir com um mínimo de dignidade?
> Trabalha comigo uma pessoa que, dias atrás, me contou de forma espontânea que, quando criança, perambulava com sua mãe e irmãos pelas ruas e abrigos do Recife e, para sobreviver naquela época, carregava compras nas feiras para "ganhar algum". Estudou em escola pública, mas só conseguiu chegar ao "ginasial", pois tinha que trabalhar. Sua mãe era analfabeta, e ele sabe ler e escrever. Hoje, dois de seus três filhos são "formados" e trabalham em profissões de nível superior. Se formos olhar sob o aspecto intergeracional, houve uma enorme ascensão social familiar à custa de ensino público e amparado por Saúde Pública. Pois é dessas *pessoas concretas* que estou falando, e não de pessoas ideais, fora do espaço e tempo existentes e vividos. ***Nivelamento social diz respeito a isso: permitir que as pessoas consigam ter dignidade, e dá-la à sua família — necessidade que é potencializada em uma sociedade absurdamente desigual.*** Não se espere que o ***mercado*** faça isso por essas pessoas; *é papel do Estado permitir que pessoas em tal situação consigam ultrapassar a linha de pobreza para "dar um salto" rumo ao mercado.* ***"Gente é pra brilhar e não pra morrer de fome",*** já disse o poeta (SCAFF, 2017, meio digital) (grifos nossos).

Estabelecer um teto de gastos, como o definido pela EC 95/2016, em detrimento da Saúde de milhões de cidadãos, sob o argumento de ser necessário reduzir déficit fiscal, não traduz o melhor mecanismo para resolução de problemas econômicos e retomada do crescimento do país, pois, até mesmo economistas do Fundo Monetário Internacional (FMI) revisaram suas recomendações para os países em crise sobre políticas de austeridade fiscal: admitiram que tais políticas não só têm custos para o bem-estar social, impactando no aumento das desigualdades sociais,

como também podem aumentar o desemprego, prolongando e agravando as crises (PAIVA *et al.,* 2016, p. 27; ROSSI; DWECK, 2016, p. 1). Afinal, como descrito acima, “gente é pra brilhar e não pra morrer de fome”; menos ainda morrer por ausência de investimentos em Saúde Pública, que é direito de todos e dever do Estado (art. 196, CR/1988).

2 DESCUMPRIMENTO DO INVESTIMENTO MÍNIMO CONSTITUCIONAL EM SAÚDE PELA UNIÃO E A FISCALIZAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE

Verificado o desenvolvimento dos regimes jurídicos de aplicação e vinculação de recursos mínimos em Saúde após a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), com suas alterações ocorridas ao longo dos anos e o atual estágio de “congelamento” de investimentos na área da Saúde Pública, por força da Emenda Constitucional 95/2016, neste capítulo serão estudados os Relatórios Anuais de Gestão (RAG), do Ministério da Saúde (MS), correspondentes aos anos de 2014 a 2017, e as Análises destes respectivos relatórios realizada pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), dentro de sua competência institucional.

Outrossim, serão apresentados e estudados os fundamentos legais do dever do Poder Executivo de prestar contas de seus orçamentos (item 2.1); a seguir, será analisada a fiscalização social perpetrada pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), a partir de sua regulamentação constitucional e legal como órgão de participação e fiscalização popular na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), oportunidade em que será abordada sua competência, atribuições legais e deveres fiscalizatórios (item 2.2); posteriormente, as atenções se voltarão para o estudo dos Relatórios Anuais de Gestão (RAG), do Ministério da Saúde, dos anos de 2014 a 2016, e a Análise destes relatórios pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), com sua decisão de reprovar as contas do referido Ministério do ano de 2016 (item 2.3); por fim, serão estudados e avaliados os efeitos da reprovação das contas do Ministério da Saúde pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), analisando seus desdobramentos e responsabilização do agente público infrator (item 2.4).

Com isso – apresentação e análise dos dados obtidos ao longo da presente pesquisa –, pretende-se responder parte da pergunta que deu origem a este trabalho, qual seja: a União aplicou o percentual mínimo de investimento em ações e serviços públicos de Saúde nos moldes prescritos pelo art. 198, §2º da Constituição Federal?

Os dados coletados apontam, inicialmente, para uma resposta negativa, a qual se pretende confirmar ao longo deste capítulo, demonstrando que o comando constitucional não foi efetivamente cumprido pela União, caracterizando omissão inconstitucional que será oportunamente estudada neste trabalho.

2.1 O DEVER DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL

A República, segundo a classificação de Aristóteles (1998, p. 106), é forma de governo onde a multidão governa para a utilidade pública e que se pode degenerar, tornando-se uma democracia cuja forma de governo é voltada, segundo o filósofo ateniense, à utilidade dos pobres. Sua visão "pessimista" a respeito da democracia seria compartilhada, posteriormente, por Jean-Jacques Rousseau, menos sob o prisma patrimonial e intelectual que diferencia os homens, como aponta Aristóteles, mas, mais quanto a impossibilidade de que a maioria governe sobre a minoria por atentar contra a ordem natural das coisas (1996, p. 83). Daí o pensador iluminista concluir que nunca existiu, nem jamais existirá, verdadeira democracia, pois esta caberia somente a um povo de deuses: "um governo tão perfeito não convém aos homens" (1996, p. 84).

Embora a ideia de república e, posteriormente, democracia (cujos sentidos se aproximam ao indicarem a possibilidade de participação do povo no governo) (DALLARI, 2000, pp. 227, 228) tenha surgido algo negativa, o fato é que o ideal republicano e democrático se consolidou ao longo do tempo pois, como observa Dallari (2000, p. 228), o desenvolvimento da ideia republicana se deu através das lutas contra a monarquia absolutista e pela afirmação da soberania popular desde o século XVIII, quando líderes e teóricos pregavam a abolição da monarquia, por a considerarem um mal em si mesma. Arremata o referido autor que:

> Ao mesmo tempo em que se apontavam os males da monarquia, aumentava a exigência de participação do povo no governo, surgindo a república, mais do que como forma de governo, como o símbolo de todas as reivindicações populares. A república era expressão democrática de governo, era a limitação do poder dos governantes e era a atribuição de responsabilidade política, podendo, assim, assegurar a liberdade individual. E a implantação do governo republicano na América com a comprovação de suas vantagens, sobretudo com a demonstração de que a possibilidade de substituir os governantes periodicamente aproximava o povo do governo, estimulou os anseios republicanos de outros povos. (DALLARI, 2000, p. 228).

Esse anseio de participação popular nos governos, somado ao desejo de libertação da monarquia absolutista, contribuiu para a consolidação da república e da democracia nos séculos seguintes e, por conseguinte, a participação popular nessa espécie de governo. Em que pese existirem - e terem existido - regimes absolutistas,

a realidade atual aponta para a referida consolidação da democracia como principal forma de governo[14].

Avançando na ideia de democracia e aproximando-a dos dias atuais, merece destaque o conceito de democracia apontado por Abrucio e Loureiro (2004, p. 81)[15], para quem a democracia pode ser sinteticamente entendida pela busca de três ideais, tomados como princípios orientadores. Primeiro: o governo deve emanar da vontade popular, que se torna a principal fonte da soberania; segundo: os governantes devem prestar contas ao povo, responsabilizando-se perante ele pelos atos ou omissões cometidas no exercício do poder, e; terceiro: o Estado deve ser regido por regras que delimitem seu campo de atuação em prol da defesa de direitos básicos dos cidadãos, tanto individuais quanto coletivos.

Considerando, então, a ideia de superação da monarquia e regimes absolutistas, e forte no sentido de que os governantes devem prestar contas ao povo, o Brasil, após a superação de um regime de exceção[16] que durou cerca de 20 (vinte)

---

[14] Embora afirme-se que a democracia se consolidou como principal forma de governo dentro de um contexto histórico, a existência de regimes autoritários ainda é perceptível e mensurável, como aponta o relatório *Democracy Index 2018*, elaborado pela revista The Economist. De acordo com o referido relatório, que analisou os tipos de regimes de governo de 167 países, foi verificado que 20 dos países cobertos pela pesquisa dispõem de plena democracia (12,0% dos países pesquisados); 55 destes países apresentam democracias com falhas (32,9% de países); 39 países contam com um regime híbrido de governo (23,4% de países), enquanto 53 países vivem sob regime autoritário 31,7% de países) (Democracy Index 2018, p. 2). Isso demonstra que, embora a democracia esteja presente na maioria dos países pesquisados – confirmando a afirmação de que a democracia foi consolidada como principal forma de governo -, a existência de regimes autoritários de governo ainda é constante e elevada, criando tensões com países democráticos. A isso, soma-se uma "terceira onda de autocratização", verificada pelo V-Dem Institute, da Universidade de Gotemburgo/Suécia, que coloca em risco regimes democráticos como os do Brasil, Índia e Estados Unidos da América (EUA), e de países do Leste Europeu, como Bulgária, Hungria, Polônia e Sérvia. Para maiores informações sobre regimes de governo, v. THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy.* Disponível em: http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy_Index_2018.pdf&mode=wp&campaignid=Democracy2018 Acesso em 05 out. 2019, p. 2. Sobre a denominada "terceira onda de autocratização" e democracia, v. V-DEM INSTITUTE. *Democracy facing global challenges: V-Dem Annual Democracy Report 2019.* Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/99/de/99dedd73-f8bc-484c-8b91-44ba601b6e6b/v-dem_democracy_report_2019.pdf Acesso em 29 mai 2019, p. 5.

[15] Fernando Luiz Abrucio e Maria Rita Loureiro trazem, em seu estudo, a ideia de *accountability* democrática ou responsabilização política, definida como a construção de mecanismos institucionais por meio dos quais os governantes são constrangidos a responder, initerruptamente, por seus atos ou omissões perante os governados. Finanças públicas, Democracia e *Accountability. In:* BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo. Economia do setor público no Brasil. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 79.

[16] Neste sentido, e usando a expressão "regime de exceção de fato", v. Gomes e Matos (2017, p. 1.775), O estado de exceção no Brasil republicano, **Revista Direito & Práxis,** Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 3, p. 1760-1787. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-1760.pdf Acesso em 05 out. 2019. Ainda sobre o período ditatorial vivido no Brasil, v. ARNS, Paulo Evaristo, Brasil nunca mais. - Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1989, registrando que "quando, em abril de 1964, os militares derrubaram o presidente João Goulart e ocuparam o poder, na verdade estavam dando sequência a uma longa tradição intervencionista que remonta aos séculos anteriores de nossa história" (p. 53).

anos, em 05 de outubro de 1988 promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil, que devolveu o país à condição de república democrática e atendia aos anseios da população de participar do processo político, que foram represados nas duas décadas anteriores (BARROSO, 2001, p. 42).

De fato, a renovada Constituição Republicana de 1988 (CR/88), além de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os individuais e de cidadania, também constitucionalizou importantes garantias, como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo (BARROSO, 2001, pp. 42,43). Da mesma maneira, consolidou a participação popular no processo político[17], seja mediante a possibilidade de utilização de mecanismos processuais de anulação de atos que lesem o Estado e o patrimônio público (como, *ex. gr.,* a ação popular, prevista no capítulo dos Direitos Individuais e Coletivos – art. 5º, LXXIII, CR/88); seja através da

[17] Carlos Ayres Britto (1992, pp. 114-122) faz diferença entre controle social do poder e participação popular, entendendo que a ação popular não seria uma forma de participação do povo a externar seu poder político (direito objetivo), mas apenas mecanismo de controle social derivado de um direito público subjetivo que exige do Estado acatar a conduta privada que se quer respeitada pelo Poder Público. Para o supracitado autor, controle social do poder não é forma de exercício do poder político, pois este só se manifesta quando o agente privado participa do processo de elaboração política, gerando inovação legislativa. "É igual a dizer: com a pessoa privada influindo constitutivamente na formação da vontade normativa do Estado, que assim é que se desempenha o poder político". Outrossim, entende haver poder político nas hipóteses de voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular (poder político máximo, segundo o autor). E arremata: "Por consequência, não há confundir a participação popular com o controle social, pois o fim de quem efetivamente participa não é atuar um comando constitucional que força o Estado a olhar para trás. [...] O objetivo colimado não é fazer 'oposição' ao governo – convenhamos -, mas 'negociar' com ele a produção de uma nova regra jurídica pública. Aqui, uma emanação da soberania popular e, destarte, poder. Ali, uma emanação da cidadania, ou da liberdade, e, portanto, direito". Este entendimento não parece se coadunar com o caráter democrático da Constituição da República de 1988, pois, embora se trate de direito subjetivo de ação, a ação popular é remédio processual pelo qual o cidadão participa da alta missão política de fiscalizar a gestão dos negócios públicos (SILVA, 1968 apud JUCÁ, 2003, p. 75-81) e que permite ao cidadão participar diretamente do governo, estando em consonância com o parágrafo único do art. 1º, da CR/88 e permitindo à população exercer o poder político de forma direta (JUCÁ, 2003, p. 75-81). Da mesma maneira, Teori Albino Zavascki (2008, p. 88) destaca que a ação popular, com o poder que dela decorre para controlar atos da Administração Pública, conferiu aos membros da comunidade um meio de participação na vida política e marco de afirmação dos direitos de cidadania, além de direito político fundamental da mesma natureza de outros direitos políticos previstos na CR/88, como, entre outros, participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos e apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (arts. 14, caput e 61, §2º, CR/88). Esta comparação entre a ação popular e os direitos políticos decorrentes da soberania popular evidencia o caráter descrito nesta pesquisa de que a ação prevista pelo art. 5º, LXXIII, da CR/88 é forma de participação popular no processo político. Mesmo porque, a ideia de que esta ação prestaria a fazer com que o Estado "olhe para trás" (BRITTO, 1992, p. 120) para rever seus atos e repará-los não acompanha a moderna doutrina processual, segundo a qual a busca de se evitar a prática de um ato ilícito a ser praticado pelo agente público, atentatório aos valores protegidos pela ação popular, é inegável a viabilidade de uma ação coletiva preventiva, por meio da qual se busque a obtenção de tutela inibitória (NEVES, 2013, meio digital). Por fim, e consagrando a ação popular como forma de participação do povo no processo político, veja-se RE 206.889, rel. min. Carlos Velloso, observando que "fixando vereadores sua própria remuneração, vale dizer, fixando remuneração para viger na própria legislatura, pratica ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. CF, art. 5º, LXXIII". (BRASIL, 1997).

fiscalização do uso dos dinheiros públicos, a ser realizado pelo Congresso Nacional (art. 70, CR/88), em cuja composição está a Câmara dos Deputados onde se assentam os representantes do povo eleitos pelo sistema proporcional (art. 45, CR/88). Quer dizer, o povo fiscaliza escolhendo governantes aptos a exercer a fiscalização das contas públicas interessados em realizarem administração voltada ao interesse da sociedade, em favor da população[18]. Outrossim, a Carta Magna de 1988 garantiu à população efetiva participação popular, seja pela escolha de seus representantes através do sufrágio universal (que exercerão a fiscalização das contas públicas, nos termos dos arts. 49 e 70, CR/88), seja participando ativamente da prestação de contas do uso do dinheiro público[19].

Destas assertivas iniciais, então, é possível verificar que o regime democrático (redemocratização, no caso brasileiro) dá origem a um direito e uma obrigação que correspondem aos dois lados de uma mesma moeda: de um lado, nasce o direito de fiscalização das contas públicas pela população (direito); de outro lado, surge a obrigação para o administrador público de prestar contas (dever) à sociedade do uso dos dinheiros públicos. Esta pesquisa se deterá nestes pontos no presente tópico: o dever de prestação de contas, pelo Poder Executivo, e o direito de fiscalização das contas públicas, pela sociedade.

---

[18] A respeito da fiscalização exercida através do processo eleitoral e outros mecanismos democráticos, vejam-se as observações de Abrucio e Loureiro, inserindo o conceito de *accountability* na democracia: "A esses ideais democráticos correspondem as formas que no mundo contemporâneo, em especial a partir da segunda metade do século XX, visam garantir a *accountability,* ou seja, a responsabilização política ininterrupta do Poder Público em relação à sociedade. A primeira delas é o *processo eleitoral,* garantidor da soberania popular. A segunda é o *controle institucional durante os mandatos,* que fornece os mecanismos de fiscalização contínua dos representantes eleitos e da alta burocracia com responsabilidade decisória. Por fim, a terceira forma de *accountability* democrática relaciona-se à criação de *regras estatais intertemporais,* pelas quais o poder governamental é limitado em seu escopo de atuação, a fim de garantir os direitos dos indivíduos e da coletividade que não podem simplesmente ser alterados pelo governo de ocasião. Essas três formas de *accountability* existem, com maior ou menor grau de sucesso, em todos os países democráticos". Finanças públicas, Democracia e *Accountability. In:* BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo. Economia do setor público no Brasil. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 81. Outrossim, o processo eleitoral é mecanismo de fiscalização, observado que dentro do intervalo previsto em lei, a fiscalização popular poderá reconduzir o governante (em tendo exercido um bom mandato), ou poderá não elegê-lo (entendendo que não realizou seu mister a contento). Contudo, o processo eleitoral também poderá ser visto como mecanismo de fiscalização das contas públicas, na medida em que o governante eleito, na condição de representante do povo, o representa também para fins fiscalizatórios, donde se afirma que o povo fiscaliza as contas públicas pelo exercício do seu direito ao voto (escolhendo governantes aptos a exercerem efetiva fiscalização voltada ao interesse público).

[19] Nesse sentido, observa Kiyoshi Harada (2016, meio digital), que, "assim como cabe, no âmbito municipal, à população participar por meio de debates e audiências públicas na discussão de aprovação de projetos do plano plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual, cabe aos membros da sociedade acompanhar a execução orçamentária denunciando as eventuais irregularidades constatadas ao Tribunal de Contas competente".

A respeito do dever de prestação de contas pelo Poder Executivo, prescreve o art. 84, inciso XXIV, da Constituição da República de 1988, competir privativamente ao Presidente da República prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior. Ainda dentro do dever de prestação de contas pelo Poder Executivo, cabe destacar ser dever dos Ministros de Estado apresentarem ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério (art. 87, III, CR/88).

Este dever de prestação de contas tem total relação com o princípio democrático[20], de informação dos atos administrativos para ciência e formação da opinião popular a respeito da arrecadação e gastos do erário público. A desinformação a respeito das contas públicas e uso dos dinheiros públicos prejudica a formação de opinião pela população e descumpre o princípio democrático, de participação popular. Daí a transparência ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII, CR/88) e o princípio democrático (LIMBERGER, 2007, pp. 260, 262).

A importância do dever de prestar contas já era destacada há muito tempo, como se verifica de parecer emitido pelo Ministro Brochado da Rocha (1955, pp. 302-309), observando que:

> Bem pouco valeria ser orçada a receita e fixada a despesa, se da cobrança do impôsto e do emprêgo do seu produto não fôssem prestadas contas ao parlamento. O govêrno não teria peias no gastar, e abusos em matéria que tão grandemente interesse aos cidadãos fraudariam facilmente as leis orçamentárias. [...] E não só é a prestação e tomada de contas uma indeclinável exigência do sistema político, quanto é condição essencial da regularidade do serviço financeiro. Não pode haver administração que mereça êste nome sem contas tomadas com brevidade, periódica e regularmente. Não pode haver orçamento que mereça êste nome sem contas. (BARBALHO, 1902, p. 105 apud ROCHA, 1955, p. 304).

[20] A respeito do princípio democrático, anota José Joaquim Gomes Canotilho (7. ed., s/d, pp. 288, 290): "O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um método ou técnica de os governantes escolherem os governados, pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade. [...] O princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio mas implica uma forma de organização desse domínio. Daí o caracterizar-se o princípio democrático como princípio de organização da titularidade e exercício do poder. Como não existe uma identidade entre governantes e governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentantes é o princípio democrático que permite organizar o domínio político segundo o programa de autodeterminação e autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo.".

E conclui o supracitado autor que a Constituição Federal, ao enumerar os princípios constitucionais da União, inclui entre eles a forma republicana representativa e a prestação de contas da Administração (art. 7º, VI, *a* e *f*); e o faz de maneira pleonástica, pois a prestação de contas é requisito implícito na forma republicana de governo (LEME, 1926, p. 59 apud ROCHA, 1955, p. 304).

Atualmente, a Constituição da República de 1988 elevou a prestação de contas a princípio constitucional explícito, sendo de competência privativa e indelegável do Presidente da República o exercício desta função, nos termos do texto constitucional sob análise (art. 84, XXIV, CR/88). Ou seja, como Chefe da Administração Pública federal, o Presidente da República exerce funções de natureza administrativa (CF, art. 84, II, VI, XVI – segunda parte, XXIV e XXV) (NOVELINO, 2016, p. 647). Esta prestação de contas anual e julgamento dentro do mesmo período, pelo Poder Legislativo, bem como a anualidade orçamentária, refletem o caráter limitado e temporário do mandato governamental, que é fruto da forma republicana adotada pela Constituição Federal de 1988 e inafastável pelo constituinte derivado, pois inscrita como cláusula imutável, pétrea (PEDERIVA, 1998, p. 31).

Desta maneira, a prestação de contas pelo Poder Executivo (que adere à personalidade Presidente da República) se constitui em dever a ser observado pelo chefe do Executivo. O fato da Carta Magna de 1988 focar no Presidente da República o dever de prestar contas pode ser creditado à relevância que o Poder Executivo assume, no que se refere ao volume dos recursos destinados à prestação e ao fornecimento de bens[21], serviços e produtos que mais interessam à satisfação das necessidades públicas e à garantia das condições e infraestrutura fundamentais ao desenvolvimento do país, justificando a preocupação do constituinte em destacar a obrigação de prestar contas do Presidente da República (PONTES, PEDERIVA, 2004, p. 10).

O descumprimento deste dever de prestação de contas pelo chefe do Poder Executivo pode ensejar a responsabilização jurídica e política cabíveis. Por certo, em

[21] Os autores apontam que nos anos de 2003 e 2004 os valores disponíveis ao Poder Executivo para execução e dotação inicial das Leis Orçamentárias de 2003 e 2004 eram, respectivamente, da ordem de 251 trilhões e 288 trilhões de reais. Para análise mais aprofundada destes dados, veja-se PONTES, João Batista e PEDERIVA, João Henrique. Contas prestadas pelo Presidente da República: apreciação do Congresso Nacional. Textos para Discussão 14, Brasília, agosto/2004. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-14-contas-prestadas-pelo-presidente-da-republica-apreciacao-do-congresso-nacional Acesso em 30 out. 2019.

sendo verificado o descumprimento do dever constitucional de prestação de contas, nasce a possibilidade jurídica de exigência destas contas, como se verá adiante. Porém, quando se fala em sanção política, menos se quer dizer sobre processo de *impeachment* derivado da ausência de prestação de contas ou malversação dos dinheiros públicos. Mais que isto, nos dias atuais, os ideais democráticos, em especial a partir da segunda metade do século XX, visam garantir a *accountability,* ou seja, a responsabilização política ininterrupta do Poder Público em relação à sociedade, e o primeiro mecanismo de responsabilização política é o processo eleitoral, garantidor da soberania popular. Por meio das eleições, o objetivo é concretizar, concomitantemente, o princípio de soberania popular e o controle dos governantes, pois os eleitos precisam, de tempos em tempos, prestar contas de seus atos aos cidadãos. (ABRUCIO, LOUREIRO, 2004, pp. 81 e 83). Daí Luís Roberto Barroso (2001, p. 88) observar que a sanção política se manifesta na não recondução de um governante ou parlamentar.

Outrossim, o dever de prestação de contas pelo Poder Executivo, corporificado no Presidente da República, além de estar expressamente previsto na Constituição da República de 1988 (art. 84, XXIV), deriva também do próprio regime democrático adotado pelo Estado brasileiro de prestigiar a participação popular na forma de governo e como fiscal da consecução dos objetivos perseguidos pelo ente estatal. Como já descrito anteriormente, o descumprimento deste dever desencadeia repercussões jurídicas e políticas, sendo certo que a não recondução de um governante configura verdadeira sanção política pela não observância desta e de outras obrigações. Embora o processo eleitoral, somente, não seja suficiente para salvaguardar o interesse público, ele encerra em si o caráter de responsabilização, *accountability,* do mau governante, de maneira que

> [...] a *accountability* começou a ser entendida como questão de democracia. Quanto mais avançado o estágio democrático, maior o interesse pela *accountability.* E a *accountability* governamental tende a acompanhar o avanço de valores democráticos, tais como igualdade, dignidade humana, participação, representatividade.
> [...]
> O desenvolvimento da consciência popular é a primeira pré-condição para uma democracia verdadeiramente participativa e, portanto, para a *accountability* do serviço público.
> À medida que a democracia vai amadurecendo, o cidadão, individualmente, passa do papel de consumidor de serviços públicos e objeto de decisões públicas a um papel ativo de sujeito. A mudança do papel passivo para o de ativo guardião de seus direitos individuais constitui um dramático avanço pessoa, mas, para alcançar resultados,

> há outro pré-requisito: o sentimento de comunidade. Em outras palavras, é a emergência e o desenvolvimento de instituições na sociedade que favorecem a recuperação da cidadania e, portanto, a verdadeira vida democrática. A cidadania organizada pode influenciar não apenas o processo de identificação de necessidades e canalização de demandas, como também cobrar melhor desempenho do serviço público. Este parece ser o caminho para a *accountability.* (CAMPOS, 1990, pp. 33 e 35).

Essa consciência política, esse sentimento de participação do processo político como um todo, inclusive como fiscal do uso do erário público, é que contribuirá (ainda que não somente) para a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República, cabendo a todo cidadão deixar de ser ator passivo do processo político, para ser um agente ativo, que se manifesta não apenas no período eleitoral exercendo seu direito de voto, mas também que fiscaliza as contas públicas, que se conscientiza que o chefe do Poder Executivo (federal, estadual e municipal) tem o dever de prestar contas e o cidadão tem o direito de exigi-las, como se verá a seguir.

Como dito alhures, a adoção do regime democrático pelo Estado brasileiro trouxe consigo o ideal de participação popular no processo político de tomada de decisões, exigindo então dos governantes a publicidade de seus atos (em respeito ao princípio democrático) e permitindo à população fiscalizar os atos perpetrados por seus governantes eleitos. Daí ter-se dito que, por um lado, há o dever do administrador público de prestar contas de sua administração e, de outro lado, existir o direito de o cidadão exigir a tomada de contas para verificação do destino dado ao fruto da arrecadação realizada pelo Estado.

Dentre as formas de participação popular na fiscalização do orçamento e uso dos dinheiros públicos, merece destaque o denominado Orçamento Participativo, que se traduz em forma de democracia direta (LYRA, 1998, p. 15) e teve experiências bem-sucedidas no Brasil, chegando-se a espalhar mundo afora.

Com efeito, se por um lado a Carta Política de 1988 cuida da organização dos Poderes da República e dos direitos e deveres que cada um deles possui (inclusive estabelecendo um sistema de freios e contrapesos)[22], por outro lado ela traz em si

[22] O sistema de freios e contrapesos deriva do “controle político, que é aquele que tem por base a necessidade de equilíbrio entre os Poderes estruturais da República – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Nesse controle, cujo delineamento se encontra na Constituição, pontifica o sistema de freios e contrapesos, nele se estabelecendo normas que inibem o crescimento de qualquer um deles em detrimento do outro e que permitem a compensação de eventuais pontos de debilidade de um para não deixá-lo sucumbir à força de outro. São realmente freios e contrapesos dos Poderes políticos.”

aquilo que Ricardo Lobo Torres (2000, p. 1) define como Constituição Orçamentária, que é um dos subsistemas da Constituição Financeira, ao lado da Constituição Tributária e da Monetária, sendo uma das Subconstituições que compõem o quadro maior da Constituição do Estado de Direito.

Ainda a respeito da Constituição orçamentária, observa o autor em referência que uma das características principais do constitucionalismo atual é a sua abertura para a participação social e para o pluralismo de interesses. Sob a influência do princípio da subsidiariedade, o orçamento se abre para a participação social durante a sua elaboração, execução e controle, além de se deixar tocar pelas demandas em torno dos direitos difusos promovidas por órgãos societais, em movimento que começa a ganhar corpo nos últimos anos (TORRES, 2000, p. 9).

Outrossim, o constituinte de 1988 se preocupou em permitir que a população participe da gestão da *res publica,* tendo em vista o ideal democrático que dirigiu a elaboração do novo texto constitucional em vigor. Buscou-se, desta maneira, o controle democrático para impedir abusos e desmandos que ocorrem (OLIVEIRA, 2013, p. 388). Embora já se tenha dito que a participação popular não se mostra amplamente eficaz enquanto instrumento de fiscalização a provocar uma gestão pública responsável - pois depende de um amadurecimento e maior engajamento e organização sociais (SERRANO, 2012, p. 175) -, a abertura constitucional para participação social em diversas áreas (Saúde, previdência, educação), inclusive na discussão orçamentária, já evidencia profundo avanço democrático e contribui para o processo de responsabilização (*accountability*) dos maus governantes.

Desta feita, e para além da prestação de contas pelo Poder Executivo, outra maneira de participação da sociedade no controle social do orçamento ocorre por força do Orçamento Participativo (art. 29, XII, CR/88). Este instrumento de controle orçamentário pela sociedade, que foi implantado pela primeira vez em 1989 na cidade de Porto Alegre e hoje é utilizado por algo em torno de 250 municípios brasileiros, visa permitir que a população participe da discussão e deliberação sobre a distribuição dos recursos públicos durante o mandato dos governantes (ABRUCIO, LOUREIRO, 2004, p. 98). Fernando Scaff destaca que esse tipo de assembleia orçamentária popular se espalhou pelo Brasil e outros países, sendo constatada sua aplicação em várias cidades da Itália (SCAFF, 2018, p. 503). Em sendo adotada essa espécie de controle

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Meio digital.

social do orçamento, torna-se obrigatória a consulta à população sobre suas necessidades, sendo imprescindível, para tanto, a criação de mecanismos que permitam a livre manifestação da vontade (sem exclusão da manifestação da oposição, nem manipulação popular por líderes carismáticos, bancados por políticos, que distorcem a vontade popular) (OLIVEIRA, 2013, p. 389).

Segundo Tarso Genro (1995 apud LYRA, 1998, p. 14), os oito anos de experiência do Orçamento Participativo levaram a comunidade a uma compreensão crescente de que é preciso incorporar as suas reivindicações às lutas mais gerais do povo por transformações estruturais da sociedade brasileira, de modo que as lideranças passam a compreender não só os limites do poder público, como também a própria relatividade de suas necessidades, comparando-as com outras mais urgentes e importantes. Conclui Tarso Genro ser importante que o voto "não esgote a participação da sociedade, mas, ao contrário, permita iniciar um outro processo, gerando dois focos de poder democrático: um, originário do voto; outro, originário de instituições diretas de participação" (1997, p. 19 apud OLIVEIRA, 2013, p. 451).

Sendo assim, embora o Orçamento Participativo seja forma de controle social do orçamento, é necessária a criação de mecanismos hábeis e adequados para se chegar à efetiva captação da vontade correta (OLIVEIRA, 2013, p. 390). É necessário que haja efetivo comprometimento em cumprir os anseios expostos pela sociedade, sem o que todo esse processo será meramente discursivo e enganador (SCAFF, 2018, p. 504) e fará ressoar com mais ênfase as considerações de Regis Fernandes de Oliveira, *verbis:*

> Não se pode falar em democracia formal, em que se democratizam as instituições, mas não se democratiza a sociedade. Enquanto esta se vir alijada dos procedimentos decisórios, não há democracia. Há arremedo. Há burlesca encenação de episódios. Enquanto apenas poucos se alimentam dos restos que sobram da farta mesa dos ricos, não se pode falar em democracia. Esta é luta entre iguais. Esta significa oportunidades que se abrem a todos, selecionando os mais hábeis. A tragédia humana há, pelo menos, que se converter em comédia. (OLIVEIRA, 2013, p. 390).

Com isso, se quer dizer que, embora o Orçamento Participativo seja algo louvável e que caracteriza espécie de controle social do orçamento público, ele ainda precisa ser aperfeiçoado para efetivamente ser cumprido, para que realmente os anseios da população possam ser concretizados. Certamente nem todo anseio popular pode ser atendido, pois os desejos são maiores que a receita prevista pelo

orçamento; mas, definitivamente, a sociedade sabe identificar a escola que necessita de reparos mais urgentes, o trecho que depende de melhor sinalização viária, etc.

Ademais, o aperfeiçoamento da participação popular no orçamento é algo que realmente precisa ser apurado, pois a problemática do Orçamento Participativo ganha coloração diferente conforme se trate do exercício da cidadania ativa perante a União, os Estados e os Municípios: a participação direta no processo federal (objeto desta pesquisa) é diminuta, fazendo-se notar apenas na fase de fiscalização e do controle da execução orçamentária (art. 74, §2º, da Constituição) (TORRES, 2000, p. 102). Observa Regis Fernandes de Oliveira (2013, p. 391) que, embora seja mais fácil a participação popular nos municípios, em verdade deve ser instigada e provocada para tornar-se efetiva nos Estados e perante a União, motivo pelo qual a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) cuidou do princípio da transparência, ou seja, de ideal da participação social no orçamento público.

Neste aspecto específico, trazendo o art. 48-A da LC 101/2000 as regras para acesso do público às informações fiscais, foi consagrada expressamente a participação popular como instrumento de eficiência administrativa, na elaboração dos orçamentos (OLIVEIRA, 2013, p. 392). Disso, é possível perceber um avanço na participação popular nos debates, elaboração e fiscalização do orçamento público em âmbito federal, mas ainda não é suficiente para a efetividade dos anseios populares, inclusive quando observado que nem sempre os desejos da população se confundem ou se entrelaçam com os anseios de seus representantes eleitos (quiçá nunca se confundam ou se entrelacem). Por isso, é necessário um aperfeiçoamento deste mecanismo de controle social do orçamento federal, em específic, pois, se é muito difícil trazer para a complexa realidade contemporânea de grandes cidades - que vivem dentro de um sistema democrático-representativo -, a lógica das pequenas cidades gregas antigas - cujo sistema político era de democracia direta (SCAFF, 2018, p. 504) -, também é fato que a participação popular na elaboração do anteprojeto orçamentário e a discussão do projeto, bem como na tramitação do projeto junto ao Legislativo, é essencial para os caminhos seguros da democracia (OLIVEIRA, 2013, p. 394).

Avançando no estudo do dever do Poder Executivo em prestar contas do uso dos dinheiros públicos – já foram vistas a atribuição do Presidente da República de prestar contas anualmente (art. 84, XXIV, CR/88) e a participação popular no orçamento, mediante Orçamento Participativo (art. 29, XII, CR/88 e LC 101/2000) –,

certamente o espectro onde a participação popular é mais visível repousa na possibilidade de fiscalização do uso do erário público. Se ao chefe do Poder Executivo cabe prestar contas, à população cabe exigi-las e fiscalizá-las, para verificação do destino conferido ao produto da arrecadação de impostos.

Deveras, o primeiro artigo da CR/88 a fazer menção de uma fiscalização popular é o art. 31, §3º, ao dispor que as contas dos Municípios ficarão, durante 60 (sessenta) dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei (BRASIL, 1988). Para além deste artigo, indicativo da abertura à população de participação da fiscalização da coisa pública e das finanças municipais, importante realçar o art. 37, §3º, da Carta Política de 1988, inserido pela Emenda Constitucional 19/1998 (BRASIL, 1998), que, consagrando a ideia de "reforma administrativa", prescreve:

> Art. 37 *omissis*
> [...]
> § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
> I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
> II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
> III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.
> [...]

O dispositivo supracitado foi regulamentado pela Lei 12.527/2011 (BRASIL, 2011), que permite ao cidadão o acesso informações, conforme disciplinado pelo art. 5º, XXXIII, da CR/88. Ademais, e como descrito linhas acima, no âmbito fiscal e orçamentário a Lei Complementar 101/2000 já traz o ideal de participação popular exigindo transparência nas contas públicas e facilitação de seu acesso pelos cidadãos (art. 48-A, LC 101/2000).

Afora os dispositivos constitucionais acima mencionados, a CR/88 dedica os artigos 70 a 75 ao tema da "fiscalização financeira e orçamentária". O artigo 70 da CR/88 fala em fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial que será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo controle interno[23] de cada um dos Poderes. A respeito de cada um destes itens

[23] "Controle interno é o que exerce cada um dos Poderes na missão de autotutela da legalidade e da eficácia da gestão financeira. A CF explicitou que não só o Executivo, mas também o Legislativo e o

fiscais, anota Ricardo Lobo Torres (2000, pp. 331 e 332) que: **i)** a fiscalização contábil é a que se faz através dos registros contábeis, dos balanços, da escrituração sintética, da análise e interpretação dos resultados econômicos e financeiros; **ii)** a fiscalização financeira tem por objetivo o controle da arrecadação das receitas e da realização das despesas; **iii)** a fiscalização orçamentária é a que se exerce sobre a execução do orçamento; **iv)** a fiscalização operacional visa ao controle das operações de crédito e de despesas que não constem da previsão orçamentária, e; **v)** a fiscalização patrimonial tem por objeto o controle da situação e das modificações dos bens imóveis que constituem o patrimônio público.

Ademais, da leitura do art. 70 da CR/88, observa-se, de um lado, caber ao Congresso Nacional (com destaque à Câmara dos Deputados, por representar o povo, cf. art. 45, CR/88), fiscalizar as contas da União e das entidades da administração direta e indireta; por outro lado, o parágrafo único do artigo sob análise determina que qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que administre dinheiros, bens e valores públicos deverá prestar contas do uso do erário e do cumprimento de suas finalidades. A respeito deste parágrafo único do art. 70, da CR/88, Fernando Facury Scaff observa que ele estabelece regra semelhante à de um *toque de Midas,* por alcançar qualquer pessoa que tenha tido relações com receitas ou renúncia de receitas públicas, pois não basta apenas usar o dinheiro recebido ou renunciado: tê-lo sob guarda, administração ou gerência - verbos utilizados pelo referido artigo e que possuem grande abrangência -, deixam claro que basta *tocar* no dinheiro público para ocorrer o dever de prestação de contas, procedimento consagrado dentre os direitos humanos desde 1789, pela Declaração Universal do Direitos do Homem e do Cidadão[24] (SCAFF, 2018, p. 447). Logo, se qualquer um que tenha *tocado* em dinheiros públicos deve prestar contas pelo seu contato com o erário, muito mais o

Judiciário devem manter sistema de controle interno, até mesmo como decorrência da autonomia administrativa financeira que gozam (art. 99).” TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. V: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000. pp. 350,351. Fernando Facury Scaff (2018, p. 449) traz observação importante a respeito do controle interno das contas públicas, observando que “aspecto peculiar é o da integração entre os dois âmbitos de controle, pois todas as irregularidades identificadas pelo sistema de controle interno devem obrigatoriamente ser informadas ao sistema de controle externo, sob pena de responsabilidade solidária (art. 74, §1º, CF). Essa norma possui muita coerência, pois visa impedir que o controle interno sirva de biombo para esconder eventuais irregularidades identificadas em seu mister.”.

[24] “Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.” Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em 09 out. 2019.

Poder Executivo, na pessoa de seu Chefe e Ministros de Estado, que devem descrever como utilizaram a verba pública e com quais finalidades, visando alcançar quais e tais objetivos em favor da população.

Isto posto, da determinação constitucional descrita pelo art. 70 e seu parágrafo único da Carta Política de 1988, somada aos demais deveres atribuídos ao Chefe do Poder Executivo (art. 84, XXIV, CR/88) e à legislação infraconstitucional correlata, faz nascer o dever do Poder Executivo de prestar contas do seu orçamento (receitas e despesas), até para fins de verificação do cumprimento da norma constitucional de aplicação de recursos mínimos em ações e serviços públicos de Saúde pela União, objeto deste estudo.

Assim e, considerando que a fiscalização dos recursos públicos cabe a toda a sociedade e a cada cidadão em particular (ABRAHAM, 2018, meio digital), observam os estudiosos do Direito Financeiro que o art. 70 da CR/88 trata genericamente da fiscalização das contas públicas e traz consigo três elementos distintos que devem ser observados quando do exercício da fiscalização do uso do dinheiro público, a saber: legalidade, legitimidade e economicidade (PISCITELLI, 2018, meio digital). A legalidade diz respeito à verificação dos requisitos necessários à realização da despesa, ou seja, cabe ao administrador gastar o dinheiro público observando rigorosamente as autorizações e limitações impostas pela lei orçamentária em execução; a legitimidade se relaciona com o exame do mérito do ato praticado pelo agente público para detectar possível desvio de finalidade, e; a economicidade se refere ao exame da despesa feita sob o enfoque do custo e benefício, a fim de que seja verificado se o agente público escolheu o meio menos oneroso ao erário, acolhendo a melhor proposta, tudo com o objetivo do gasto público ser realizado com modicidade (HARADA, 2016, meio digital).

Com isso, o texto constitucional dispõe sobre a competência da União para fiscalizar as operações financeiras, que será exercida mediante controle interno de cada poder, e através de controle externo a ser exercido pelo Congresso Nacional e do Tribunal de Contas (ABRAHAM, 2018, meio digital). Destaque-se, junto com Piscitelli, caber ao Poder Legislativo a realização do controle externo das contas públicas da União independentemente do Tribunal de Contas, através de Comissão mista permanente de senadores e deputados (art. 166, §1º, CR/88), oportunidade em que o segundo (Tribunal de Contas) atuará de maneira subsidiária e se manifestará mediante parecer técnico sobre determinada despesa, após provocação do primeiro

(Poder Legislativo) (PISCITELLI, 2018, meio digital). Desta feita, a atuação do Poder Legislativo no exercício do controle externo revela não apenas a outorga de poderes a ele conferido pelo Poder Constituinte, para fins fiscalizatórios, mas também o caráter democrático que a fiscalização e prestação de contas alcançou após a CR/88[25], ao exigir que todos que façam uso de verbas públicas prestem contas de sua atuação e o façam junto aos representantes do povo (Câmara dos Deputados) e dos Estados Federados (Senado Federal).

Ainda, o controle externo prescrito pelo art. 71 da CR/88 é o que se realiza pelos órgãos que não procedem à execução do orçamento: Congresso Nacional e Tribunal de Contas, competindo ao Congresso Nacional a responsabilidade final pelo controle externo, sendo o único capaz de liberar de responsabilização o Presidente da República pela execução do orçamento (TORRES, 2000, pp. 340 e 342). Observa Regis Fernandes de Oliveira (2013, p. 419) que o controle externo do orçamento deve ter intensidade suficiente para reconduzir o governo a níveis aceitáveis de subordinação à lei e de credibilidade financeira, caso a reprimenda popular sobre as contas públicas não baste para tanto.

O controle externo, como dito anteriormente, será realizado pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas, que exercerão a fiscalização do orçamento não só sob o aspecto estritamente legal, mas segundo critérios de legitimidade e de economicidade. A respeito da função auxiliar do Tribunal de Contas, prevista pelo art. 71, I, da CR/88, interessante observação faz Fernando Facury Scaff:

> No que tange à *função auxiliar*, constante do art. 71, I, CF, verifica-se a de analisar e opinar sobre as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo. Observa-se que, neste passo, o Tribunal de Contas não tem a última palavra sobre os fatos, pois não lhe incumbe *julgar*, mas *opinar* – dar *parecer*. Quem tem a competência privativa de *julgar* as contas do Chefe do Poder Executivo é o Poder Legislativo (art. 49, IX, CF).
>
> Essa distinção nem sempre é bem percebida, como se viu na apreciação das contas da Presidente da República referentes ao ano de 2014, quando foi exarado um *Parecer* pelo Tribunal de Contas da União, *recomendando* sua rejeição (Acórdão nº 2.461/15), o que deu ensejo ao afastamento da Presidente da República por *crime de responsabilidade contra o orçamento* (art. 85, VI, CF), através do processo de *impeachment,* sem que o referido *Parecer* tenha sido

[25] Observa Kiyoshi Harada (2016, meio digital), que a parte final do caput do art. 70 da CR/88 foi inovação trazida pelo legislador constituinte, ao prever que a fiscalização abrangerá as entidades da administração direta e indireta. Ademais, ressalta o eminente jurista que “outra inovação da Carta Política vigente diz respeito à obrigatoriedade de prestar contas por parte de qualquer pessoa física ou entidade pública nas situações referidas no parágrafo único do art. 70.”.

> julgado (aprovado ou rejeitado) pelo Congresso Nacional (SCAFF, 2018, p. 450). (destaques do original)

Portanto, o controle externo é aquele que visa comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, e a fiel execução do orçamento. É, por excelência, um controle político e de legalidade contábil e financeira: o primeiro aspecto a cargo do Legislativo; o segundo, do Tribunal de Contas (MEIRELLES, 1993, p. 445 apud ABRAHAM, 2018, meio digital). Ademais, o campo de atuação do controle externo, a ser efetuado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, está delimitado nos arts. 71 e 72 da Constituição (HARADA, 2016, meio digital).

Ainda no âmbito de fiscalização do orçamento, que se liga umbilicalmente à ideia de prestação de contas pelo Poder Executivo - após a possibilidade de participação popular no orçamento público pelo Orçamento Participativo ou através do controle externo (exercido pelo Poder Legislativo e que se reveste de caráter democrático conquanto realizado pelos representantes do povo eleitos) -, merece destaque ainda o art. art. 74, §2º da CR/88 que prescreve ser qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

A essa espécie de fiscalização é conferido o nome de *controle privado,* também conhecida como controle social[26] ou controle popular, sendo novidade trazida pela Carta Política de 1988 e que é fruto das conquistas dos últimos tempos, concedendo aos cidadãos instrumentos cada vez mais poderosos para o pleno exercício de seus direitos políticos (HARADA, 2016, meio digital). É que nem sempre o controle público é suficiente para controlar o próprio Estado e, em razão desses e de outros fatores, surge a necessidade de um controle social que, ao lado do controle público, visa subsidiá-lo e, muitas vezes, supri-lo, podendo mesmo funcionar contra ele (SCAFF, 2018, p. 497).

[26] Para Fernando Facury Scaff (2018, p. 498), o artigo 74, §2º, da CR/88 não possui uma dimensão de controle social. Afirma o professor titular de Direito Financeiro da USP que a norma em comento veicula uma liberdade fundamental, que é a do exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, CF), não representando uma dimensão social específica do controle financeiro, mas sim uma dimensão inserida no âmbito do direito de petição, ínsito à liberdade de expressão e correlacionado com os deveres de publicidade e transparência, bem como da moralidade administrativa, concluindo não ser possível afirmar que o §2º do art. 74, da CR/88, se trata de uma forma de controle social como pretendida por outros autores.

Desta forma, o artigo sob análise (74, §2º, CR/88) contém, ao lado da legitimidade ativa para denúncia de ilegalidades, um apelo ao exercício da cidadania. É claro que qualquer um, mesmo antes da existência do dispositivo, poderia denunciar irregularidades perante os órgãos públicos. Entretanto, é necessário haver expressa previsão para evitar que algum servidor burocrata deixe de tomar providências sob a leviana alegação de que o denunciante não é parte legítima, embora constatada evidente ilegalidade ou manifesta irregularidade (OLIVEIRA, 2013, p. 507).

Referido dispositivo constitucional é autoaplicável, pois o direito administrativo já contém normas procedimentais para a representação aos órgãos públicos. Assim, esta medida se insere na moderna concepção de que o Tribunal de Contas é órgão auxiliar tanto da Administração e do Legislativo quanto da própria comunidade, pois a democracia atual é representativa e participativa, como deixa claro a CR/88, assegurando às associações e demais órgãos da comunidade a possibilidade de defesa dos direitos públicos, coletivos e difusos (TORRES, 2000, p. 353).

Nesse diapasão, arremata Kiyoshi Harada:

> O controle social abrange não apenas a participação no processo de elaboração de leis orçamentárias, como também principalmente o acompanhamento da execução orçamentária e financeira para coibir as ilegalidades. Nesse sentido, o orçamento apresenta função biunívoca: o orçamento é instrumento de cidadania e a cidadania se faz presente também pelo orçamento. (HARADA, 2016, meio digital).

Portanto e, observado que a CR/88 reforça ao longo de todo seu texto o relacionamento entre a comunidade e o controle financeiro - seja determinando que as contas municipais fiquem disponíveis para consulta da população (art. 31, §3º), seja garantindo a qualquer cidadão o uso de mecanismos processuais para proteger o patrimônio público (ação popular, art. 5º, LXXIII) -, por certo o controle da comunidade se exerce por meio de novas garantias processuais da liberdade (TORRES, 2000, p. 353).

Ao lado do controle social prescrito pelo art. 74, §2º, da CR, e da possibilidade que ele abriu à população de denunciar irregularidades orçamentárias perante o Tribunal de Contas, tal possibilidade está prevista de maneira ampliada no art. 73-A, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar 101/2000, ao conferir ao cidadão o direito de denunciar ilegalidades no uso da verba pública perante os Tribunais de Contas e Ministério Público, oportunizando mais um canal de comunicação de irregularidades. Em ambos os canais de denúncias, o que se verifica

é a possibilidade do cidadão comum participar da prestação das contas públicas, conferindo-lhe o ordenamento jurídico poderes para agir na hipótese de mau uso do dinheiro público, o qual, no mais das vezes, é proveniente do pagamento de impostos pela sociedade (PISCITELLI, 2018, meio digital).

Com efeito, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que regulamentou o art. 163 da CR, estabeleceu normas detalhadas e imperativas da administração das finanças públicas dos Poderes da União, dos Estados Federados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive empresas controladas e estatais dependentes (art. 2º da LRF) (PAZZAGLINI FILHO, 2011, p. 32). Desta feita, a LRF surge no cenário nacional como instrumento legal definidor de normas nacionais de finanças públicas, complementando, entre outros, o art. 163 da CR/88, estabelecendo um elenco de normas que há muito vinha sendo demandado pela sociedade, visando aumentar a qualidade das ações de gestão fiscal dos recursos públicos confiados aos agentes da Administração Pública de todas as esferas de governo e coibir os abusos que provocam danos ou prejuízos ao patrimônio público (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 351).

Embora referida Lei tenha advindo por exigência do Fundo Monetário Internacional (FMI) quando manteve relações financeiras com o Brasil - exigindo a aprovação de texto normativo que desse visibilidade às contas públicas (OLIVEIRA, 2013, p. 510) -, não se pode negar tratar-se de avanço legislativo, tendo em vista ter introduzido o princípio da transparência na gestão fiscal, possibilitando ao público o acesso às informações relativas à atuação financeira estatal (SERRANO, 2012, p. 162). Ademais, como observa José Matias-Pereira:

> As principais vantagens notadas na LRF são a criação de um instrumento necessário para planejamento e controle das finanças públicas, dando transparência às contas dos entes da Federação e, consequentemente, facilitando o controle da sociedade sobre o governo, permitindo uma melhor avaliação da gestão dos prefeitos, governadores e do Presidente da República ao reduzir fortemente os passivos financeiros, além de permitir a participação da população na discussão da LDO e proposta orçamentária, ajudando a direcionar a ação do governo ao interesse da sociedade e impedindo que sejam transferidas heranças financeiras desastrosas de uma gestão para outra. (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 353).

Diante disto, a exigência de prestação de contas do Poder Executivo, com relação aos gastos governamentais usando dinheiros públicos, ultrapassa a barreira da exigência constitucional, para encontrar suporte também na legislação

infraconstitucional, que passa a prever o dever de prestação de contas do Chefe do Poder Executivo e também lhe exige a transparência na gestão das finanças públicas. Indiscutivelmente, afora todos os mecanismos até aqui descritos de prestação de contas e fiscalização do erário, a LRF se configura em mais um mecanismo que busca efetivar a participação popular no controle da *res publica* e efetivar o princípio democrático.

Em sendo assim, a LRF se apresenta como instrumento de controle social (ao lado de todos os preceitos até aqui descritos e, mais fortemente, do art. 74, §2º, da CR), ao estabelecer que todos os governantes devem obedecer às normas e limites para administrar as finanças públicas, prestando contas sobre quanto e como gastam os recursos que os contribuintes colocam à disposição dos governantes (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 355). A exigência de transparência ganha grande relevo na Lei de Responsabilidade Fiscal, aparecendo como princípio da gestão orçamentária responsável ou como subprincípio do princípio da responsabilidade (art. 48 da LRF) (TORRES, 2000, p. 260) determinando, inclusive, a prestação de contas por meios eletrônicos de acesso ao público e adoção obrigatória de mecanismos de participação popular (PAZZAGLLINI FILHO, 2011, p. 40).

Estes mecanismos de participação popular poderão ocorrer por meio de audiências públicas durante os processos de elaboração e discussão dos planos, e da lei de diretrizes orçamentárias, sugerindo assim uma espécie de orçamento participativo em que a sociedade tem como verificar onde serão aplicados os recursos dela retirados, além da exigência legal de publicação periódica (a cada quatro meses) de relatório de gestão fiscal, que deverá informar com clareza e objetividade as contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, possibilitando aos interessados o acesso às contas públicas (MATIAS-PEREIRA, 2012, pp. 355, 356).

Especificamente no âmbito da Saúde, fundamento da pesquisa aqui realizada, merece destaque ainda a Lei Complementar 141/2012 (BRASIL, 2012), que regulamentou o §3º do artigo 198 da CR/88, dispondo sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de Saúde.

Referida Lei Complementar trouxe em seu bojo, além da especificação do que são despesas de Saúde (despesas com ações e serviços públicos de Saúde, impedindo a inscrição de outras rubricas como tal), também o dever de transparência e visibilidade da gestão da Saúde (artigo 31, LC 141/2012) determinando que os entes

federados deverão dar ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, das prestações de contas periódicas da área da Saúde, para consulta e apreciação dos cidadãos e de instituições da sociedade, a fim de comprovar o investimento mínimo em Saúde prescrito pela referida Lei Complementar.

A respeito das disposições oriundas da Lei Complementar 141/2012 (BRASIL, 2012), observa Mônica de Almeida Magalhães Serrano que:

> Desta forma, delimitado o conceito de despesas, para fins de Saúde e aplicação mínima, a prestação de contas dos entes federados tende a ficar mais clara e com poucos desvios, o que não impede a falta de aplicação mínima exigida, sendo certo que a competência para aferir a aplicação do percentual mínimo à Saúde cabe ao Tribunal de Contas, no âmbito de suas atribuições, conforme prescreve o artigo 25, parágrafo único da Lei 141/12. (SERRANO, 2012, p. 138).

Destarte, considerado que a Lei Complementar 141/2012 estabeleceu critérios de aplicação mínima em Saúde e o dever de prestação de contas para todos os entes federados, inclusive para a União (art. 31), inequívoco o surgimento de mais um mecanismo de fiscalização do Poder Executivo federal no uso das receitas públicas para a realização de políticas de Saúde, que, caso não a observe, poderá ser demandado a fazê-lo através do controle social prescrito pela Constituição da República de 1988 (art. 74, §2º), ação popular (art. 5º, LXXIII), entre outros meios legais de cobrança da obrigação jurídica em referência (*ex. gr.,* ação de improbidade administrativa prevista pela Lei 8.429/1992) (BRASIL, 1992).

Por todo o exposto até aqui, fica evidente o dever do Poder Executivo (em especial o federal, objeto dessa pesquisa) de prestar contas à população a respeito do uso dos dinheiros públicos. Além desse dever ter origem no princípio democrático, de tornar públicos os atos da Administração, também decorre do ideal de uma gestão proba, que tem compromisso com a sociedade e age no intuito de realizar o bem comum.

Embora nem sempre se verifique nos governantes interesse em bem gerir a coisa pública, hodiernamente não há mais espaço para o exercício de administrações tacanhas e precárias, pois tanto a CR/88 quanto a legislação infraconstitucional consagraram a participação popular no controle do gasto público, inclusive mediante a judicialização de políticas públicas, que exigem do Administrador Público maior rigor no uso do erário e de sua distribuição.

2.2 O Conselho Nacional de Saúde: previsão constitucional, legal, competência e fiscalização da Saúde pela participação popular

Ao lado do dever, pelo Poder Executivo, de prestar contas do uso dos dinheiros públicos para a elaboração e implementação de políticas públicas – em especial políticas públicas de Saúde, objeto desta pesquisa –, surge para a sociedade, por força do princípio democrático que permeia a República e foi insculpido na Constituição Federal de 1988 (art. 1º, caput e inciso II), o direito de exigir e fiscalizar as contas estatais e utilização do erário público na consecução dos objetivos do Estado.

Outrossim, é direito da sociedade exercer a fiscalização dos gastos públicos – mediante participação popular na elaboração, desenvolvimento e fiscalização de políticas públicas –, sendo inclusive incentivada a fazê-lo, como é possível verificar no texto constitucional (*ex. gr.,* art. 31, §3º, e art. 74, §2º, CR/88), na legislação infraconstitucional (art. 7º, VIII, Lei 8.080/1990 e art. 31, parágrafo único, LC 141/12), entre outros. No âmbito federal, onde se assenta a investigação aqui desenvolvida, a participação popular e fiscalização dos gastos públicos em Saúde é realizada pelo Conselho Nacional de Saúde, órgão colegiado de caráter permanente e deliberativo (BRASIL, 2006).

Embora tenha sido criado em 1937, por força da Lei nº 378 daquele ano (BRASIL, 1937), a manutenção e consolidação do Conselho Nacional de Saúde após a promulgação da CR/88 deveu-se a uma descentralização [27] ocorrida com a redemocratização operada no Brasil após o fim do regime ditatorial, e por um desejo popular de participação na vida política e institucional que havia sido represado nas duas décadas anteriores e agora poderia vir à tona (BARROSO, 2001, p. 42). De fato, e como observa Sonia Fleury (2011, p. 27), o novo modelo constitucional de política

[27] Sobreleva observar que, enquanto a Constituição da República de 1988 privilegia a ideia de descentralização, como destacado por autores que se debruçaram sobre este tema, no âmbito da Constituição Federal de 1969 se prestigiava a ideia de centralização do poder na pessoa da União, como observa, entre outros, Silvio A. B. Meira: “Repetimos que o centripetismo é um fenômeno do século XX, decorrente da necessidade de, cada vez mais, se unirem os estados, num bloco comum, sob um forte comando, em face dos dois brutais conflitos mundiais. O fortalecimento da União constituiu uma condição até de sobrevivência em face da competição de outras nações na guerra ou na paz”. E arremata o autor: “Para que não se entrave o desenvolvimento é necessário que, na partilha de poderes entre União e estados, aquela se revista dos mais altos – por ser soberana – estes dos indispensáveis ao seu progresso e governo – por serem autônomos”. MEIRA, Silvio. Federalismo e centralização. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 81-94, jul. 1979. ISSN 0034-8023. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/view/59899. Acesso em: 22 nov. 2019.

social se caracteriza pela universalidade da cobertura, reconhecimento de direitos sociais, afirmação dos deveres do Estado e subordinação de práticas privadas a regulamentos baseados na relevância pública das ações e serviços nessas áreas - de maneira a privilegiar o bem público e interesses coletivos, ao invés de prestigiar apenas interesses privados e mercadológicos -, mediante cogestão pelo governo e sociedade, com uma estrutura descentralizada.

Ainda a respeito da descentralização ocorrida no âmbito da redemocratização e da Carta Política de 1988 (como se observa expressamente no art. 198, I, do Texto Magno) que renovou a ideia de participação popular e consolidação dos Conselhos de Saúde, arremata a supracitada autora que:

> O federalismo remodelado assume a responsabilidade maior na transferência das políticas sociais para as autoridades locais. Os sistemas de proteção social têm adotado o formato de uma rede integrada e descentralizada, com um comando político e financeiro em cada nível de governo e com as instâncias deliberativas da democracia que garantem a igualdade de participação da sociedade organizada no âmbito de cada um desses níveis.
> Os dois mecanismos de participação (incluindo as autoridades de Saúde e a população) são os conselhos e as conferências. Os conselhos existem em todos os níveis do sistema e são mecanismos de controle social e aprovação do orçamento que avaliam as propostas executivas e o desempenho. (FLEURY, 2001, pp. 27-28).

Dessa maneira, o que se verifica é que a Carta Política de 1988 trouxe consigo, ao menos em matéria de direitos sociais – como se depreende de maneira expressa da leitura dos artigos 194, VII (que prestigiou a participação popular) e 198, I (que estabeleceu a descentralização como diretriz do Sistema Único de Saúde – SUS) –, um ideal de descentralização que transferiu aos entes subnacionais maiores responsabilidades na realização destes direitos e chamou a população a participar da implementação e concretização desses mencionados direitos sociais, mediante participação nestes conselhos político-populares de controle social e fiscalização dos gastos públicos. Ou seja, para administrar essa política descentralizada, os mecanismos de tomada de decisão foram ampliados no sistema, com participação social e construção de alianças entre os principais atores envolvidos (MAIO & LIMA, 2009 apud PAIM *et al.*, 2011, p. 52) de modo que, além das conferências nacionais de Saúde, foi institucionalizada uma estrutura inovadora que estabeleceu Conselhos de Saúde e comissão intergestores nos níveis estadual (bipartite) e federal (tripartite) (PAIM *et al.*, 2011, p. 52).

Ressalte-se, por oportuno, que a descentralização aqui destacada e prestigiada pela CR/88 não se confunde com desconcentração pois, como observa Thereza Lobo (1990, p. 6), não é raro perceber-se, em discursos oficiais – e mesmo em programas governamentais –, a utilização dos dois termos como sinônimos. Mais frequente ainda é o uso da palavra "descentralização" quando, na verdade, está se tratando de ações que mais diretamente dizem respeito a uma pura "desconcentração". Outrossim, e para dirimir qualquer dúvida a respeito dos dois termos (que não se confundem) [28], apresenta a referida autora conceito de descentralização nos seguintes termos:

> A descentralização envolve necessariamente alterações nos núcleos de poder, que levam a uma maior distribuição do poder decisório até então centralizado em poucas mãos. Esta a razão por que fica mais cômodo e tranquilo para o governo assentado em bases centralistas privilegiar a desconcentração e rotulá-la de descentralização. (LOBO, 1990, p. 6).

De todo modo, e como observa Amélia Cohn (1994, p. 6), a "tendência descentralizadora da nova Constituição é, então, associada aos signos do Estado moderno, na medida em que contempla a democratização, a autonomização e a participação popular". E prossegue a referida autora, observando que a descentralização possui duas grandes orientações, a saber: a primeira quando, em tese, favorece a democratização política e social, ao possibilitar a ampliação da participação de distintos atores sociais na formulação e implementação de políticas públicas, ao aproximar, no nível local, a gestão e seus destinatários; a segunda, quando o processo de descentralização é regido seja por uma crise fiscal do Estado no seu âmbito central, seja pela ampliação de direitos sociais num contexto marcado pela presença atuante de interesses particulares e corporativos (COHN, 1994, p. 7).

Ou seja, se por um lado a descentralização procura aproximar a participação popular da gestão em nível local, permitindo-lhe fazer parte do processo de discussão, elaboração, implementação e fiscalização de políticas públicas (notadamente de direitos sociais), por outro lado ela transfere a responsabilidade do poder central (União, no caso), para os entes subnacionais, sem, contudo, transferir-lhes os

---

[28] A respeito do fato de descentralização e desconcentração não serem termos sinônimos e não se confundirem, veja-se a observação de Thereza Lobo: "confundir os conceitos e aceitar a desconcentração como descentralização implica em encobrir as dificuldades do encaminhamento concreto desta última. Isto porque a desconcentração não ameaça tanto as estruturas consolidadas quando a descentralização". LOBO, Thereza. Descentralização: conceitos, princípios, prática governamental. **Cadernos de Pesquisa,** São Paulo, (74): 5-10, agosto 1990. Disponível em: http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/1078/1083 Acesso em 22 nov. 2019.

recursos necessários para custeio e concretização destas políticas, gerando um estrangulamento de suas contas e dificuldades orçamentárias para efetivação dessas mencionadas políticas públicas (*ex. gr.,* na hipótese de judicialização da Saúde, em que referidos interesses particulares e corporativos buscam a ampliação destes direitos sociais a despeito dos altos custos que geram aos entes subnacionais, especialmente municípios)[29,30].

Disso decorre – no caso específico da Saúde – que, no aspecto econômico-orçamentário, tais medidas descentralizadoras acabam assumindo um caráter de recentralização, pois não só a descentralização vem sendo implantada com um volume de recursos cada vez maior de municípios e com baixa definição de suas

[29] Estas dificuldades orçamentárias dos municípios foram observadas por Amélia Cohn no estudo em apreço, quando destaca, com base em estudo que analisou o investimento em Saúde no período de 1980 a 1900, que "para além de esses dados indicarem, de modo global, uma tendência discretamente ascendentes dos gastos com Saúde no nível federal, um declínio da participação estadual e um persistente aumento do gasto municipal, chama a atenção a existência de uma correlação estreita entre a queda dos gastos estaduais e o aumento dos gastos municipais. Igualmente chama a atenção a inexistência de correlação dessa ordem entre os níveis federal e municipal". Para mais a respeito, veja-se COHN, Amélia. Descentralização, Saúde e cidadania. **Lua Nova**, São Paulo, n. 32, p. 05-16, abr. 1994 Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 22 nov. 2019. Ainda sobre o tema, recomenda-se a leitura de PINTO, Élida Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da Saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional,** Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016. Observam os autores que "[...] desde a Constituição de 1988, o que se verificou foi um processo acentuado de reconcentração tributária em favor da União proveniente de contribuições, as quais não são repartidas na forma do art. 159 da CR/1988. [...] Com lastro em levantamento feito Élida G. Pinto e no exame das prestações de contas dos governos municipais paulista no âmbito do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, é possível afirmar que foram, em média, os Municípios que assumiram a maior parte do custo fiscal diante da pressão social (por vezes judicializada) pela efetividade do direito à saúde, pautado pelo limite de gasto com pessoal imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal".

[30] A despeito da discussão sobre a judicialização da Saúde e o "estrangulamento" que pode causar nas contas públicas, em especial de municípios, não menos importante é o fato de que referida judicialização, decorrente também da participação da sociedade nas políticas públicas, pode configurar mecanismo de fiscalização da realização deste direito e do uso dos dinheiros públicos, como observa Maria Eliana Labra, ao analisar a participação social na Saúde: "[...] E se a tudo isso somam-se a crescente utilização de ações judiciais, por parte de coletividades e indivíduos, e a profusa intervenção do Ministério Público para que o direito à saúde seja cumprido e as leis respeitadas, pode-se dizer que estaria se configurando um verdadeiro sistema de *accountability* social no país". Para mais a respeito, veja-se LABRA, Maria Eliana. *Política Nacional de Participação na Saúde: entre a utopia democrática do controle social e a práxis predatória do clientelismo empresarial. In:* FLEURY, Sonia e LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa (org.). Participação, Democracia e Saúde. Rio de Janeiro: CEBES, 2009. p. 176. No mesmo sentido de participação social como ferramenta de *accountability,* ver Soraya Maria Vargas Côrtes, para quem "[...] a articulação entre os gestores, as burocracias governamentais e as organizações de trabalhadores, de usuários e de beneficiários de políticas públicas afetava positivamente a *responsiveness* e a *accountability* dos governos". CÔRTES, Soraya Maria Vargas. Conselhos e conferências de Saúde: papel institucional e mudança nas relações entre Estado e sociedade. *In:* FLEURY, Sonia e LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa (org.). Participação, Democracia e Saúde. - Rio de Janeiro: CEBES, 2009. p. 104.

competências, como também carece de um padrão de articulação entre os níveis federal, estadual e municipal (COHN, 1994, p. 8); e no aspecto democrático, reforça a ideia de prevalência do individual sobre o coletivo, na medida em que, por um lado, não se incentiva a descentralização prestigiada pela Constituição (que tem na cidadania um de seus fundamentos, cf. art. 1º, II, CR/88, e contribui para o desenvolvimento de um sentimento de coletividade)[31], e, por outro lado, busca-se cada vez mais a realização de interesses individuais em detrimento dos interesses coletivos, realçando um processo de "dessolidarização generalizada" que institui um mundo de "salve-se quem puder" (O'DONNEL, 1993, p. 138).

Daí Amélia Cohn concluir que:

> Do ponto de vista da cidadania e do interesse público como norteadores de uma descentralização associada à democratização, a segmentação das políticas públicas, em particular as de corte social, reforça o processo de fragmentação da rede de sociabilidades. Tende, portanto, a reforçar no nível loca a já existente "baixa intensidade" da cidadania. E, do ponto de vista da lógica de descentralização, tendo-se agora por referência o nível federal, ela tende a se transformar num processo de reconcentração do poder, ditado sobretudo pela crise econômica. (COHN, 1994, p. 11).

Sem embargo das observações acima apontadas, elas não podem obscurecer o fato de que a descentralização pode ser um excelente instrumento para se avançar na direção da democratização do Estado e maior justiça social, pois por ela (descentralização) pode-se aproximar a sociedade civil do Estado, buscando diminuir a distância que, historicamente, separa-os (LOBO, 1990, p. 8). E para isso é que a partir de 1988 foram sendo criados conselhos de gestão setoriais não só no nível federal, mas também nos níveis estadual e municipal, que provocou a emergência de novos sujeitos sociais no cenário do processo de tomada de decisões (COHN, 2011,

[31] No caso específico dos Conselhos de Saúde, é possível que esta falta de incentivo decorra do fato de sua formação não ter sido impulsionada nem exigida pela sociedade, de modo que eles não terem surgido "de baixo para cima", na expressão de Silvia Gerschman, que destaca: "De um total de 27 unidades federadas do País, os Conselhos foram legalmente constituídos em 14. Juridicamente, sem funcionarem, existiam em 11 estados, e sem definição jurídica em apenas dois. Sua formação não foi impulsionada nem exigida pela sociedade ou por entidades organizadas na maioria dos estados brasileiros. Originaram-se via de regra por iniciativa dos técnicos das secretarias estaduais de Saúde, alinhados às forças reformistas. Em geral, sua origem é localizável nas diversas instâncias da esfera governamental. [...] Essa situação se explica pelo fato de a política se localizar exclusivamente no nível municipal, sem uma definição de atribuições e obrigações das esferas federal e estadual e sem o repasse correspondente dos recursos. Porém, principalmente, devido ao fato de os Conselhos não terem sido criados de 'baixo para cima', o que fez com que ficassem depreciados e dependessem da vontade política dos governadores e prefeitos para incentivá-los ou não". GERSCHMAN, Silvia. A Democracia Inconclusa: um estudo da Reforma Sanitária brasileira. 2. ed. - Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004. pp. 238 e 244.

p. 14). Especificamente no âmbito da Saúde – onde essa pesquisa se debruça –, a participação social no setor foi institucionalizada pela Constituição de 1988 (art. 198, III, CR/88) e, posteriormente, regulamentada pela legislação dos anos 1990, que estabeleceu conselhos e conferências de Saúde nos três níveis de governo: o Brasil possui atualmente um conselho nacional, 27 conselhos estaduais e mais de 5.500 conselhos municipais de Saúde (CNSS, 2003 apud VICTORA *et al.*, 2011, p. 181).

Conforme previsto pela Constituição da República de 1988, os Conselhos de Saúde são o principal órgão de participação da sociedade na definição do sistema e dos serviços de Saúde nas esferas nacional, estadual e municipal, cabendo-lhes formular o Plano de Saúde adequado à operacionalização do Sistema Único de Saúde (SUS), definir as aplicações orçamentárias do setor, reorganizar administrativamente, gerenciar a rede de atendimento, entre outras atribuições que possui (GERSCHMAN, 2004, p. 238). Para Carvalho (1995, p. 28 apud CORREIA, 2005, p. 64), a ideia de controle social inspira os Conselhos de Saúde para que, com a presença de segmentos sociais tradicionalmente excluídos, possam controlar o Estado, assegurando políticas de Saúde pautadas pelas necessidades do conjunto social, e não somente pelos desígnios de seus setores mais privilegiados. Outrossim, e como observa Mônica Serrano:

> Os Conselhos de Saúde, por sua vez, são permanentes e possuem caráter deliberativo. São órgãos colegiados, formados por representantes do Governo, prestados de serviço, profissionais da Saúde e usuários, que atuam na formulação de estratégias e especialmente no controle da execução da política de Saúde. Importante vetor de fiscalização, os conselhos têm em sua composição usuários diretos dos serviços de Saúde, indicados por associação de moradores, sindicatos, entre outros, o que possibilita, inclusive, o controle da aplicação dos recursos e gastos públicos. (SERRANO, 2012, p. 135).

Com efeito, e diante dos apontamentos acima realizados (que contribuem para a compreensão da participação popular em Saúde), a atenção se volta, neste momento, para o Conselho Nacional de Saúde, órgão colegiado de caráter permanente e deliberativo que atua no âmbito federal e integra a estrutura regimental do Ministério da Saúde (art. 1º, Decreto 5.839/2006) (BRASIL, 2006), e que é responsável por atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, na esfera do Governo Federal, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (art. 2º, I, Decreto 5.839/06).

Historicamente, o Conselho Nacional de Saúde foi criado em 1937, quando houve uma reorganização administrativa do então Ministério da Educação e da Saúde Pública, constituindo-se como órgão de cooperação cuja função precípua era assistir ao ministro da Saúde (CÔRTES *et al.*, 2009, p. 43). Previa o art. 67, da Lei 378/1937 (BRASIL, 1937), que "além do Conselho Nacional de Educação, assistirá o Ministério o Conselho Nacional de Saúde". Observa-se, portanto, que o Ministério da Educação e Saúde Pública, regulado pela lei em apreço, dispunha de dois órgãos para assisti-lo: o Conselho Nacional de Educação e o Conselho Nacional de Saúde.

Posteriormente, em 1953 foi criado o Ministério da Saúde, por força da Lei 1.920/1953 (BRASIL, 1953a), regulamentado pelo Decreto nº 34.596/1953 (BRASIL, 1953b), e que previa, no art. 2º do mencionado Regulamento, que "o Ministério da Saúde se constitui dos seguintes órgãos, diretamente subordinados ao Ministro de Estado [...] Conselho Nacional de Saúde (CNS)" (BRASIL, 1953b). Ainda de acordo com o art. 4º do mesmo Regulamento, "ao Conselho Nacional de Saúde, órgão de cooperação, compete, nos termos dos artigos 3º e 67, da Lei número 378, de 13 de janeiro de 1937, assistir o Ministro de Estado nos assuntos relativos à Saúde Pública" (BRASIL, 1953b). Denota-se, outrossim, que ao Conselho Nacional de Saúde competia apenas assistir ao Ministro de Estado da Saúde, não possuindo caráter deliberativo como ocorre nos dias atuais e se verá mais adiante neste trabalho.

Por agora e, ainda dentro de um breve histórico do Conselho Nacional de Saúde, necessário observar que o Decreto 34.347/1954 (BRASIL, 1954) aprovou seu Regimento e estabeleceu o número de 17 conselheiros em sua composição. Em 1959, houve alteração na composição do Conselho, passando o número de conselheiros para 24, por força do Decreto 45.913/1959 (BRASIL, 1959). Na década seguinte, ocorreram novas mudanças na composição do Conselho, passando ele a contar com 26 conselheiros em 1962; após o golpe militar de 1964, o Conselho sofre novas alterações, com redução do número de conselheiros para 14; em 1970 nova alteração acontece: o Conselho Nacional de Saúde mantém seu caráter de assistência ao Ministério da Saúde, mas passa a contar com 16 membros; no ano de 1976 ocorre mais uma alteração e, embora o Conselho mantivesse sua competência originária, agora passa a contar com 23 conselheiros (CÔRTES *et al.*, 2009, pp. 45-46). Em 1987, mais uma alteração ocorre, essa significativa e que modifica a função do Conselho: de acordo com o art. 1º, do Decreto 93.933/1987 (BRASIL, 1987), o Conselho Nacional de Saúde passa a ter caráter deliberativo, tornando-se órgão

ministerial de deliberação superior (CÔRTES, 2009, p. 50), e cujas competências agora compreendem não apenas assistir ao Ministro da Saúde (sua finalidade principal), mas também exercer atuação normativa; assessorar o Ministro da Saúde na implantação e desenvolvimento da Política Nacional de Saúde; pronunciar-se sobre matérias que devam ser submetidas à sua apreciação, e; opinar, quando solicitado, sobre leis que estejam em tramitação no Congresso Nacional (art. 2º, Decreto 93.933/1987). O número de conselheiros é reduzido para 14, presidido pelo Ministro de Estado da Saúde (art. 3º, Decreto 93.933/1987).

Com isto, e considerado o processo de redemocratização e reforma sanitária que estava ocorrendo, houve uma articulação de forças políticas e sociais que defendeu e teve sucesso em estabelecer no texto constitucional a criação de um Sistema Único de Saúde (SUS), que adotava as diretrizes por elas defendidas: atenção integral à Saúde; serviços de Saúde com acesso universal; sistema que contava com participação da comunidade, e; financiado com recursos da previdência social e dos orçamentos federal, estadual e municipal, provenientes de diversas fontes fiscais (CÔRTES, 2009, p. 52).

Desta forma, em 1988 foi promulgada a Constituição da República em vigor que prevê, em seu art. 198, inciso III, a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de Saúde. Esta participação popular, ocorrida através dos Conselhos de Saúde, entre estes o Conselho Nacional de Saúde, foi regulada pela Lei Orgânica do SUS (Lei 8.080/1990) (BRASIL, 1990a) e prevê tanto que as ações e serviços públicos de Saúde que integram o SUS serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da CR/88 e obedecerão ao princípio, entre outros, de participação da comunidade (art. 7º, VIII, Lei 8.080/90); quanto que deverão ser criadas comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios e órgãos competentes e por entidades representativas da sociedade civil.

Ainda a respeito da participação da comunidade da gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), foi promulgada a Lei 8.142/1990 (BRASIL, 1990b), que prevê que o SUS contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde como instâncias colegiadas (art. 1º), tendo o Conselho de Saúde caráter permanente e deliberativo, e sendo órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de Saúde e usuários, atuando na formulação de estratégias e

no controle da execução da política de Saúde na instância correspondentes, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (art. 1º, §2º). Daí Mônica Serrano observar que “a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, regulamenta a participação dos usuários na gestão do SUS, possibilitando a forma de controle social, inclusive no que diz respeito aos gastos públicos, através de Conferências e Conselhos de Saúde” (SERRANO, 2012, p. 134).

Como observa Côrtes *et al.* (2009, p. 53), quando o novo Conselho Nacional de Saúde foi criado, em agosto de 1990, por força do Decreto 99.438/1990 (BRASIL, 1990c), antes mesmo da promulgação da Lei 8.142/90 (BRASIL, 1990b), o antigo praticamente não existia mais, pois embora continuasse a integrar a estrutura básica do Ministério da Saúde, agora passava a ter caráter deliberativo (o que já havia sido estabelecido pelo Decreto 93.933/87) (BRASIL, 1987). Na mesma esteira, a composição do Conselho também sofreu alterações significativas pois, por exemplo, enquanto em 1990 os conselheiros provenientes de organizações profissionais e de trabalhadores eram no número de 4 (quatro), em 2006 esse número aumentou para 12 (doze), de modo que sozinhos eles somavam um quarto do total de votos nas reuniões plenárias do Conselho. Ainda, no novo Conselho Nacional de Saúde os conselheiros que representavam profissionais e trabalhadores de Saúde; associações comunitárias, movimentos sociais e ONGs (Organizações Não Governamentais) e; entidades étnicas, de gênero e de portadores de patologias ou deficiências passaram a controlar as principais instâncias decisórias do Conselho, enquanto que o decréscimo no número de representantes governamentais no Conselho pode indicar que eles passaram a ter menor capacidade de influir nas decisões tomadas no fórum e, ao mesmo tempo, as principais decisões sobre a política de Saúde estavam sendo tomadas em outros espaços decisórios (CÔRTES *et al.*, 2009, pp. 57, 62-63).

A respeito da participação da comunidade, Amélia Cohn (2011, p. 15) faz importante observação ao verificar que, na Saúde, a participação social foi eclética, contando com representantes dos setores de ponta dos trabalhadores assalariados, dos segmentos da academia, dos profissionais de Saúde, dos movimentos populares da Saúde, mas que ao longo da década de 1990 e seguintes, os trabalhadores assalariados vão se retirando dessa militância, assim como vão se enfraquecendo os movimentos populares de Saúde e sua participação, dando lugar a organizações específicas de portadores de determinadas moléstias, como doenças sexualmente transmissíveis (DST)/Síndrome Imunodeficiência Adquirida (Aids), renais crônicos,

etc., confirmando a impressão acima apresentada a respeito da participação social por grupos específicos.

De toda forma, é possível afirmar que a partir de 1990, especialmente no início da década, é que o Conselho Nacional de Saúde se constituiu como um espaço político no qual interesses sociais organizados eram representados e discutiam-se os rumos da política nacional de Saúde, buscando a criação de consensos ou explicitação de posições conflitantes. No mesmo sentido, pode-se aceitar como a partir deste período que o fórum passou a ser deliberativo e responsável pela formulação de estratégias e pelo controle da execução da política de Saúde nacional (tendo em vista que pouco antes de 1990, precisamente em 1987, é atribuído pela primeira vez ao Conselho caráter deliberativo, pelo Decreto 93.933/87) (BRASIL, 1987), com uma proporção crescente de conselheiros provenientes de entidades da sociedade civil (CÔRTES, 2009, p. 67).

Em seguimento à legislação acima apresentada, que criou e reformulou o Conselho Nacional de Saúde ao longo de sua existência, atualmente o órgão colegiado é regulado pelo Decreto 5.839/2006 (BRASIL, 2006) e seu Regimento Interno está previsto na Resolução 407/2008 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2008), aprovado pelo Plenário do Conselho e homologado pelo Ministro de Estado da época, José Gomes Temporão. Ademais, o Decreto 9.795/2019 (BRASIL, 2019), que aprovou a estrutura regimental do Ministério da Saúde e dá outras providências, fixa no seu Anexo I, artigo 2º, inciso III, alínea “a”, que o referido Ministério é composto de órgãos colegiados, entre outros, o Conselho Nacional de Saúde, e estabelece em seu artigo 47 as competências do aludido Conselho no âmbito do Ministério da Saúde. Atualmente, e segundo seu Regimento Interno, o Conselho Nacional de Saúde é composto por 48 (quarenta e oito) conselheiros membros titulares (art. 4º), divididos da seguinte maneira: sendo 50% (cinquenta por cento) são membros representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS (art. 4º, I); 25% (vinte e cinco por cento) de membros representantes de entidades profissionais de Saúde, incluída a comunidade científica da área de Saúde (art. 4º, §1º, I), e; 25% (vinte e cinco por cento) distribuídos entre agentes governamentais e representantes do mercado de Saúde (art. 4º, §1º, II).

Para melhor elucidação do quanto descrito acima, veja-se gráfico elaborado por Silva e Lima (2019, p. 9), que analisaram a composição do Conselho Nacional de

Saúde no período compreendido entre 2015-2018, indicando como a divisão do número de conselheiros ocorreu no triênio estudado:

Tabela 1 – Número de Conselheiros Nacionais de Saúde por representantes titulares societais e estatais – 2015/2018

Tipo de representantes	F	%	Tipo de representantes	F	%
Societais	40	83,3	Sociais	36	75
			Mercado	4	8,3
Estatal	8	16,7	Governamental	8	16,7
Total	48	100	Total	48	100

Fonte: Silva; Lima (2009, p. 9).

Como se verifica da Tabela 1 acima, dos quarenta e oito conselheiros titulares do Conselho Nacional de Saúde, somente oito são representantes estatais, enquanto as entidades provenientes da sociedade civil ocupam 83,3% do plenário, sendo 75% destas compostas por entidades societais sociais (SILVA; LIMA, 2019, p. 9)[32].

Deveras, e verificada a composição do Conselho Nacional de Saúde, passa-se à análise de suas atividades, para as quais se tomará como fundamento o Regimento Interno do Conselho Nacional de Saúde em vigor – Resolução 407/2008 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2008) -, sendo pertinente trazer o texto de seus artigos 1º, 2º e 10, que estabelecem, respectivamente, sua composição, finalidade e competências, a fim de melhor visualização de suas atribuições:

> Art. 1º O Conselho Nacional de Saúde -CNS, órgão colegiado de caráter permanente e deliberativo, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, conforme determinação do inciso III do art. 198 da Constituição Federal, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, é composto por representantes do governo, dos prestadores de serviços, dos profissionais de Saúde e dos usuários, cujas decisões, quando consubstanciadas em resoluções, são homologadas pelo Ministro de Estado da Saúde.

[32] Importa esclarecer, como o fazem Silva e Lima, "que o processo eleitoral ocorre somente entre os representantes societais. Assim, dos 144 assentos do conselho (48 titulares e 96 primeiros e segundos suplentes), 120 são abertos para disputa eleitoral, sendo 40 para vagas de titulares", motivo pelo qual se verifica haver mais representantes societais do que estatais. Para mais informações, ver SILVA, Berenice Temoteo da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Análise política da composição do Conselho Nacional de Saúde (2015/2018). **Physis**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 1, e290113, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312019000100612&lng=en&nrm=iso. Acesso em 08 nov. 2019. p. 7.

> Art. 2º O CNS tem por finalidade atuar na formulação e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, nas estratégias e na promoção do processo de controle social em toda a sua amplitude, no âmbito dos setores público e privado.
> [...]
> Art. 10. Compete ao Conselho Nacional de Saúde:
> I - atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, na esfera do Governo Federal, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros;
> II - estabelecer diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de Saúde, em razão das características epidemiológicas e da organização dos serviços;
> III - elaborar cronograma de transferência de recursos financeiros aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, consignados ao SUS;
> IV - aprovar os critérios e os valores para remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura de assistência;
> V - propor critérios para a definição de padrões e parâmetros assistenciais;
> VI - acompanhar e controlar a atuação do setor privado da área da Saúde, credenciado mediante contrato ou convênio;
> VII - acompanhar o processo de desenvolvimento e incorporação científica e tecnológica na área de Saúde, visando à observação de padrões éticos compatíveis com o desenvolvimento sócio- cultural do País;
> VIII - articular-se com o Ministério da Educação quanto à criação de novos cursos de ensino superior na área da Saúde, no que concerne à caracterização das necessidades sociais; e
> IX - fortalecer a participação e o controle social no SUS. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2008).

De acordo com o ato administrativo supracitado, enquanto no artigo 1º é estabelecida a composição do Conselho Nacional de Saúde, o artigo 2º estabelece a finalidade do Conselho e o artigo 3º define suas competências. Para o objetivo desta pesquisa, o aspecto que mais interessa é aquele descrito no artigo 2º da Resolução 407/08, que estabelece como finalidade[33] do Conselho atuar na formulação e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. Neste ponto, estudo realizado por Silva *et al.* (2009, meio digital), intitulado “A dinâmica das relações sociais no Conselho Nacional de Saúde”, que analisou as reuniões plenárias ocorridas durante o ano de 2005 no âmbito do

[33] Enquanto a Resolução 407/2008 do Conselho Nacional de Saúde estabelece como sua **finalidade** atuar na formulação e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, o Decreto 5.839/2006 (BRASIL, 2006), que dispõe sobre a organização, atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde, fixa como sua **competência** atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, na esfera do Governo Federal, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. O Decreto 9.795/2019 (BRASIL, 2019) silencia a respeito desta competência do Conselho de atuar nos aspectos econômicos e financeiros da Saúde.

Conselho, constatou que, de acordo com classificação[34] elaborada pelo estudo em referência, questões financeiras - como o financiamento da política de Saúde, nos seus diversos aspectos, tais como recursos para a área da Saúde, execução orçamentária, prestação de contas, distribuição dos recursos entre programas e ações, entre outros -, ficaram em quarto lugar nos assuntos mais discutidos naquele ano pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde.

Isso não significa que o Conselho desdenhe da fiscalização do financiamento da Saúde, ou o acompanhe à distância. Pelo contrário, como observa Silva *et al.* (2009, meio digital), era comum o Conselho Nacional de Saúde levar às reuniões plenárias não-conselheiros para apresentar e debater políticas, programas e questões relacionadas ao financiamento em Saúde ou para prestar esclarecimentos sobre elas. Da mesma maneira, pesquisa realizada por Maria Valeria Costa Correia (2005), que analisou os documentos[35] produzidos pelo Conselho no período de 1995 a 2002, com o fito de verificar sua atuação frente às determinações econômicas exigidas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial (BM) nas gestões do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998 e 1999-2002), aponta que a área do financiamento da Saúde sempre foi acompanhada de perto pelo CNS, tanto ao que se refere à busca de novas fontes, como o acompanhamento constante do montante de recursos destinados à Saúde, inclusive com o estabelecimento de rotina, desde 1993, de submeter à aprovação do Conselho Nacional de Saúde a proposta orçamentária da área técnicas do Ministério da Saúde (MS), antes de encaminhá-la à

[34] De acordo com o estudo elaborado por Silva *et al.* (2009, meio digital), a classificação dos assuntos mais discutidos naquele ano pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde foi a seguinte: **i)** gestão em Saúde: funcionamento e relação das instâncias de gestão em Saúde, nos níveis federal, estadual e municipal; **ii)** trabalhista/profissionais de Saúde: relações e demandas trabalhistas no âmbito do SUS; **iii)** funcionamento e papel do Conselho/controle social: estrutura, dinâmica e papel do fórum, além de suas relações com outras instâncias de deliberação e gestão da política de Saúde; **iv)** questões financeiras: financiamento da política de Saúde, nos seus diversos aspectos, tais como recursos para a área da Saúde, execução orçamentária, prestação de contas, distribuição dos recursos entre programas e ações, entre outros; **v)** organização dos serviços de Saúde: organização e funcionamento dos serviços de Saúde; **vi)** políticas específicas e programas de Saúde: propostas, avaliações e discussões de políticas específicas e programas de Saúde; **vii)** questões locais/particulares: assuntos pontuais ou particularizados. Para mais informações, veja-se CÔRTES, Soraya Vargas (Org.). Participação e Saúde no Brasil. – Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

[35] De acordo com a pesquisa realizada por Maria Valeria Costa Correia, foram analisadas 86 atas, 15 deliberações, 169 Resoluções, 128 Recomendações e 25 Moções, além de documentos levados pelo Conselho Nacional de Saúde, Relatórios das atividades das Comissões Intersetoriais e dos Grupos de Trabalho. Para mais informações, ver CORREIA, Maria Valeria Costa. O Conselho Nacional de Saúde e os rumos da política de Saúde brasileira: mecanismo de controle social frente às condicionalidades dos organismos financeiros internacionais. Tese de Doutorado – Recife: O Autor, 2005. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/9680 Acesso em 16 set. 2019.

Secretaria de Orçamento e Finanças do Ministério do Planejamento (CORREIA, 2005, p. 268). Portanto, e como realça Silva *et al.* (2009):

> O Conselho se constituía em uma instância importante de fiscalização da execução da política de Saúde, desenvolvendo uma atividade intensa de busca de informações sobre a atuação das instituições públicas e privadas da área da Saúde. Além do papel fiscalizador, o Conselho apresentava uma constante atividade deliberativa, durante a qual eram apresentadas propostas de políticas e programas na área da Saúde, que eram discutidas com relativa profundidade, e no final do processo havia uma tomada de posição do Conselho sobre elas. (SILVA *et al.*, 2009, meio digital).

Essa atividade deliberativa do Conselho Nacional de Saúde também é verificada por Correia (2005, p. 269) ao destacar que, em várias Resoluções, o Conselho solicita ao Ministério da Saúde prestações de contas com maior clareza e detalhamento como, por exemplo, na Resolução 161/1995 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 1995), onde expressa ao Ministério a necessidade de melhorar o nível de informação sobre os objetivos dos programas, as correspondentes metas fiscais, embora a qualidade dos dados oferecidos ao CNS para análise da proposta orçamentária tenha se aprimorado a cada ano. E conclui, dentro de sua pesquisa: “anualmente, o CNS aprova o orçamento global do Ministério da Saúde, assim como, cobra aos setores responsáveis, explicações pelo não cumprimento do montante aprovado” (CORREIA, 2005, p. 269).

Este aspecto demonstra como a participação popular atua como fiscal da execução da política pública de Saúde e cumprimento de seu financiamento, realçando, como se pretende realçar nesta pesquisa, sua importância e necessidade como instrumento democrático de apuração dos gastos públicos em Saúde e, eventualmente, de denunciador do descumprimento das ações e serviços públicos de Saúde e ausência ou baixo investimento dos valores mínimos prescritos pela Constituição da República de 1988. Sem embargo da importância da atuação do Ministério Público e demais Poderes da República (Legislativo e Judiciário), revela-se inequívoco como a participação social é extremamente importante para atuar como fiscal da realização das políticas públicas de Saúde e investimento nelas dentro dos parâmetros estabelecidos pela CR/88, inclusive como observam Silva *et al.* (2009, meio digital), ao anotar que os conselheiros provenientes de organizações da sociedade civil foram os mais assíduos às reuniões do CNS no ano de 2005, assim como os que se manifestaram com maior frequência, coordenaram a maior parte dos

pontos de pauta e mais vezes representaram o Conselho em atividades externas, evidenciando a importância da participação da comunidade.

Diante disso é possível afirmar, com Soraya Côrtes (2009, p. 119), que “o CNS é ainda um dos lugares centrais de conexão entre participantes da rede da política de Saúde e da nova comunidade de política que se formou ao final dos anos de 1990”. E assim o é por, inclusive, atuar fiscalizando os investimentos em Saúde pelo Governo Federal, como destaca Correia (2005, p. 273), ao observar que o Conselho sempre deu especial atenção à baixa execução orçamentária e financeira dos programas do Ministério da Saúde, procurando evitar os remanejamentos de recursos que acabam por diminuir os gastos dos mesmos, de maneira que sua posição (do Conselho Nacional de Saúde) é sempre aprovar as propostas orçamentárias de cada ano, e denunciar o seu não cumprimento devido aos constantes contingenciamentos ocorridos ao longo dos anos.

Isto posto e, apesar do controle social sobre os recursos de Saúde ser ponto de pauta constante nas reuniões do Conselho (a partir da apresentação dos relatórios de sua Comissão de Orçamento e Finanças, que são sempre aprovados na íntegra e por unanimidade), e das várias Resoluções contrárias aos contingenciamentos e cortes dos recursos para a Saúde, na prática o Conselho não tem conseguido exercer este controle (CORREIA, 2005, p. 274). A despeito da determinação constante do art. 31 da LC 141/12 - transparência e visibilidade na gestão da Saúde, com ampla divulgação das prestações de contas periódicas da área da Saúde, para consulta e apreciação dos cidadãos e de instituições da sociedade -, o que se observa é que, embora a fiscalização sobre a Saúde tenha aumentado com a participação da comunidade na sua gestão, na prática ela ainda não tem conseguido efetivar os resultados decorrentes de sua vigilância sobre os gastos públicos em Saúde, como se verá adiante. Por agora registre-se, ainda, a respeito das denúncias operadas pelo Conselho Nacional de Saúde sobre o investimento abaixo das determinações legais, que, no governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), falava-se inclusive em Tríplice Contingenciamento[36] das verbas da Saúde, penalizando o Ministério da

[36] Esclarece Maria Valeria Costa Correia (2005, p. 280), com base no relatório da COFIN/CNS de 04 e 05/12/2001, que o Tríplice Contingenciamento, de acordo com Elias Jorge, coordenador adjunto da COFIN, é o contingenciamento orçamentário, o financeiro e os restos a pagar. Observa ainda que de acordo com o relatório da Comissão de Orçamento e Finanças do CNS, de 06 e 07/02/2001, “a estratégia do Tríplice Contingenciamento promovido pela Área Econômica, resultou no cancelamento de Dotações Orçamentárias em 2000, no montante de R$ 845 milhões, com reflexos nos Orçamentos subsequentes de 2001, 2002, 2003 e 2004”. Deste modo, verifica-se haver uma continuidade do Poder

Saúde em R$ 1 bilhão e 7 milhões (contingenciamento orçamentário e financeiro) e em mais de R$ 2 bilhões (limite financeiro abrangendo restos a pagar de 2000 em 2001) (CORREIA, 2005, p. 280), demonstrando o descaso do Poder Executivo em cumprir políticas sociais – em específico, política social de Saúde.

Como dito alhures, o Conselho Nacional de Saúde tem se posicionado contra o baixo investimento em Saúde Pública, denunciando o não cumprimento das propostas orçamentárias ano a ano, a fim de que as metas fiscais da Saúde sejam cumpridas. Entretanto, ele tem enfrentado dificuldades para cumprir este desiderato, e muito pelo fato de o Poder Executivo, por vezes o próprio Ministério da Saúde, não reconhecer ou dotar de eficácia as decisões proferidas pelo Plenário do Conselho, "dando de ombros" com suas decisões e descumprindo as regras legais referentes ao valor jurídico das decisões do órgão colegiado.

Explica-se: a Lei 8.142/90 - que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) -, prevê expressamente em seu art. 1º, §2º, que o Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de Saúde e usuários, atuará na formulação de estratégias e no controle da execução da política de Saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo. Da mesma forma, o Decreto 5.839/06 dispõe de maneira expressa, em seu artigo 1º, que as decisões do Conselho Nacional de Saúde são consubstanciadas em Resoluções e serão homologadas pelo Ministro de Estado da Saúde, no que é repetido pelo Regimento Interno do Conselho (Resolução 407/08), que também descreve em seu artigo 1º que suas decisões, quando consubstanciadas em Resoluções, serão homologadas pelo Ministro de Estado da Saúde.

Mais ainda, o art. 58 da Resolução 407/2008 – Regimento Interno do Conselho Nacional de Saúde (CNS) -, prevê expressamente que "a Resolução é ato geral, de caráter normativo". Ou seja, o artigo em referência descreve que a Resolução proferida pelo Plenário do Conselho Nacional tem caráter normativo, que disciplina matéria de sua competência específica (MEIRELLES, 2014, p. 199). Para melhor visualização do quanto dito, observe-se o teor do referido artigo e seus parágrafos:

Executivo em não investir na Saúde Pública, ou investir em patamares menores que os determinados pela CR/88.

> Art. 58. A Resolução é ato geral, de caráter normativo.
> § 1º A redação da Resolução obedecerá às determinações contidas no Manual de Redação da Presidência da República e no Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002.
> § 2º As deliberações do CNS serão assinadas pelo seu Presidente e aquelas consubstanciadas em Resoluções e homologadas pelo Ministro de Estado da Saúde serão publicadas no Diário Oficial da União - DOU, no prazo máximo de trinta dias, após sua aprovação.
> **§ 3° A Resolução aprovada pelo CNS que não for homologada pelo Ministro de Estado da Saúde, no prazo de até trinta dias após sua aprovação, deverá retornar ao Plenário do CNS na reunião seguinte, acompanhada de justificativa e proposta alternativa, se de sua conveniência, para avaliação do Pleno que poderá acatar as justificativas revogando, modificando ou mantendo a Resolução que, nos dois últimos casos, será reencaminhada ao Ministro para homologação.**
> § 4° Se novamente o Ministro de Estado da Saúde não homologar a Resolução, nem se manifestar sobre esta em até trinta dias após o seu recebimento, ela retornará ao Plenário do CNS para os devidos encaminhamentos.
> § 5º As Resoluções do Conselho Nacional de Saúde somente poderão ser revogadas pelo Plenário. (grifos do autor)

Como se depreende do texto administrativo acima destacado, o Regimento Interno do Conselho Nacional de Saúde, amparado por Lei e Decreto, prevê que suas Resoluções possuem caráter normativo (art. 58, caput*,* Res. 407/2008) e devem ser homologadas pelo Ministro de Estado da Saúde e publicadas no Diário Oficial da União (DOU) no prazo máximo de trinta dias (art. 58, §2º). Quando ocorrer de Resolução aprovada não ser homologada pelo Ministro de Estado da Saúde no prazo de trinta dias, deverá retornar ao Plenário do CNS acompanhada de justificativa e proposta alternativa, quando conveniente, para avaliação do Pleno, que poderá revogar, modificar ou manter a Resolução rediscutida, que, nas duas últimas situações, será reencaminhada ao Ministro para homologação (art. 58, §3º). Na hipótese de manutenção da não-homologação da Resolução ou omissão a seu respeito, pelo Ministro da Saúde, no prazo de trinta dias, ela retornará ao Plenário do CNS para os devidos encaminhamentos (art. 58, §4º).

Os esclarecimentos anteriores são pertinentes porque, não obstante a existência de todo um arcabouço legal a respeito da atuação do Conselho Nacional de Saúde e dos efeitos de suas Resoluções, o que ocorre na prática é que, muitas vezes, o Ministério da Saúde não homologa as decisões proferidas pelo Plenário do Conselho Nacional consubstanciadas em Resoluções, retirando-lhes o caráter deliberativo e esvaziando-as de qualquer força executória que possuam, para agir deliberadamente de modo contrário ao exposto e/ou denunciado pelo órgão de

participação da comunidade, prejudicando seu caráter democrático e evidenciando, como dito alhures, a ideia de recentralização do poder (devido não levar em consideração a manifestação popular oriunda dos partícipes do Conselho). Isso foi observado por Correia (2005, p. 74), quando destacou que, não obstante o controle social exercido pelo Conselho Nacional de Saúde a respeito do orçamento da Saúde e das Resoluções por ele proferidas sobre o descumprimento do investimento em Saúde Pública, muitas destas Resoluções não são homologadas e outras não são cumpridas pelo Ministério da Saúde. E prossegue a citada autora:

> Diante da não homologação pelo Ministro da Saúde de algumas decisões do CNS, o Conselheiro representante das Entidades Médicas Nacionais, Eurípedes Balsanufo, afirmou que esse fato, leva a uma desmoralização do órgão colegiado, referindo que o MS tem estabelecido suas políticas e prioridades, a despeito de o Conselho Nacional de Saúde, e de suas decisões (Ata da 70ª Reunião Ordinária do CNS, de 30/09 e 01/10 de 1997).
> [...]
> A ausência do então Ministro da Saúde, José Serra, nas reuniões do Conselho foi reclamada pela Conselheira representante das Entidades Nacionais de Patologia e Deficiência/FARBRA, Neide Barriguelli. A Conselheira representante das Entidades Nacionais de Outros Profissionais da Área da Saúde, Albaneide Peixinho, considerou como agravante o dato das Resoluções do CNS não serem homologadas pelo Ministro da Saúde. (Ata da 93ª Reunião Ordinária do CNS, 1 e 2 de dezembro de 1999) (CORREIA, 2005, pp. 287 e 289).

Essas dificuldades acima destacadas, de não homologação das decisões/Resoluções do Conselho Nacional de Saúde, pelo Ministro da Saúde, não passaram ao largo da doutrina que estuda o tema, pois, como já observou Silvia Gerschman (2004, p. 239), “apesar de a lei determinar o caráter deliberativo dos Conselhos, estes acabaram tendo papel meramente consultivo”. E assim o foi devido a participação da sociedade sofrer fortes resistências das diversas instâncias do Executivo, de prestadores privados, etc., expressas em obstáculos à viabilização de um funcionamento mais fluido dos Conselhos, não os considerando órgãos deliberativos (GERSCHMAN, 2004, p. 245). Daí Labra (2009, p. 186) destacar que para a regulação exercida pelos Conselhos de Saúde terem capacidade de *enforcement,* ou seja, ser impositiva e vinculante, é imprescindível que as correspondentes deliberações dos órgãos colegiados, a começar pelas emitidas pelo Conselho Nacional de Saúde enquanto reitor do sistema participativo setorial, entrem no circuito dos poderes legislativos do Executivo e incluso no Congresso Nacional quando necessário.

A discussão a respeito da executoriedade das decisões do Conselho Nacional de Saúde fez, inclusive, com que o próprio Conselho produzisse Nota Técnica 001/2009-CNS (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2009) observando que, dado o caráter deliberativo que ele possui e por se tratar de instrumento destinado a dar eficácia ao princípio da participação popular, insculpido nos arts. 194, VII e 198, III, da CR/88, suas resoluções são carregadas de legitimidade e força executória, posto que estabelecidas em lei e amparadas nos mais altos princípios constitucionais. Conclui a referida Nota Técnica que não pode o Ministro de Estado da Saúde se negar, arbitrariamente, a homologar as resoluções tomadas pelo colegiado que compõe o Conselho Nacional de Saúde.

Sem embargo das diretivas apontadas pela Norma Técnica supracitada, parece que o problema a respeito do cumprimento das Resoluções do Conselho Nacional de Saúde, pelo Ministro da Saúde, está longe de ser dirimido. Com efeito, estudo elaborado por Daniel Pitangueira de Avelino (2018, pp. 70-81), que analisou todas as Resoluções do Conselho Nacional desde 1988 (530 Resoluções), identificou que os atos não homologados pelo Ministério da Saúde totalizam 44 (quarenta e quatro) e, os atos pendentes de homologação perfazem o total de 4 (quatro), apenas – estes atos, somados, representaram apenas 9% das 530 resoluções pesquisadas. Contudo, embora o percentual de decisões não homologadas seja relativamente baixo, chama a atenção o fato de que seis das Resoluções do último ano pesquisado (20% delas) não foram homologadas pelo titular do Ministério, sugerindo tendência de dissenso entre os órgãos.

Mais relevante ainda é o fato de que algumas dessas Resoluções não homologadas contrariam interesses do Ministério, como a Resolução n. 551, que reprova o Relatório Anual de Gestão de 2016 (a ser estudada adiante), e a Resolução n. 565, que solicita ao Ministério Público Federal medidas para garantir assistência farmacêutica (AVELINO, 2018, p. 70). Veja-se, a este respeito, tabela elaborada pelo autor em comento, que bem elucida a questão das Resoluções do Conselho Nacional de Saúde:

Tabela 2 – Número de Resoluções aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde, segundo a situação (Brasil, 1988-2018)

Ano	a. Em Tramitação	b. Aguardando Homologação	c. Não Homologada	d. Homologada	e. Em Vigor	f. Em Vigor *Sub Judice*	g. Implementada	h. Implementada Parcialmente	i. Não Implementada	j. Desconsiderada	k. Referente a Projeto de Lei	l. Revogada	m. Prescrita	n. Retificada	o. Renumerada	p. Sem Dados	Total do Ano
1988												1					1
1991					9		11	1									21
1992				1	9		3					1					14
1993			6	1	18		26	3	1	2	2		1	1		1	62
1994			5		33	1	7		3							1	50
1995					17		6		1			1				1	26
1996			1		24		2					1				5	33
1997			5		46		2									2	55
1998			7		15											1	23
1999					8											2	10
2000			3		3							1				1	8
2001			6	1													7
2002			3		1										1		5
2003					13							1					14
2004					8												8
2005	1		1		9							1					12
2006	1				4												5
2007					11							14					25
2008					8							2					10
2009					8							7					15
2010					3												3
2011					13												13
2012					10												10
2013					18							9					27
2014			1		2							1					4
2015					5											1	6
2016		2		1	31												34
2017			6	7	16												29
Total Geral	2	2	44	11	342	1	57	4	5	2	2	40	1	1	1	15	530

Fonte: Avelino (2018, p. 71).

Em que pese os dados acima apresentados serem insuficientes para descrever todos os casos de homologação e não homologação da Resoluções do Conselho Nacional de Saúde, eles realçam como a participação popular, por vezes, não encontra ressonância dentro do âmbito do Poder Executivo, além de indicar que em

situações onde a participação da comunidade denuncia ou vai de encontro aos interesses governamentais, ela encontra resistência (como, por exemplo, ao se verificar que nos anos pesquisados por Maria Valeria Correia, 1999-2002, houve nove Resoluções que não foram homologadas pelo Ministério da Saúde; ou que no ano de 2017 houve seis Resoluções que não foram homologadas, entre elas a de número 551, que reprovou as contas do Ministério da Saúde).

Despontam daí questões complexas, pois ao entrar em discussão ato emanado do exercício da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde (SUS), constitucionalmente prevista, não é possível dizer que haja subordinação da comunidade ao gestor o que torna inviável qualquer tipo de controle hierárquico (AVELINO, 2018, p. 74), como ocorrem com as Resoluções não homologadas. Sim, pois, estabelecendo a CR/88 a participação da comunidade como uma diretriz de organização do SUS, e verificado que é a composição mista dos Conselhos de Saúde, da qual participa o Ministro ou Secretário de Saúde e demais partes interessadas nas políticas públicas de Saúde, que dá sustentação jurídico-administrativa à sua natureza de órgão deliberativo superior, então suas opiniões e Resoluções devem ser observadas pelas autoridades públicas, e não apenas consideradas, nos processos de decisão superior do Governo (CAMPOS; SALGADO, 2018, p. 50).

Outrossim, quando o Conselho Nacional de Saúde exerce o poder de fixar diretrizes genéricas ou decide casos concretos, atua de maneira decisória ou normativa, sendo do colegiado a competência para produzir o ato administrativo, que não deveria estar submetido a controle hierárquico por parte de nenhum órgão ministerial (AVELINO, 2018, p. 75). Quando a legislação cria a figura da homologação, transforma a decisão do órgão colegiado em ato administrativo composto, que é aquele “que resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exequível” (MEIRELLES, 2014, p. 189). E este ato de homologação exigido pela legislação que rege a atuação do Conselho Nacional de Saúde acaba por estabelecer um controle de mérito sobre sua atuação, limitando a regra constitucional de participação da comunidade e inviabiliza um controle autônomo, pois a ausência de homologação nega exequibilidade à decisão colegiada (AVELINO, 2018, p. 75).

Diante desse impasse, merece destaque a observação realizada por Campos e Salgado:

> Desconsiderar esses comandos legais e submeter os conselhos à supervisão hierárquica direta do gestor de Saúde significa incorrer, a um só tempo, em: (a) anulação, de fato, das funções deliberativas dos conselhos de Saúde, na eventualidade de um de seus membros (o gestor de Saúde) optar por não homologar decisão tomada pelo colegiado em que tenha sido voto vencido; (b) desrespeito ao princípio da segregação de funções, ao submeter os atos da instância controladora (o conselho de Saúde) à revisão do agente controlado (gestor de Saúde); (c) inversão da hierarquia das normas jurídicas, consagrada na doutrina jurídica nacional, ao fazer sobrepujar a portaria do gestor público à resolução do conselho deliberativo, do qual ele participa apenas como um dos membros. (CAMPOS; SALGADO, 2018, p. 51).

E concluem os supracitados autores que, desde a promulgação da Lei 8.028/1990 (BRASIL, 1990)[37] até os dias atuais, a posição organizacional do Conselho Nacional de Saúde na estrutura do Poder Executivo Federal tem sido a de órgão subordinado ao Ministro da Saúde, em franca antinomia jurídica em relação às leis organizativas do SUS (CAMPOS; SALGADO, 2018, p. 51). Disto decorre que as Resoluções do Conselho Nacional de Saúde não possuem autoexecutoriedade (embora a Nota Técnica 001/2009-CNS disponha em sentido contrário), e preocupa quem acredita na concretização da diretriz de participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), pois, na prática, torna a atuação do Conselho inócua ou controlável (o primeiro nas hipóteses de atuação consultiva; o segundo nos casos de atuação decisória ou normativa, que dependem de homologação), e gera uma relação de subordinação entre o órgão colegiado e o Ministério da Saúde, inviabilizando o controle autônomo da sociedade previsto pelas leis que regem o SUS (AVELINO, 2018, p. 78).

Esse tópico da presente pesquisa procurou demonstrar o direito da sociedade de exigir e fiscalizar os gastos públicos em Saúde realizados pelo Poder Executivo Federal, mediante a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS). Essa participação da comunidade foi realizada no âmbito do Conselho Nacional de Saúde (CNS), órgão colegiado que atua junto ao Ministério da Saúde e que é aqui pesquisado, enquanto responsável pelos gastos em Saúde a nível federal.

---

[37] A Lei 8.028, de 12 de abril de 1990, dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Prevê em seu artigo 17, inciso VII, que, entre outros Ministérios, está o Ministério da Saúde. Prevê ainda, no artigo 19 da mesma Lei, os assuntos que constituem a área de competência de cada Ministério, estabelecendo, no inciso IV do referido artigo, que são assuntos de competência do Ministério da Saúde: a) política nacional de drogas; b) atividades médicas e paramédicas; c) ação preventiva na área de Saúde, vigilância sanitária nas fronteiras, nos portos e aeroportos; d) controle de drogas, medicamentos e alimentos; e) pesquisas médico-sanitárias.

Verificou-se que o Conselho Nacional de Saúde tem atuado ativamente enquanto órgão fiscalizador das políticas e investimentos públicos federais em Saúde, de acordo com a legislação que o rege e demais normas correlatas (*ex. gr.,* LC 141/12).

Observou-se também que, embora a atuação do Conselho seja ativa e, por vezes, denuncie os desmandos e não cumprimento das regras constitucionais de investimento em ações e serviços de Saúde Pública, suas decisões, consubstanciadas em Resoluções, têm encontrado resistência em serem cumpridas, principalmente quando destoam dos desejos e interesses do órgão ministerial, devido não possuírem autoexecutoriedade por força de lei, que exige a homologação pelo Ministro da Saúde destas Resoluções para que se tornem executáveis. Isso gera uma subordinação e um controle do fórum de participação social pelo Ministério da Saúde, impedindo a efetiva concretização da participação democrática da população na gestão do SUS, prevista pelo art. 198, III, da CR/88, e indicando uma recentralização do poder pelos órgãos governamentais.

Contudo, todas estas dificuldades acima apontadas não têm impedido o Conselho Nacional de Saúde de atuar ativamente como fiscal dos gastos públicos em Saúde, como demonstrando anteriormente e se verá no próximo item desta pesquisa, demonstrando que a participação da sociedade tem sido levada a sério por este órgão colegiado.

2.3 Análise dos Relatórios Anuais de Gestão (RAG) do Ministério da Saúde pelo Conselho Nacional de Saúde

Verificados o dever de prestação de contas pelo Poder Executivo e o direito da sociedade de fiscalizar os gastos públicos em Saúde, que, no caso dos gastos da União com ações e serviços de Saúde Pública é realizado pelo Conselho Nacional de Saúde, ao participar da gestão e fiscalização das contas do Sistema Único de Saúde (SUS), cumpre agora verificar como estes dever e direito operam na prática, através da análise, de um lado, dos **(a)** Relatório Anual de Gestão (RAG) apresentados pelo Ministério da Saúde ao Conselho Nacional de Saúde (caracterizando o dever de prestação de contas) e, de outro lado, do estudo das **(b)** Análise dos Relatório Anual de Gestão (Análise-RAG) realizada pelo Conselho de Saúde sobre as contas

prestadas pelo Ministério da Saúde (caracterizando o direito de fiscalização dos gastos públicos).

Para isso, e considerando que esta pesquisa se dedica a responder à pergunta se a União investiu em ações e serviços de Saúde o percentual mínimo prescrito pelo art. 198, §2º, I, da CR/88 (naquilo que se convencionou denominar piso mínimo constitucional de investimento em Saúde), serão analisados os Relatórios Anuais de Gestão (RAG) do Ministério da Saúde correspondentes aos anos de 2014, 2015 e 2016, e Análise do Relatório Anual de Gestão (Análise-RAG), procedidas pelo Conselho Nacional de Saúde através de sua Comissão de Orçamento e Financiamento (COFIN/CNS), dos respectivos anos mencionados. Desta maneira, pretende-se responder à questão que embasa este trabalho e, a partir disso, verificar quais são os efeitos que o investimento, sua execução parcial ou eventual ausência, causam para o exercício do direito constitucional à saúde e para o Administrador Público responsável por concretizar este direito.

Diz-se que o Administrador Público é quem deve operar no sentido de concretizar o direito à saúde, por ser ele quem administra/faz uso dos dinheiros públicos para a realização deste objetivo e, quando não o faz mediante omissão ou desperdício do erário noutras finalidades que não aquela para a qual a verba foi destinada, age de maneira ilegítima e atrai para si a responsabilidade do descumprimento das leis e normas de regência da matéria[38].

Importante ressaltar que a elaboração destes "Relatório Anual de Gestão" (RAG) e sua "Análise pelo Conselho Nacional de Saúde" decorrem de imposição legal, que exige do Administrador Público a prestação de contas do uso dos dinheiros públicos e o direito da sociedade de fiscalizá-las, como descrito nos itens 2.1 e 2.2 desta pesquisa. Com efeito, o art. 33, caput, da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde – SUS), já prescrevia a respeito da fiscalização pelos Conselhos de Saúde que “os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde”. Na mesma esteira, a redação do Decreto 5.839/2006, quando descreve caber ao Conselho Nacional de Saúde atuar

[38] Conforme destacado no item 2.1, quando analisado o direito de fiscalização da sociedade sobre os gastos públicos e possibilidade, inclusive, de denúncia perante os Tribunais de Contas (art. 74, §2º, CR/88). Ademais, e como se verá no decorrer deste trabalho, o Administrador negligente pode sofrer sanções específicas decorrente da malversação dos dinheiros públicos.

na formulação de estratégias e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, na esfera do Governo Federal, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (art. 2º, I, Dec. 5.839/06), no que foi repetido pela Resolução 407/2008 do Conselho Nacional (art. 10, I, do Regimento Interno do CNS).

De modo mais enfático quanto ao dever de prestar contas, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) prevê, em seu artigo 54, que ao final de cada quadrimestre será emitido pelos titulares dos Poderes e órgãos referidos no art. 20[39], desta Lei, Relatório de Gestão Fiscal assinado pelo Chefe do Poder Executivo, Presidente e demais membros da Mesa Diretora do Poder Legislativo, Presidente de Tribunal e demais membros de Conselho de Administração do Poder Judiciário, e; Chefe do Ministério Público da União e dos Estados. Havendo descumprimento destas normas, a Lei de Responsabilidade Fiscal determina, em seu art. 23, a suspensão das transferências voluntárias, garantias e contratações de operações de crédito, além de os responsáveis poderem sofrer as sanções previstas no Código Penal, na Lei de Crimes de Responsabilidade Fiscal e na Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 356).

Especificamente na área da Saúde, a Lei Complementar 141/2012 estabelece, ao longo de seu texto, mecanismos de prestação de contas e fiscalização dos gastos públicos em Saúde como, por exemplo, em seu artigo 17, §1º, ao determinar que o Ministério da Saúde definirá e publicará, anualmente, utilizando metodologia pactuada na comissão intergestores tripartite e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, os montantes a serem transferidos a cada Estado, ao Distrito Federal e a cada Município para custeio das ações e serviços públicos de Saúde. Ademais, essa mesma Lei determina também: **i)** em seu artigo 31 o dever de prestação de contas periódicas da área da Saúde; **ii)** no artigo 36, que o gestor do SUS em cada ente da Federação elaborará Relatório detalhado referente ao quadrimestre anterior; **iii)** no artigo 38, que o Poder Legislativo, diretamente ou auxiliado pelo Tribunal de Contas, pelo sistema de auditoria do SUS, pelo órgão de controle interno e pelo Conselho de Saúde de cada ente federativo, fiscalizará o cumprimento das normas fixadas pela referida Lei,

[39] Os órgãos previstos no art. 20, da LC 101/2000, estão descritos expressamente nos incisos do §2º do artigo em comento, a saber: I – o Ministério Público; II – no Poder Legislativo: a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União; b) Estadual, a Assembleia Legislativa e os Tribunais de Contas; c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal; d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houve; III – no Poder Judiciário: a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição; b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver.

com ênfase, entre outras, à aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de Saúde, observadas as regras previstas na Lei Complementar 141/2012, e; **iv)** em seu artigo 41, que os Conselhos de Saúde, no âmbito de suas atribuições, avaliarão a cada quadrimestre o relatório consolidado do resultado da execução orçamentária e financeira no âmbito da Saúde e o relatório do gestor da Saúde sobre a execução da Lei Complementar em referência nas condições de Saúde e qualidade dos serviços de Saúde.

Portanto, e como se extrai dos dispositivos legais acima mencionados, a apresentação dos relatórios de gestão e suas análises realizadas pelo Conselho de Saúde, a seguir estudados, derivam de obrigação legal que, quando descumprida, prejudicam o repasse de verbas e outras operações creditícias a cada um dos entes da Federação, além de poder implicar no estabelecimento de sanções ao Administrador Público perdulário e descompromissado com a prestação de contas à sociedade.

Isto posto e, destacada a legislação relacionada ao tema, cumpre ressaltar que no item 2.3.1 serão estudados o Relatório Anual de Gestão (RAG) do ano de 2014, documento através do qual o Ministério da Saúde (MS) presta suas contas a respeito do gasto público em Saúde ocorrido neste ano, e a Análise (Análise-RAG) procedida pela Comissão de Orçamento e Financiamento, do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS), correspondente ao ano em referência (2014). Nesta Análise realizada pela COFIN/CNS são verificadas as despesas realizadas pelo MS e apontadas as omissões, ausência de investimentos, investimentos abaixo do mínimo legal, entre outros, tudo no exercício da fiscalização dos gastos públicos em Saúde exercidos pelo Governo Federal.

No item 2.3.2 deste trabalho, serão analisados o RAG/2015, do MS, e a Análise-RAG/2015 realizada pelo COFIN/CNS, onde serão verificadas as contas prestadas pelo MS correspondentes ao uso dos dinheiros públicos durante o ano de 2015 e a Análise procedida pelo COFIN/CNS a respeito destes gastos públicos, tudo com a finalidade de observar se foram cumpridas as determinações legais referentes ao investimento em ações e serviços de Saúde Pública no decorrer deste ano.

Finalmente, o item 2.3.3 avalia, da mesma forma que os pontos anteriores deste capítulo e acima detalhados, o RAG/2016, do MS, e a Análise-RAG/2016 efetuada pela COFIN/CNS, se debruçando sobre os gastos públicos em ações e serviços de Saúde realizados pelo MS, durante o ano de 2016, e a Análise que o

COFIN/CNS procedeu a respeito destes gastos públicos. Desde já se advirta que este item, em específico, traz novidade em comparação às contas dos anos anteriores, analisadas nos itens pretéritos desta pesquisa: pela primeira vez, desde sua criação, o CNS decidiu por reprovar as contas do MS, como se verificará ao longo deste tópico do trabalho, o que, além de constituir grande novidade no âmbito da relação existente entre MS e CNS, demonstra como a participação social tem sido ativa e vigilante quanto aos gastos com a Saúde Pública e, ademais, mostra como a União tem se omitido no seu dever constitucional de empreender esforços para efetivar a proteção à Saúde, o que se pretende restar demonstrado ao longo deste subcapítulo.

2.3.1 O Relatório Anual de Gestão de 2014 (RAG/2014) do Ministério da Saúde e sua análise pelo Conselho Nacional de Saúde

O Relatório Anual de Gestão do ano de 2014, elaborado pelo Ministério da Saúde (RAG2014/MS)[40], foi aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde através da Resolução nº 505, de 12 de novembro de 2015[41], que resolveu "aprovar o Relatório Anual de Gestão 2014 do Ministério da Saúde, que acompanha esta Resolução, com as ressalvas e recomendações contidas no Parecer Técnico da COFIN/CNS, concluído em 1º de outubro de 2015" (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015). Essa Resolução foi homologada pelo Ministro de Estado da Saúde e publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 31 de março de 2016.

Embora o Relatório supracitado tenha sido aprovado, assim o foi com ressalvas apresentadas pela Comissão de Orçamento e Financiamento, do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS), que apontaram dificuldades e equívocos na execução do orçamento pelo Ministério da Saúde, tanto num contingenciamento de verbas destinadas à Saúde, quanto um empenho inadequado de verbas para os fins a que se destinavam ou pagamento de valores abaixo dos níveis estabelecidos pela Lei Complementar 141/2012, demonstrando que, se por um lado, no ano de 2014 os valores empenhados estavam de acordo com o mínimo previsto pela CR e pela lei[42],

---

[40] Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/RAG_2014_20150331.pdf Acesso em 13 nov. 2017.

[41] Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2015/Reso_505.pdf Acesso em 13 nov. 2017.

[42] Até a entrada em vigor da Lei Complementar 141/2012, os percentuais mínimos a serem aplicados pela União em ações e serviços públicos de Saúde eram estabelecidos pela Emenda Constitucional 29/2000 (EC 29/2000). Esta Emenda acrescentou os §§2º e 3º ao art. 198 da CR e inseriu o art. 77 ao

por outro lado as receitas destinadas à Saúde foram executadas aquém dos níveis legalmente determinados, o que indica, ao menos num primeiro momento, o descumprimento do investimento em ações e serviços de Saúde Pública pela União.

Esclareçam-se, desde já, alguns conceitos que contribuirão à leitura do trabalho: existem três estágios de despesa, sendo dois considerados de execução orçamentária (empenho[43] e liquidação[44]) e um que é considerado execução financeira (pagamento da despesa[45]) (ALBUQUERQUE, MEDEIROS, FEIJÓ, 2008 apud VIEIRA, PIOLA, 2016, p. 9). As regras sobre direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, Estados, Distrito Federal e Municípios são definidas pela Lei 4.320/1964 (BRASIL, 1964), que estabelece esses três estágios (VIEIRA, PIOLA, p. 9).

ADCT, determinando que a União deveria investir, no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de Saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento (art. 77, I, "a", ADCT); do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB (art. 77, I, "b", ADCT), e; a partir do exercício financeiro de 2005, na ausência da lei complementar referida pelo art. 198, § 3º, CR, permaneceriam sendo aplicados estes percentuais (art. 77, §4º, ADCT). A partir da vigência da LC 141/2012, fixou-se que a União aplicaria, 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 (art. 5º, caput*,* LC 141/12). Esta regra não se aplica mais à União, por força da Emenda Constitucional 86/2015 (EC 86/2015), que alterou o art. 198, §2º, I, CR, para determinar à União aplicar a receita corrente líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%. Este percentual foi mantido pela Emenda Constitucional 95/2016 (EC 95/2016), que fixou o Novo Regime Fiscal (NRF) e revogou o art. 2º da EC 86/2015 (que prescrevia regra de investimento progressivo em Saúde, pela União, até alcançar o patamar anual de 15%), estabelecendo que na vigência deste Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de Saúde equivalerão, no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198, CR, e, nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

[43] O empenho está assim definido no art. 58, da Lei 4.320/1964: "o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. A seu respeito, leciona Ricardo Lobo Torres que "é o ato pelo qual se reserva, do total da dotação orçamentária, a quantia necessária ao pagamento. Permite à Administração realizar ulteriormente o pagamento e garante ao credor a existência de verba necessária ao fornecimento ou ao cumprimento de responsabilidades contratuais. A lei torna necessária a expedição de nota de empenho para cada despesa, salvo quando há empenho global (por exemplo, nas despesas de pessoal). É vedada a realização de despesas sem prévio empenho, o que significa que o empenho antecede a compra e a prestação do serviço". TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 19. ed., rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 198

[44] Define o art. 63 da Lei 4.320/1964 que "a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito". Sobre ela, Regis Fernandes de Oliveira (2013, p. 479) que "tal ato nada cria, é simples verificação da legalidade e da obediência às formalidades legais".

[45] O pagamento de despesa está definido no art. 64 da Lei 4.320/1964, da seguinte maneira: "Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Feitos estes esclarecimentos e, no que se refere ao contingenciamento[46] acima destacado, esta conclusão parte de análise procedida pela COFIN/CNS de tabela apresentada pela Ministério da Saúde em seu Relatório Anual de Gestão do ano de 2014 (RAG2014/MS), que contém demonstrativos dos limites de empenho, pagamento e sua execução, detalhado por itens globais: despesas com pessoal ativo na promoção de ações e serviços públicos de Saúde (ASPS); pessoal ativo de outras áreas diferentes de ações e serviços públicos de Saúde, e inativos; agência nacional de Saúde suplementar (ANS); outras despesas correntes e capital (OCC) para ASPS e não ASPS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, p. 6). Para melhor visualização, veja-se a tabela 3 abaixo apresentada:

Tabela 3 – Limites de empenho e pagamento – Ministério da Saúde (MS), 2014
Posição: Dezembro encerrado

R$ Milhões

ITEM	DOTAÇÃO ATUALIZ. (A)	DISPONIBIL. P/ EMPENHO (B)	EMPENHADO (C)	PAGO (D)	SALDO A PAGAR E = (C - D)	% EMP/LIM F=(C/B)	SALDO NÃO EXEC. G=(B-C)	% SALDO H=(G/B)
PESSOAL ATIVO	**9.389,2**	**9.389,2**	**9.298,9**	**9.252,2**	**46,7**	**99,0%**	**90,3**	**1,0%**
PESSOAL NÃO ASPS (INATIVOS E ANS)	**7.734,1**	**7.734,1**	**7.720,3**	**7.718,6**	**1,6**	**99,8%**	**13,8**	**0,2%**
DÍVIDA	**223,4**	**223,4**	**15,0**	**15,0**	**0,0**	**6,7%**	**208,4**	**93,3%**
ANS - UO 74202	**16,0**	**16,0**	**10,1**	**7,3**	**2,7**	**62,8%**	**5,9**	**37,2%**
OCC - ASPS	**88.542,8**	**83.052,5**	**82.944,3**	**75.856,1**	**7.088,2**	**99,9%**	**108,9**	**0,1%**
Programação Própria	82.153,9	80.105,6	80.042,3	75.851,2	4.191,2	99,9%	63,3	0,1%
Emendas Coletivas	1.932,4	0,0	0,0	0,0	0,0	-	0,0	
Emendas Individuais (1)	4.451,5	2.941,9	2.896,9	0,4	2.896,5	98,5%	45,0	1,5%
Sentenças Judiciais	5,0	5,0	5,0	4,5	0,5	100,0%	0,0	0,0%
OCC - NÃO ASPS	**2.487,9**	**1.895,9**	**1.877,1**	**1.265,7**	**611,4**	**99,0%**	**18,8**	**1,0%**
Programação Própria	2.342,5	1.868,3	1.852,3	1.261,2	591,1	99,1%	15,9	0,9%
Emendas Coletivas	110,2	0,0	0,0	0,0	0,0	-	0,0	-
Emendas Individuais	30,1	22,7	20,3	0,0	20,3	89,4%	2,4	10,6%
Sentenças Judiciais	5,0	5,0	4,5	4,5	0,0	91,5%	0,4	8,5%
TOTAL ASPS	**97.932,0**	**92.441,8**	**92.243,2**	**85.108,3**	**7.134,9**	**99,8%**	**198,6**	**0,2%**
TOTAL MIN. SAÚDE	**108.393,4**	**102.311,1**	**101.865,6**	**94.115,0**	**7.750,7**	**99,6%**	**445,5**	**0,4%**

Fonte: Relatório Anual de Gestão de 2014, Ministério da Saúde (RAG2014/MS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, p. 6).

Como é possível observar da tabela acima, enquanto a dotação atualizada (decorrente da Lei Orçamentária Anual – LOA, atualizada) para os gastos com ações

[46] "Contingenciar é controlar ou limitar despesas previstas no orçamento para evitar o desequilíbrio durante o exercício financeiro. A limitação de empenho pode ocorrer, como se vê, a partir da análise de possível não cumprimento das metas. Não se pode efetuar o contingenciamento a qualquer hora e indistintamente, sem razões hábeis e fundamentação adequada. Na precisa dicção do art. 9º da LRF apenas poderá ocorrer o contingenciamento se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita não poderá comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal. [...] Não é o que vem sendo feito pelo governo federal que busca efetuar a limitação diante do aumento de gastos obrigatórios por ele mesmo efetuados" (OLIVEIRA, 2013, pp. 351-353).

e serviços públicos de Saúde foram de R$ 97,9 bilhões, o valor disponibilizado para empenhos foi de R$ 92,4 bilhões, indicando contingenciamento de verbas no importe de R$ 5,5 bilhões (correspondente à diferença entre a LOA atualizada e os valores disponibilizados para empenho). Diante deste quadro, a COFIN/CNS, em sua Análise do Relatório Anual de Gestão de 2014, do Ministério da Saúde (Análise-RAG/2014), observou que:

> A Tabela 2 apresentada na página 6 do RAG2014/MS compara a autorização da despesa com ASPS na Lei Orçamentária somada à abertura de créditos adicionais (LOA atualizada), no valor de R$ 97,9 bilhões, com o valor disponibilizado para empenhos e pagamentos pelo Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão, no valor de R$ 92,4 bilhões, evidenciando um elevado contingenciamento (diferença de R$ 5,5 bilhões entre a LOA atualizada e o valor disponibilizado para empenho).
> [...]
> **Com esse contingenciamento, foi disponibilizado um valor muito próximo da aplicação mínima, comprovando a adoção pela área econômica do governo federal da lógica "Piso=Teto".**
> O Ministério da Saúde foi mais uma vez prejudicado pelo contingenciamento orçamentário, mesmo o governo federal sabendo da necessidade de recursos adicionais para o financiamento adequado do SUS. [...] (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, p. 4) (grifos do original).

Desta maneira, vê-se que o Ministério da Saúde, de acordo com os dados por ele apresentados e avaliados pela COFIN/CNS, sofreu contingenciamento de verbas para gastos em Saúde Pública apontando, ao menos num momento inicial, descaso do Governo Federal em concretizar o direito à saúde e seu financiamento nos moldes previstos pela CR/1988. Inclusive porque, segundo a análise da COFIN/CNS, o Governo Federal optou por adotar uma lógica de "piso=teto", ou seja, transformou o gasto mínimo em Saúde (piso) no máximo (teto) que ele se dispõe a gastar, pois, como a definição do valor mínimo a ser aplicado pela União, a cada ano, era baseada na correção do valor empenhado no ano anterior pelo crescimento nominal do PIB entre os dois anos anteriores, o Governo Federal evitava superar o piso, que dessa forma funcionava como teto, para não aumentar a base de cálculo para os anos posteriores (IPEA, 2018, p. 27).

Além dos indicadores de contingenciamento de verbas destinadas à Saúde, a COFIN/CNS também identificou problemas na execução do orçamento pelo Ministério da Saúde, em dois aspectos: níveis de empenhos inadequados e pagamentos em níveis também inadequados.

Com efeito, a COFIN/CNS classifica os níveis de despesas da seguinte maneira: **i)** adequado; **ii)** regular, e; **iii)** inadequado. A partir da verificação das contas do Ministério da Saúde de 2014 correspondentes ao empenho e pagamento da verba orçamentária, estes foram classificados dentro destes três níveis, como é possível observar do Quadro 1 a seguir destacado, correspondente aos níveis de empenho especificamente:

Quadro 1 – Classificação dos Itens de Despesa segundo o Nível de Empenho

CLASSIFICAÇÃO	NÍVEL DE EMPENHO	
	Quantidade de Itens	Participação
ADEQUADO	28	35,5%
REGULAR	20	25,3%
INADEQUADO	31	39,2%
TOTAL	79	100,0%

Fonte: Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2014 do Ministério da Saúde (Análise-RAG2014/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, p. 6)

Considerado que esta pesquisa se debruça sobre o descumprimento da União no investimento mínimo constitucional em Saúde, serão destacadas as despesas que apresentaram níveis de empenho inadequados, na medida em que as despesas consideradas adequadas e regulares receberam, ao menos em princípio, investimento de acordo com os níveis mínimos previstos pela Carta Política de 1988. Por outro lado, as despesas consideradas com nível de empenho inadequadas merecem maior atenção, seja porque vai ao encontro do objeto desta pesquisa; seja porque devem ter lançadas sobre si luzes a respeito do baixo investimento que receberam no passado e que podem repercutir ou repercutem no presente.

Outrossim e, segundo a COFIN/CNS, apresentaram níveis de empenho inadequado as seguintes rubricas do Ministério da Saúde, descritas na Figura 1 a seguir destacada:

IG	4	DÍVIDA (AMORTIZAÇÃO E ENCARGOS)
FNS	6	COMBATE ÀS CARÊNCIAS NUTRICIONAIS
FNS	9	MANUTENÇÃO DE UNIDADES OPERACIONAIS
FNS	13	PUBLICIDADE DE UTILIDADE PÚBLICA
FNS	14	SERV. DE PROCESSAMENTO DADOS - DATASUS
FNS	15	PROGRAMA SANGUE E HEMODERIVADOS
FNS	19	OUTROS PROGRAMAS
FNS	21	FOMENTO A PESQUISA EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA
FNS	23	PROG.ESTRUTURAÇÃO SAÚDE FAMÍLIA - PROESF
FNS	26	SAÚDE INDÍGENA
FNS	32	ATENÇÃO SAÚDE DA MULHER, CRIANÇA, ADOL. E JOVEM
FNS	35	ATENÇÃO À SAÚDE BUCAL
FNS	36	FARMÁCIAS POPULARES
FNS	37	AÇÕES DE VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA
FNS	41	REAPARELHAMENTO UNIDADES DO SUS / MS
FNS	45	EMENDAS NOMINATIVAS
ANVISA	46	AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA
ANVISA	47	ADMINISTRAÇÃO DA UNIDADE
ANVISA	48	VIGILÂNCIA SANITÁRIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS
FUNASA	52	FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA
FUNASA	53	PAC - PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO
FUNASA	58	SANEAMENTO BÁSICO (DEMAIS AÇÕES)
FUNASA	59	OUTROS PROGRAMAS
FUNASA	63	EMENDAS NOMINATIVAS
FIOCRUZ	71	OUTROS PROGRAMAS
FIOCRUZ	72	FARMÁCIAS POPULARES
FIOCRUZ	76	EMENDAS NOMINATIVAS
ANS	77	AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS
ANS	79	ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR DE SAÚDE
ANS	80	OUTROS PROGRAMAS
ANS	82	ASSISTÊNCIA MÉDICA A SERVIDORES

Figura 1. Rubricas do Ministério da Saúde que apresentaram níveis de empenho inadequado no ano de 2014

Fonte: Elaborado pelo autor, com base na Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2014 do Ministério da Saúde, realizada pela COFIN/CNS (Análise-RAG2014/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, p. 6)

As rubricas acima destacadas, consideradas pela COFIN/CNS com nível de empenho inadequado realizado pelo Ministério da Saúde, assim foram avaliadas após análise da prestação de contas do referido Ministério pelo Conselho Nacional, que apresentou diferenças entre a dotação orçamentária atualizada (Lei Orçamentária

Anual –LOA atualizada) e os valores empenhados, como se denota da tabela a seguir apresentada, extraída do RAG/2014, elaborado pelo Ministério da Saúde:

Tabela 4 – Execução orçamentária por Unidade Orçamentária e por Grandes Grupos, Ministério da Saúde – 2014, com níveis de empenho inadequados

R$ 1,00

DENOMINAÇÃO		EXECUTADO	ORÇAMENTO 2014 - LEI Nº 12.952 DE 20.01.2014						%	%	%
		2013	DOTAÇÃO INICIAL	DOTAÇÃO ATUALIZADA (A)	EMPENHADO (B)	PAGO (C)	INSCRIÇÃO DE RESTOS A PAGAR D = (B - C)	SALDO ORÇAMENTÁRIO E = (A - B)	EMP	LIQ	SALDO
4	DÍVIDA (AMORTIZAÇÃO E ENCARGOS)	7.931.183	222.729.681	223.380.681	14.993.942	14.993.942	0	208.386.739	6,71	6,71	93,29
6	COMBATE ÀS CARÊNCIAS NUTRICIONAIS	11.135.846	17.500.000	12.250.000	10.449.871	2.616.109	7.833.763	1.800.129	85,31	85,31	14,69
9	MANUTENÇÃO DE UNIDADES OPERACIONAIS	48.128.283	59.850.000	55.380.000	45.345.053	34.863.632	10.481.420	10.034.947	81,88	81,88	18,12
13	PUBLICIDADE DE UTILIDADE PÚBLICA	232.040.000	201.256.000	203.756.000	181.379.779	148.591.818	32.787.961	22.376.221	89,02	89,02	10,98
14	SERV. DE PROCESSAMENTO DADOS - DATASUS	281.065.797	398.333.750	435.333.750	382.998.571	283.613.901	99.384.670	52.335.179	87,98	87,98	12,02
15	PROGRAMA SANGUE E HEMODERIVADOS	623.216.331	773.450.000	741.432.574	522.190.983	373.973.425	148.217.559	219.241.591	70,43	70,43	29,57
19	OUTROS PROGRAMAS	2.184.136.177	2.975.048.922	2.399.036.922	1.732.007.828	1.346.655.456	385.352.371	667.029.094	72,20	72,20	27,80
21	FOMENTO A PESQUISA EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA	82.686.205	87.805.000	87.805.000	76.274.910	42.615.912	33.658.998	11.530.090	86,87	86,87	13,13
23	PROG.ESTRUTURAÇÃO SAÚDE FAMÍLIA - PROESF	90.642.908	120.000.000	88.997.960	78.576.738	31.180.344	47.396.394	10.421.222	88,29	88,29	11,71
26	SAÚDE INDÍGENA	1.025.686.036	1.093.000.000	1.280.000.000	1.150.297.583	1.054.150.334	96.147.248	129.702.417	89,87	89,87	10,13
32	ATENÇÃO SAÚDE DA MULHER, CRIANÇA, ADOL. E JOVEM	49.735.469	99.860.000	80.566.300	46.026.380	21.781.146	24.245.234	34.539.920	57,13	57,13	42,87
35	ATENÇÃO À SAÚDE BUCAL	199.407.042	227.295.000	211.490.326	170.007.647	165.040.629	4.967.018	41.482.679	80,39	80,39	19,61
36	FARMÁCIAS POPULARES	1.829.482.299	2.578.087.044	2.462.538.514	2.187.263.645	2.132.094.912	55.168.734	275.274.869	88,82	88,82	11,18
37	AÇÕES DE VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA		448.230.000	330.421.000	257.834.589	180.743.614	77.090.975	72.586.411	78,03	78,03	21,97
41	REAPARELHAMENTO UNIDADES DO SUS / MS	829.325.298	709.700.381	749.526.381	452.496.537	105.241.220	347.255.317	297.029.844	60,37	60,37	39,63
45	EMENDAS NOMINATIVAS	837.889.353	6.228.327.034	6.229.829.428	2.790.190.387	0	2.790.190.387	3.439.639.041	44,79	44,79	55,21
46	**AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA**	**253.715.006**	**311.497.657**	**312.957.057**	**270.942.823**	**226.782.714**	**44.160.109**	**42.014.234**	**86,58**	**86,58**	**13,42**
47	ADMINISTRAÇÃO DA UNIDADE	96.972.038	112.000.000	114.239.400	98.084.352	71.483.472	26.600.881	16.155.048	85,86	85,86	14,14
48	VIGILÂNCIA SANITÁRIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS	143.032.481	185.112.000	184.112.000	158.507.046	141.243.178	17.263.868	25.604.954	86,09	86,09	13,91
52	**FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA**	**1.674.759.763**	**1.664.703.023**	**1.639.963.451**	**1.092.440.270**	**461.125.875**	**631.314.395**	**547.523.181**	**66,61**	**66,61**	**33,39**
53	PAC - PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO	1.112.009.788	738.270.000	750.795.000	499.485.680	140.465.869	359.019.811	251.309.320	66,53	66,53	33,47
58	SANEAMENTO BÁSICO (DEMAIS AÇÕES)	193.194.418	299.480.000	263.455.000	143.441.077	13.956.761	129.484.316	120.013.923	54,45	54,45	45,55
59	OUTROS PROGRAMAS	40.492.923	42.500.000	39.090.000	33.298.507	28.099.659	5.198.848	5.791.493	85,18	85,18	14,82
63	EMENDAS NOMINATIVAS	60.231.434	285.342.944	286.629.372	122.710.540	0	122.710.540	163.918.832	42,81	42,81	57,19
71	OUTROS PROGRAMAS	284.742.610	420.096.000	348.540.550	260.211.672	155.594.079	104.617.593	88.328.878	74,66	74,66	25,34
72	FARMÁCIAS POPULARES	129.651.182	93.250.000	103.650.000	93.008.816	64.560.156	28.448.660	10.641.184	89,73	89,73	10,27
76	EMENDAS NOMINATIVAS	500.000	7.500.000	7.500.000	3.771.337	259.402	3.511.935	3.728.663	50,28	50,28	49,72
77	**AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS**	**125.599.218**	**147.361.277**	**157.370.477**	**140.871.451**	**117.820.664**	**23.050.788**	**16.499.026**	**89,52**	**89,52**	**10,48**
79	ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR DE SAÚDE	44.769.202	51.000.000	53.500.000	47.540.439	40.087.370	7.453.070	5.959.561	88,86	88,86	11,14
80	OUTROS PROGRAMAS	41.834.899	45.800.000	45.070.000	34.813.785	22.814.003	11.999.782	10.256.215	77,24	77,24	22,76
82	ASSISTÊNCIA MÉDICA A SERVIDORES	679.485	1.015.452	1.015.452	829.646	724.503	105.142	0	0,00	0,00	0,00

Fonte: Elaborado pelo autor, com base no Relatório Anual de Gestão do ano de 2014, Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, pp. 8-12).

A tabela supra apresenta todas as rubricas consideradas pela COFIN/CNS com níveis de empenho inadequados e os valores correspondentes à dotação orçamentária atualizada, valores empenhados, valores pagos e valores inscritos como restos a pagar. Por ela é possível se extrair, por exemplo, que o orçamento atualizado destinado ao combate às carências nutricionais (rubrica 6), equivalia a R$ 12,2 milhões, os valores empenhados foram da ordem de R$ 10,4 milhões, os valores pagos totalizaram R$ 2,6 milhões e os restos a pagar compreenderam o valor de R$ 7,8 milhões (!). Da mesma forma ocorreu com as demais rubricas descritas e indicam

como tanto os níveis de empenho, como os níveis de pagamento (que serão verificados a seguir), estavam abaixo dos valores orçamentários a elas destinadas, comprovando a recalcitrância do Governo Federal em investir em Saúde nos níveis legalmente determinados.

Nesse mesmo diapasão, veja-se a situação do programa de atenção à Saúde da mulher, criança, adolescente e jovem (rubrica 32), cuja dotação atualizada no ano de 2014 era de R$ 80,5 milhões; foi empenhado o valor de R$ 46 milhões; foram pagos R$ 21,7 milhões e, inscritos como restos a pagar R$ 24,2 milhões, indicando neste período desídia governamental na aplicação de recursos essenciais inclusive para o futuro do país, como é a Saúde de mulheres, crianças, adolescentes e jovens.

Desta forma, com base na prestação de contas do Ministério da Saúde (donde foi extraída a tabela 4 anteriormente destacada), e de acordo com a classificação da COFIN/CNS a respeito das despesas orçamentárias em Saúde (adequado, regular e inadequado), o Conselho Nacional relacionou a Execução Orçamentária do ano de 2014, como se vê do Quadro 2 a seguir demonstrado:

Quadro 2 – Execução por Unidade Orçamentária 2014

DENOMINAÇÃO		DOTAÇÃO INICIAL	ORÇAMENTO 2014 - LEI Nº 12.952 DE 20.01.2014					
			DOTAÇÃO ATUALIZADA (A)	EXECUTADO (B)	PAGO (C)	INSCRIÇÃO RAP D=(B-C)	SALDO ORÇAMENTÁRIO E=(A-B)	% EMP / LEI
36901 - FNS	FUNDO NACIONAL DE SAÚDE - FNS	97.361.387.074	99.190.624.434	93.416.021.200	86.897.408.608	6.518.612.593	5.774.603.234	94,18
SAS	SECRETARIA DE ATENÇÃO À SAÚDE	66.438.608.895	68.333.528.785	63.816.280.439	59.443.345.555	4.372.934.884	4.517.248.346	93,39
SE	SECRETARIA EXECUTIVA	14.059.921.535	14.096.406.327	13.642.086.877	13.421.621.271	220.465.606	454.319.450	96,78
SVS	SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE	4.528.610.000	4.457.887.200	4.360.429.427	3.666.334.655	694.094.772	97.457.773	97,81
SCTIE	SECRETARIA DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INSUMOS ESTRATÉGICOS	9.458.004.294	9.262.160.172	8.813.300.974	7.916.422.724	896.878.250	448.859.198	95,15
SGTES	SECRETARIA DE GESTÃO DO TRABALHO E DA EDUCAÇÃO NA SAÚDE	1.173.808.200	1.165.908.200	1.112.111.319	1.012.953.422	99.157.897	53.796.881	95,39
SGEP	SECRETARIA DE GESTÃO PARTICIPATIVA	608.833.750	594.133.750	521.514.582	382.580.647	138.933.935	72.619.168	87,78
SESAI	SECRETARIA ESPECIAL DA SAÚDE INDÍGENA	1.093.600.000	1.280.600.000	1.150.297.583	1.054.150.334	96.147.248	130.302.417	89,82
36201 - FIOCRUZ	FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ	2.756.858.267	3.086.335.368	2.952.604.001	2.483.688.462	468.915.539	133.731.367	95,67
36208 - 36209 - 36210 - GHC	GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO - GHC	871.698.119	981.708.931	974.724.107	956.731.183	17.992.924	6.984.824	99,29
36211 - FUNASA	FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA	4.035.309.813	4.048.325.906	3.496.070.891	2.820.429.807	675.641.084	552.255.015	86,36
36212 - ANVISA	AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA	745.723.546	792.499.510	749.869.839	704.466.508	45.403.332	42.629.671	94,62
36213 - 74202 - ANS	AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS	264.287.646	293.860.739	276.324.888	252.230.208	24.094.680	17.535.851	94,03

Fonte: Elaborado pelo autor, com base na Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2014 do Ministério da Saúde, realizada pela COFIN/CNS (Análise-RAG2014/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, pp. 9-10).

Do quadro acima, é possível observar que a execução orçamentária do ano de 2014 realizada pelo Ministério da Saúde foi considerada inadequada pela COFIN/CNS, quanto à Secretaria de Gestão Participativa (SGEP) (executados 87,78% do orçamento); ainda, quanto à Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) (executados 89,82% do orçamento), e; quanto à Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) (executados 86,36% do orçamento do ano de 2014). Como são consideradas regulares as execuções entre 90% e 98% da dotação orçamentária; adequadas as execuções acima de 98% da dotação do orçamento, e inadequadas

todas execuções abaixo de 90% do dote orçamentário, foram consideradas inadequadas, assim, as execuções orçamentárias correspondentes à SGEP, SESAI e FUNASA, devido terem sido executadas despesas abaixo dos 90% da dotação orçamentária do ano de 2014, pelo Ministério da Saúde.

Todos estes elementos até aqui apresentados são indicativos do descumprimento dos níveis constitucionais de investimento em Saúde pela União (o que pode ser assim considerado, tendo em vista que a LC 141/2012 apenas regulamentou o comando constitucional de percentual mínimo de investimento em Saúde pelo Governo Federal)[47], pois demonstram que, ao menos no ano de 2014, ainda que se possa afirmar que os valores investidos globalmente atendiam os ditames legais de aplicação em Saúde, os valores alocados individualmente, ou em bloco, demonstram investimentos abaixo da prescrição legal.

Além dos baixos níveis de empenho e execução acima realçados, também foram considerados inadequados os valores pagos pelo Ministério da Saúde em diversos dos programas por ele administrados. Como observado pela COFIN/CNS, "outro indicador importante a ser considerado é o nível de pagamento, considerado inadequado (abaixo de 82%) para os seguintes itens [...]" (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, p. 11). Estes itens cujos níveis de pagamentos foram considerados inadequados pelo Conselho Nacional são os seguintes:

[47] Com isso se quer dizer que, verificado que a Lei Complementar 141/2012 apenas regulamentou aquilo que a CR/88 já determinava, é possível afirmar que a ausência de investimentos em Saúde nos moldes descritos pela LC 141/2012 significa descumprimento das regras constitucionais pertinentes ao financiamento da Saúde. Neste sentido, e verificado que as leis complementares têm por objetivo regular os preceitos constitucionais cuja aplicação delas depende expressamente, José Afonso da Silva (2002, p. 243) esclarece que: "verificamos que, em essência, elas buscam completar ou desenvolver princípios consubstanciados no sistema normativo fundamental da Constituição, ou seja, aqueles princípios vinculados a questões políticas fundamentais, razão por que as entendemos como leis complementares fundamentais". Assim, como as leis complementares procuram completar ou desenvolver princípios normativos fundamentais da Constituição, não há equívoco afirmar que seu descumprimento implica desobediência à CR.

Tabela 5 – Níveis de pagamento inadequado por rubrica - 2014

FNS	45	EMENDAS NOMINATIVAS	0%
FUNASA	63	EMENDAS NOMINATIVAS	0%
FIOCRUZ	76	EMENDAS NOMINATIVAS	3%
FUNASA	58	SANEAMENTO BÁSICO (DEMAIS AÇÕES)	5%
IG	4	DÍVIDA (AMORTIZAÇÃO E ENCARGOS)	7%
FNS	41	REAPARELHAMENTO UNIDADES DO SUS / MS	14%
FUNASA	53	PAC - PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO	19%
FNS	6	COMBATE ÀS CARÊNCIAS NUTRICIONAIS	21%
FNS	32	ATENÇÃO SAÚDE DA MULHER, CRIANÇA, ADOL. E JOVEM	27%
FUNASA	**52**	**FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA**	28%
FNS	23	PROG.ESTRUTURAÇÃO SAÚDE FAMÍLIA - PROESF	35%
FIOCRUZ	71	OUTROS PROGRAMAS	45%
GHC	87	EMENDAS NOMINATIVAS	46%
FNS	21	FOMENTO A PESQUISA EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA	49%
FNS	15	PROGRAMA SANGUE E HEMODERIVADOS	50%
ANS	80	OUTROS PROGRAMAS	51%
FNS	24	REEST. DE HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS - **REHUF**	55%
FNS	37	AÇÕES DE VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA	55%
FNS	19	OUTROS PROGRAMAS	56%
GHC	84	ATENÇÃO HOSPITALAR DA UNIDADE	62%
FIOCRUZ	72	FARMÁCIAS POPULARES	62%
ANVISA	47	ADMINISTRAÇÃO DA UNIDADE	63%
FNS	9	MANUTENÇÃO DE UNIDADES OPERACIONAIS	63%
FNS	14	SERV. DE PROCESSAMENTO DADOS - DATASUS	65%
FNS	38	AQUISIÇÃO E DISTRIB. DE MEDICAMENTOS ESTRATÉGICOS	67%
FIOCRUZ	**64**	**FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ**	70%
FIOCRUZ	69	VACINAS E VACINAÇÃO	71%
ANS	82	ASSISTÊNCIA MÉDICA A SERVIDORES	71%
FUNASA	59	OUTROS PROGRAMAS	72%
ANVISA	**46**	**AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA**	72%

Fonte: Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2014, Ministério da Saúde, realizada pela COFIN/CNS (Análise-RAG2014/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, p. 12).

A Tabela 5 supra apresenta cada uma das rubricas sob administração do Ministério da Saúde que tiveram níveis de pagamento considerados inadequados pela

COFIN/CNS, devido terem recebido pagamentos abaixo de 90% da dotação orçamentária e valores empenhados. Novamente é possível observar como os valores destinados ao pagamento destes programas de Saúde ficaram aquém das determinações legais, bem como que programas importantes, como atenção à Saúde da mulher, criança, adolescente e jovem; fomento à pesquisa em ciência e tecnologia; farmácias populares, entre outros, receberam verbas em níveis menores que os empenhados para tanto, sem que o Ministério da Saúde tenha apresentado qualquer justificativa para efetuar pagamentos abaixo dos valores empenhados. Nessa esteira, observou a COFIN/CNS:

> Da análise do nível de pagamento dos principais itens de despesas do MS, a maior parte foi classificado como inadequado (abaixo de 82%). [...] O Ministério da Saúde precisa esclarecer os impactos para a atenção à Saúde da população e para a ações e serviços de Saúde decorrentes destes baixos níveis de pagamento. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, p. 22).

Por fim, afora todos os pontos até aqui apresentados que demonstram um não-cumprimento do investimento mínimo em Saúde pela União, ainda é necessário demonstrar a análise da COFIN/CNS a respeito dos Restos a Pagar (RAPs)[48], que são valores não aplicados pelo Ministério da Saúde, a despeito de haver dotação orçamentária e valores empenhados para o cumprimento de metas e objetivos que deixaram de ser cumpridos pelo referido Ministério. A discussão a respeito dos Restos a Pagar é digna de atenção, pois como verificaram Vieira, Piola e Benevides (2018, p. 3), a apuração do piso com ações e serviços públicos de Saúde pelo estágio de empenho das despesas esteve associada, ao longo de anos pelo Governo Federal, a um grande volume de inscrição de despesas como restos a pagar, os quais foram em parte cancelados e não compensados imediatamente em exercícios subsequentes, podendo resultar em aplicação efetiva inferior ao mínimo constitucional determinado nos anos de emissão dos empenhos. Isso desencadeou, inclusive, ajuizamento de

[48] De acordo com a Lei 4.320/1964 (BRASIL, 1964), que ainda está em vigor e estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, prescreve seu artigo 36 que “consideram-se restos a pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas”. Ainda a respeito de restos a pagar, explica Regis Fernandes de Oliveira (2013, p. 586) que “constituem-se, pois, despesas já aceitas pelo Poder Público. São despesas que devem ser pagas, uma vez que há houve o reconhecimento do débito. A expedição da nota de empenho significa que há uma obrigação de pagamento. A fase seguinte e de controle é a liquidação, seguindo-se o pagamento”. Pertinente é a observação de Kiyoshi Harada (2016, meio digital), apontando que “já se tornou praxe a anulação de valores empenhados e não liquidados até o final do exercício. Esses valores são transformados em ‘restos a pagar’ comprometendo o orçamento do ano seguinte, que terá de sofrer ‘cortes’ para acomodar despesas que deveriam ter sido pagas com as dotações do orçamento anterior”.

ação civil pública pelo Ministério Público Federal para discutir o não-pagamento destes Restos a Pagar pelo Ministério da Saúde[49]. Outrossim e, considerada a importância da questão a respeito destes RAPs, é pertinente verificar a avaliação da COFIN/CNS sobre os restos a pagar descritos na prestação de contas do Ministério da Saúde, conforme tabela a seguir demonstrada:

Tabela 6 – Quadro consolidado geral com a execução de Restos a Pagar de 2003 a 2013 – a serem pagos em 2014

DENOMINAÇÃO / UNIDADE ORÇAMENTÁRIA		RESTOS A PAGAR					
		INSCRITOS e REINSCRITOS	CANCELADOS	PAGOS	SALDO A PAGAR		
					LIQUIDADOS	A LIQUIDAR	TOTAL
1	PESSOAL A PAGAR EXERC. ANTERIORES	0	0	0	0	0	0
2	PESSOAL ATIVO	162.987.988	35.502.395	119.552.715	1.682	7.931.195	7.932.877
3	PESSOAL INATIVO E PENSIONISTA	75.834.012	1.621.196	74.212.816	0	0	0
4	AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA	21.760	21.760	0	0	0	0
	SUBTOTAL	**238.843.760**	**37.145.351**	**193.765.532**	**1.682**	**7.931.195**	**7.932.877**
5	FNS	11.256.219.154	428.456.465	6.320.982.734	443.827.389	4.062.952.566	4.506.779.955
6	ANVISA	100.617.126	22.977.087	69.533.773	66.208	8.040.057	8.106.266
7	FUNASA	3.436.277.163	397.448.455	566.707.928	548.524.728	1.923.596.053	2.472.120.781
8	FIOCRUZ	557.409.294	9.502.740	451.423.966	2.592.154	93.890.435	96.482.589
9	ANSS	35.051.714	8.321.047	26.730.667	0	0	0
10	GHC	34.711.379	1.034.195	24.696.993	302.191	8.678.001	8.980.192
	SUBTOTAL	**15.420.285.831**	**867.739.989**	**7.460.076.060**	**995.312.670**	**6.097.157.112**	**7.092.469.782**
MS - TOTAL GERAL		**15.659.129.590**	**904.885.340**	**7.653.841.592**	**995.314.352**	**6.105.088.307**	**7.100.402.659**

Fonte: Relatório Anual de Gestão do ano de 2014, Ministério da Saúde (RAG2014/MS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, p. 21).

Como é possível verificar na tabela acima e de acordo com a avaliação da COFIN/CNS (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, p. 16), no ano de 2014 os

[49] Como noticiam Vieira, Piola e Benevides sobre o tema, “em 2010 o Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ação civil pública na 7ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal, requerendo que o governo federal aplicasse em ASPS um excedente de R$ 2,6 bilhões como compensação por restos a pagar cancelados, que foram contabilizados para o alcance do piso federal em anos anteriores (MPF, 2010). O Juízo da 7ª Vara considerou a ação improcedente em decisão proferida no começo de 2013, e o MPF recorreu da sentença ao Tribunal Regional Federal (TRF) da Primeira Região, em 8 de abril de 2013. A tese do MPF, em linhas gerais, é de que não basta empenhar os recursos para que eles se transformem em ASPS, que são ações e serviços essenciais para garantia do direito, fundamental e imprescritível, à Saúde. Se os empenhos são cancelados, logo não se transformaram em ações e serviços de Saúde e, portanto, não podem ser contabilizados como aplicação efetiva na área, devendo ser compensados. A ação permanece há mais de cinco anos tramitando naquele tribunal”. Para mais informações, v. VIEIRA, Fabíola Sulpino; PIOLA, Sérgio Francisco; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. Nota de política social: controvérsias sobre o Novo Regime Fiscal e a apuração do gasto mínimo constitucional com Saúde. - Brasília: Ipea, 2018. (Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise, n. 25). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/181127_bps_25_notas_de_politica_social.pdf Acesso em 07 dez. 2019.

cancelamentos totalizaram R$ 904,9 milhões (equivalente a 5,8% do valor total inscrito e reinscrito). Considerando que o valor total de Restos a Pagar de 2003 a 2013 corresponde a R$ 15,6 bilhões, os pagamentos efetuados em 2014, no importe de R$ 7,4 bilhões, representaram menos da metade (48,9%) do total de Restos a Pagar inscritos e reinscritos, remanescendo em 31/12/2014, ainda de acordo com a Tabela 6 supra, um saldo a pagar de R$ 7,1 bilhões (equivalentes a 45,3% do total inscrito e reinscrito). Ou seja, os Restos a Pagar do período de 2003 a 2013 não foi integralmente pago pelo Ministério da Saúde no ano de 2014, permanecendo um total de R$ 7,1 bilhões de RAP a ser pago somente no ano de 2015! Essa situação, diferentemente do quanto afirmado pelo Ministério da Saúde no RAG/2014, de haver um comprometimento com a efetiva aplicação desses recursos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, p. 21), em verdade demonstra omissão estatal no efetivo investimento de valores em Saúde e, por conseguinte, em concretizar o direito constitucional à saúde no que se refere ao seu financiamento.

Neste sentido, veja-se oportuna observação realizada por pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), de como a contabilização destes Restos a Pagar (RAPs) resultaram aplicação efetiva **inferior** ao piso constitucional:

> A apuração do piso de gasto com ASPS com base na despesa empenhada, conforme determina a EC no 29, sempre permitiu que as três esferas de governo fizessem a inscrição como RPs de despesas de valores não desprezíveis. Esse procedimento possibilitou, sem acompanhamento adequado da liquidação e pagamento, que despesas inscritas para fins de cumprimento da emenda fossem posteriormente canceladas, resultando, na prática, **em aplicação efetiva inferior ao mínimo constitucional nos anos em que foram feitas as emissões dos empenhos** (PIOLA; BENEVIDES; VIEIRA, 2018, p. 28) (grifos do autor).

A situação acima descrita é verificada nesta hipótese e agravada quando se observa que, do saldo remanescente de RAP de 2014 (R$ 7,1 bilhões), a serem pagos em 2015, R$ 6,1 bilhões são “não processados” (ou não liquidados) e não houve nenhuma explicação do Ministério da Saúde a respeito das condições de execução destes valores, o que preocupou o Conselho Nacional de Saúde, devido se tratarem de despesas do período de 2003 a 2013 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, p. 16). Diante deste quadro e, considerando as disposições do art. 24,[50] da LC 121/2012, concluiu a COFIN/CNS que:

[50] Dispõe o artigo em referência que:

> Sob a ótica deste dispositivo legal, **o RAG 2014/MS não evidenciou a existência de recursos financeiros vinculados às contas do Fundo Nacional de Saúde e das demais unidades da administração indireta do MS no valor de aproximadamente R$ 15,0 bilhões para que se comprove a efetiva aplicação mínima legalmente estabelecida para 2014. Após o advento da LC 141, o empenhamento da despesa é condição necessária, mas não suficiente para que se comprove a aplicação mínima em ASPS**: é preciso que as contas do Fundo Nacional de Saúde e das unidades da administração indireta do MS tenham recursos em caixa correspondentes ao saldo a pagar dos empenhos do exercício e ao saldo a pagar dos Restos a Pagar apurados em 31 de dezembro de 2014. **Essa condição legal não está comprovada no RAG 2014/MS.** (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, pp. 16,17) (grifos do original)

Verificados todos os elementos até aqui apresentados, extraídos tanto da prestação de contas do Ministério da Saúde (operada pelo Relatório Anual de Gestão do ano de 2014 - RAG2014/MS), quanto da fiscalização perpetrada pela sociedade (procedida pela Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde através da Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2014 - Análise-RAG2014), é no mínimo questionável a afirmação realizada pelo Ministério da Saúde de que a União deu cumprimento à aplicação do mínimo constitucional conforme sua prestação de contas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, p. 33). De modo contrário, os dados até aqui apresentados demonstram que a União descumpriu, durante o ano de 2014, as regras constitucionais de investimento mínimo em Saúde, pois: **i)** restou demonstrado que os valores empenhados durante o ano de 2014, da dotação

---

Art. 24. Para efeito de cálculo dos recursos mínimos a que se refere esta Lei Complementar, serão consideradas:
I - as despesas liquidadas e pagas no exercício; e
II - as despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em Restos a Pagar até o limite das disponibilidades de caixa ao final do exercício, consolidadas no Fundo de Saúde.
§ 1º A disponibilidade de caixa vinculada aos Restos a Pagar, considerados para fins do mínimo na forma do inciso II do caput e posteriormente cancelados ou prescritos, deverá ser, necessariamente, aplicada em ações e serviços públicos de Saúde.
§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, a disponibilidade deverá ser efetivamente aplicada em ações e serviços públicos de Saúde até o término do exercício seguinte ao do cancelamento ou da prescrição dos respectivos Restos a Pagar, mediante dotação específica para essa finalidade, sem prejuízo do percentual mínimo a ser aplicado no exercício correspondente.
§ 3º Nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, serão consideradas para fins de apuração dos percentuais mínimos fixados nesta Lei Complementar as despesas incorridas no período referentes à amortização e aos respectivos encargos financeiros decorrentes de operações de crédito contratadas a partir de 1º de janeiro de 2000, visando ao financiamento de ações e serviços públicos de Saúde.
§ 4º Não serão consideradas para fins de apuração dos mínimos constitucionais definidos nesta Lei Complementar as ações e serviços públicos de Saúde referidos no art. 3º:
I - na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, referentes a despesas custeadas com receitas provenientes de operações de crédito contratadas para essa finalidade ou quaisquer outros recursos não considerados na base de cálculo da receita, nos casos previstos nos arts. 6º e 7º;
II – (VETADO).

orçamentária atualizada, foram considerados inadequados pela fiscalização popular (inclusive quando verificados que os valores empenhados eram inferiores aos valores disponibilizados); **ii)** a fiscalização realizada pelo órgão de representação da comunidade identificou que os valores pagos/executados foram menores que os valores empenhados e liquidados para diversas áreas administradas pelo Ministério da Saúde, e; **iii)** a análise realizada pela COFIN/CNS apontou não terem sido pagos integralmente valores de Restos a Pagar (RAPs) dos anos de 2003 a 2013 (gerando inclusive o cancelamento de parte destes valores) e, ainda, remanescer saldo de Restos a Pagar correspondente ao ano de 2014 para ser pago no ano de 2015, sem que o Ministério da Saúde tenha demonstrado haver verba orçamentária para tanto. Considerado que empenhos cancelados não se transformam em ações e serviços públicos de Saúde (VIEIRA, PIOLA, BENEVIDES, 2018, p. 4), e que a ausência de verbas orçamentárias para pagamento de RAPs não pode ser considerada como investimento em Saúde, parece ser possível concluir, ao menos inicialmente, que a União descumpriu o comando constitucional de investimento mínimo em Saúde, o que confirma a hipótese suscitada por esta pesquisa.

Porém, a análise de apenas um exercício orçamentário não pode ser considerada conclusiva a ponto de se afirmar que o Governo Federal tem sido omisso no seu dever constitucional de investimento mínimo em ações e serviços públicos de Saúde. Outrossim e, visando aprofundar o objeto pesquisado, passar-se-á à análise de outros Relatório Anual de Gestão do Ministério da Saúde, debruçando-se o próximo item deste trabalho em investigar o RAG2015/MS e a Análise da COFIN/CNS a seu respeito (Análise-RAG2015).

2.3.2 O Relatório Anual de Gestão de 2015 (RAG/2015) do Ministério da Saúde e sua análise pelo Conselho Nacional de Saúde

O Relatório Anual de Gestão do ano de 2015, elaborado pelo Ministério da Saúde (RAG2015/MS)[51], foi aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde através da Resolução nº 533, de 19 de agosto de 2016[52], que resolveu “aprovar o Relatório Anual de Gestão 2015 do Ministério da Saúde, que acompanha esta Resolução, com as

[51] Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/rag_2015_20160330.pdf Acesso em 12 nov. 2017.
[52] Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso533.pdf Acesso em 13 nov. 2017.

ressalvas e recomendações contidas no Parecer Técnico Conclusivo da COFIN/CNS que foi aprovado por unanimidade pelo Conselho Nacional de Saúde na Ducentésima Octogésima Terceira Reunião Ordinária de 6, 7 e 8 de julho de 2016" (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016). Esta Resolução foi homologada pelo Ministro de Estado da Saúde e publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 12 de janeiro de 2017.

Mais uma vez o Relatório Anual de Gestão do Ministério da Saúde foi aprovado com ressalvas, de acordo com a Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS), que novamente apontou dificuldades na execução do orçamento pelo Ministério da Saúde, seja num contingenciamento de verbas destinadas à Saúde, seja quanto à liquidação inadequada das verbas empenhadas para os fins a que se destinavam, abaixo dos níveis estabelecidos pela Lei Complementar 141/2012, de maneira que, inicialmente, pode-se demonstrar investimentos de acordo com os percentuais mínimos fixados em lei, mas, ao final apontam continuidade no descumprimento de investimentos mínimos em ações e serviços de Saúde Pública pela União.

Quanto à continuidade do contingenciamento de verbas destinadas à Saúde, conclui-se assim diante da análise procedida pela COFIN/CNS de tabela apresentada pela Ministério da Saúde em seu Relatório Anual de Gestão do ano de 2015 (RAG2015/MS), que contêm demonstrativos dos limites de empenho, pagamento e sua execução, detalhado por itens globais: despesas com pessoal ativo na promoção de ações e serviços públicos de Saúde (ASPS); pessoal ativo de outras áreas diferentes de ações e serviços públicos de Saúde, e inativos; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); outras despesas correntes e capital (OCC) para ASPS e não ASPS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 8).

A esse respeito, a tabela 7 abaixo apresentada é reveladora da expressiva diferença entre valores previstos no orçamento, valores disponibilizados para empenho e valores efetivamente pagos, indicando novamente o não cumprimento, pelo Governo Federal, em investir os percentuais mínimos constitucionais em ações e serviços de Saúde, prejudicando a concretização e alcance efetivo deste direito pela população:

Tabela 7 – Limites de empenho e pagamento – Ministério da Saúde (MS), 2014
Posição: Dezembro encerrado

ITEM	DOTAÇÃO ATUALIZADA (A)	DISPONIBIL. P/ EMPENHO DEC 8.456/15 (B)	EMPENHADO (C)	PAGO (D)	SALDO A PAGAR E = (C - D)	% DISPON. F = (C / B)	SALDO DISPON. G = (B - C)	% SALDO H =(G / B)
PESSOAL ATIVO - ASPS	9.597,2	9.597,2	9.519,9	9.505,7	14,1	99,2	77,4	0,8
PESSOAL ATIVO - ANS - NÃO ASPS	146,7	146,7	145,7	144,5	1,2	99,3	1,0	0,7
INATIVO	7.941,5	7.941,5	7.938,5	7.936,5	1,9	100,0	3,0	0,0
DÍVIDA	21,4	21,4	15,9	15,9	0,0	74,4	5,5	25,6
ANS - UO 74202	13,2	13,2	6,9	5,4	1,6	52,5	6,2	47,5
Crédito Extraordinário - ASPS	2.533,0	2.533,0	2.500,0	2.499,5	0,5	98,7	33,0	1,3
OCC - ASPS	100.851,9	91.311,2	90.940,5	83.074,1	7.866,3	99,6	370,8	0,4
Programação Própria	92.020,5	88.921,3	88.754,2	83.042,4	5.711,8	99,8	167,2	0,2
Emendas	8.803,1	2.361,6	2.158,3	3,9	2.154,5	91,4	203,3	8,6
Sentenças Judiciais	28,3	28,3	28,0	27,9	0,1	98,8	0,3	1,2
Crédito Extraordinário - NÃO ASPS	200,0	200,0	58,3	0,0	58,3	29,2	141,7	70,8
OCC - NÃO ASPS	2.616,8	1.808,7	1.684,3	1.293,3	391,0	93,1	124,4	6,9
Programação Própria	2.250,4	1.767,5	1.643,4	1.288,8	354,7	91,9	124,1	0,1
Emendas	361,5	36,3	36,3	0,0	36,3	240,4	0,0	-
Sentenças Judiciais	4,9	4,9	4,6	4,6	0,0	93,8	0,3	6,2
TOTAL ASPS	110.449,2	100.908,5	100.460,3	92.579,9	7.880,5	99,6%	448,1	0,4%
TOTAL NÃO ASPS	10.705,0	9.896,9	9.768,5	9.374,4	394,1	98,7%	128,4	1,3%
TOTAL MIN. SAÚDE	121.154,2	110.805,4	110.228,8	101.954,3	8.274,5	99,5%	576,6	0,5%

Fonte: Relatório Anual de Gestão de 2015, Ministério da Saúde (RAG2015/MS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 8).

Como é possível observar da tabela acima, enquanto a dotação atualizada (decorrente da Lei Orçamentária Anual – LOA, atualizada) para os gastos com ações e serviços públicos de Saúde foram de R$ 110,5 bilhões, o valor disponibilizado para empenhos e pagamentos foi de R$ 100,9 bilhões, indicando contingenciamento de verbas no importe de R$ 9,6 bilhões (correspondente à diferença entre a LOA atualizada e os valores disponibilizados para empenho). Diante deste quadro, a

COFIN/CNS, em sua Análise do Relatório Anual de Gestão de 2015, do Ministério da Saúde (Análise-RAG/2015), uma vez mais verificou que:

> A Tabela 2 apresentada na página 8 do RAG2015/MS compara a autorização da despesa com ASPS na Lei Orçamentária somada à abertura de créditos adicionais (LOA atualizada), no valor de R$ 110,5 bilhões, com o valor disponibilizado para empenhos e pagamentos pelo Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão, no valor de R$ 100,9 bilhões, evidenciando um elevado contingenciamento (diferença de R$ 9,6 bilhões entre a LOA atualizada e o valor disponibilizado para empenho).
> [...]
> **Com esse contingenciamento, foi disponibilizado um valor muito próximo da aplicação mínima, comprovando a adoção pela área econômica do governo federal da lógica "Piso=Teto".**
> O Ministério da Saúde foi mais uma vez prejudicado pelo contingenciamento orçamentário, mesmo o governo federal sabendo da necessidade de recursos adicionais para o financiamento adequado do SUS. [...] (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 4) (grifos do original).

Outrossim, novamente se vê, de acordo com os dados apresentados pelo Ministério da Saúde e analisados pela COFIN/CNS, que a área da Saúde sofreu contingenciamento de verbas para gastos em Saúde Pública e, outra vez, aponta inicialmente para desprezo do Governo Federal em efetivar o direito à saúde e seu financiamento nos moldes previstos pela CR/1988. Ademais, mais uma vez o Governo Federal optou por adotar uma lógica de "piso=teto", segundo a avaliação da COFIN/CNS, a saber: a União transformou o gasto mínimo em Saúde (piso) no máximo (teto) que se dispõe a gastar, para, como dito alhures, evitar aumentar a base de cálculo do investimento em ações e serviços de Saúde Pública para os anos seguintes (IPEA, 2018, p. 27).

Diversamente do Relatório Anual de Gestão de 2014, do Ministério da Saúde (RAG2014/MS), onde a COFIN/CNS se debruçou enfaticamente sobre a questão do empenho de verbas pelo referido Ministério, no Relatório Anual de Gestão do ano de 2015 a Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde identificou problemas graves no aspecto da liquidação de verbas empenhadas, que foram muito baixos e com diferença expressiva entre os valores empenhados e os liquidados (embora os baixos níveis de empenho também tenham chamado a atenção da COFIN/CNS). Com efeito, uma vez mais os níveis de execução orçamentária foram classificados em adequado, regular e inadequado, como se verifica do quadro abaixo:

Quadro 3 – Classificação do nível de execução orçamentária Ações e Serviços Públicos de Saúde – União
Referência: janeiro-dezembro/2015

CATEGORIA	Critério	
	Nível de Empenhamento	Nível de Liquidação
ADEQUADO	x=>98%	x=>90%
REGULAR	90%<x<98%	82%<x<90%
INADEQUADO	x=<90%	x=<82%

Fonte: Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2015, Ministério da Saúde (Análise-RAG2015/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 5).

A partir da classificação acima apresentada, novamente serão destacadas e avaliadas as despesas que apresentaram níveis de empenho e liquidação inadequadas, pois são indicativas do descumprimento do investimento mínimo constitucional em Saúde pela União, objeto deste trabalho. As despesas consideradas adequadas e regulares podem ser comparadas e verificadas nos respectivos relatórios do Ministério da Saúde e do Conselho Nacional de Saúde, cujo endereço eletrônico já foi identificado oportunamente e também pode ser encontrado nas referências aqui utilizadas.

Destarte e, segundo a Análise-RAG2015/MS, realizada pela COFIN/CNS, foram identificadas as seguintes rubricas administradas pelo Ministério da Saúde com níveis de liquidação inadequados, a despeito dos valores empenhados para concretização de despesas, *infra:*

Quadro 4 – Níveis de liquidação inadequados de Execução Orçamentária

FNS	34	FARMACIA BASICA - PAB	99,96	81,18
FNS	35	ATENÇÃO À SAÚDE BUCAL	81,16	81,06
GHC	86	SENTENÇA JUDICIAL (CUSTEIO)	80,76	80,76
FNS	31	SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE URGÊNCIA - **SAMU**	78,14	78,14
FNS	39	AQUIS. E DISTRIB.MEDICAMENTOS/DSTAIDS	99,66	78,11
FNS	10	HOSPITAIS PRÓPRIOS	94,52	77,75
GHC	**83**	**GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO - GHC**	96,09	77,54
FNS	16	INCENTIVO FINANCEIRO - VIGILÂNCIA EM SAÚDE	99,84	76,65
FNS	8	MANUTENÇÃO ADMINISTRATIVA	83,42	76,34
FNS	18	VACINAS E VACINAÇÃO	99,99	74,94
ANVISA	51	ASSISTÊNCIA MÉDICA A SERVIDORES	80,23	74,69
FNS	12	PIONEIRAS SOCIAIS	75,98	74,61
IG	4	DÍVIDA (AMORTIZAÇÃO E ENCARGOS)	74,48	74,48
ANS	**77**	**AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS**	84,25	73,54
FNS	38	AQUISIÇÃO E DISTRIB. DE MEDICAMENTOS ESTRATÉGICOS	99,94	73,43
ANS	80	OUTROS PROGRAMAS	88,91	71,78
FNS	14	SERV. DE PROCESSAMENTO DADOS - DATASUS	90,72	71,42
FIOCRUZ	**64**	**FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ**	84,96	70,72
FUNASA	55	MANUTENÇÃO ADMINISTRATIVA	89,15	70,68
ANVISA	47	ADMINISTRAÇÃO DA UNIDADE	83,52	69,67
ANVISA	**46**	**AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA**	75,39	67,22
ANVISA	48	VIGILÂNCIA SANITÁRIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS	69,38	64,74
FNS	15	PROGRAMA SANGUE E HEMODERIVADOS	92,79	64,04
ANS	79	ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR DE SAÚDE	71,18	89,62
GHC	84	ATENÇÃO HOSPITALAR DA UNIDADE	95,32	69,31
FIOCRUZ	71	OUTROS PROGRAMAS	63,90	66,92
FNS	23	PROG.ESTRUTURAÇÃO SAÚDE FAMÍLIA - PROESF	90,29	60,68
FNS	24	REEST. DE HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS - **REHUF**	75,96	47,69
FNS	19	OUTROS PROGRAMAS	55,45	46,97
FUNASA	59	OUTROS PROGRAMAS	66,93	44,59
FNS	13	PUBLICIDADE DE UTILIDADE PÚBLICA	79,89	42,24
FNS	37	AÇÕES DE VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA	82,99	41,19
FUNASA	53	PAC - PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO	79,04	29,76
FUNASA	**52**	**FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA**	51,95	22,44
FNS	41	REAPARELHAMENTO UNIDADES DO SUS / MS	43,62	21,03
FIOCRUZ	69	VACINAS E VACINAÇÃO	99,01	19,73
FNS	21	FOMENTO A PESQUISA EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA	31,60	18,26
FIOCRUZ	76	EMENDAS NOMINATIVAS	34,40	11,36
FNS	32	ATENÇÃO SAÚDE DA MULHER, CRIANÇA, ADOL. E JOVEM	11,63	5,59
FNS	6	COMBATE ÀS CARÊNCIAS NUTRICIONAIS	11,76	4,61
FUNASA	58	SANEAMENTO BÁSICO (DEMAIS AÇÕES)	37,40	4,33
FNS	45	EMENDAS NOMINATIVAS	24,09	0,94
FUNASA	63	EMENDAS NOMINATIVAS	21,78	0,00

Fonte: Elaborado pelo autor, com base na Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2015, Ministério da Saúde (Análise-RAG2015/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, pp. 7-9).

Como se infere do quadro acima, diversas rubricas do Ministério da Saúde tiveram níveis de empenho e liquidação baixíssimos (a despeito de algumas destas

rubricas terem apresentado níveis de empenho adequados e regulares), chegando a exigir da COFIN/CNS o desenvolvimento de uma subclassificação para além da anteriormente apresentada, contendo o nível de liquidação “intolerável” (50%<x<65%) e “inaceitável” (x<50%). Isso porque, extrai-se do quadro supracitado níveis de liquidação de ínfimos, como, *ex. gr.,* a liquidação das verbas de reaparelhamento de unidades do SUS (21,03% de 43,62 empenhados); liquidação das verbas de vacinas e vacinação (19,73% de 99,01% empenhados); demais ações de saneamento básico (4,33% de 37,40% empenhado!), e; emendas nominativas destinadas à FUNASA (0,00% de 21,78% empenhados!!!).

Tais níveis fizeram a COFIN/CNS observar que “não há nenhuma justificativa no RAG sobre os motivos dos níveis de empenho classificados como inadequados. [...] Todos estes itens apresentaram um preocupante nível baixo de empenho e de liquidação no ano de 2015, proporcionando graves e até irreversíveis problemas nas respectivas áreas” (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 9).

Para melhor visualização de cada uma das despesas acima destacadas, que tiveram níveis de empenho e liquidação baixos, a ponto da COFIN/CNS classificá-las como “intoleráveis” e “inaceitáveis”, veja-se tabela a seguir que apresenta cada uma das referidas rubricas com sua dotação atualizada, valores empenhados e valores liquidados, elaborada de acordo com o Relatório Anual de Gestão de 2015, do Ministério da Saúde (MS):

Tabela 8 – Execução orçamentária por Unidade Orçamentária e por Grandes Grupos, Ministério da Saúde – 2015, com níveis de liquidação inadequados

	DENOMINAÇÃO	EXECUTADO	ORÇAMENTO 2015 - LEI Nº 13.115 DE 20 DE ABRIL DE 2015							%	%	%
		2014	PLOA 2015	DOTAÇÃO INICIAL	DOTAÇÃO ATUALIZADA (A)	EMPENHADO (B)	LIQUIDADO (C)	PAGO (D)	SALDO ORÇAMENTÁRIO E = (A - B)	EMP	LIQ	SALDO
6	DÍVIDA (AMORTIZAÇÃO E ENCARGOS)	14.993.942	32.116.080	32.116.080	21.916.604	15.890.125	15.890.125	15.890.125	5.986.479	74,02	73,40	25,60
9	COMBATE ÀS CARÊNCIAS NUTRICIONAIS	18.449.871	32.000.080	32.000.000	31.000.000	3.761.174	1.474.576	1.439.091	28.238.826	11,75	4,61	88,25
8	MANUTENÇÃO ADMINISTRATIVA	316.892.791	390.000.000	385.365.460	387.365.460	323.140.909	291.359.180	289.713.958	64.224.955	83,42	75,24	16,58
10	HOSPITAIS PRÓPRIOS	922.825.908	1.014.500.080	1.014.380.000	1.004.380.000	958.792.766	788.737.065	772.086.247	55.587.234	94,52	77,75	5,48
12	PROMOÇÃO SOCIAL	758.000.000	890.000.000	890.000.000	1.196.527.700	896.882.279	890.000.000	890.000.000	297.645.421	75,00	74,41	24,82
13	PUBLICIDADE DE UTILIDADE PÚBLICA	101.379.779	210.000.080	210.000.000	210.000.000	148.860.625	88.710.636	86.453.527	61.139.375	70,89	42,24	29,11
14	SERV. DE PROCESSAMENTO DADOS - DATASUS	382.998.571	517.000.080	497.823.000	486.823.000	320.376.891	298.557.796	286.585.536	78.446.109	80,72	71,42	19,28
15	PROGRAMA SANGUE E HEMODERIVADOS	522.190.965	878.000.080	869.208.000	1.168.950.000	1.084.864.602	748.171.771	747.192.760	84.285.398	92,79	64,04	7,21
16	INCENTIVO FINANCEIRO - VIGILÂNCIA EM SAÚDE	1.688.093.573	2.072.000.080	2.072.000.000	1.772.000.000	1.769.215.459	1.354.620.835	1.354.492.566	2.776.541	99,84	76,45	0,16
18	VACINAS E VACINAÇÃO	1.256.719.000	2.870.000.080	2.870.000.000	3.580.672.000	3.580.232.110	2.473.581.624	2.348.691.230	439.890	99,99	74,94	0,01
19	OUTROS PROGRAMAS	1.732.007.828	2.169.752.585	2.029.821.185	2.025.458.017	1.123.167.109	951.484.412	948.470.707	902.291.478	55,45	46,97	44,55
21	FOMENTO A PESQUISA EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA	78.174.910	88.000.080	84.128.000	84.128.000	26.501.625	15.356.444	15.356.444	57.626.375	31,50	18,25	68,50
23	PROG ESTRUTURAÇÃO SAÚDE FAMÍLIA - PROESF	78.576.738	105.000.080	105.008.000	48.500.000	43.792.579	24.529.762	22.350.272	4.707.425	90,29	50,58	9,71
24	REEST. DE HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS - REHUF	448.294.607	466.000.080	452.008.000	452.000.000	343.322.096	215.323.836	178.292.777	108.677.904	75,96	47,68	24,04
53	SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE URGÊNCIA - SAMU	912.136.940	1.000.000.080	998.508.000	1.295.950.000	1.034.338.455	1.014.338.455	1.014.338.455	283.711.545	78,14	78,14	21,86
32	ATENÇÃO SAÚDE DA MULHER, CRIANÇA, ADOL. E JOVEM	66.026.880	121.700.000	119.177.580	123.177.580	13.398.978	7.584.612	6.763.639	101.778.602	11,63	6,59	88,37
34	FARMÁCIA BÁSICA - FAB	1.292.642.914	1.530.000.080	1.530.000.000	1.230.000.000	1.229.474.378	998.483.165	998.483.165	525.622	99,96	81,18	0,04
35	ATENÇÃO À SAÚDE BUCAL	178.007.647	270.000.080	264.308.000	264.590.000	234.718.114	214.458.835	214.371.994	49.881.886	81,16	81,05	18,84
37	AÇÕES DE VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA	257.834.589	431.400.080	423.708.000	423.708.000	266.828.598	174.529.877	174.166.672	156.851.402	62,98	41,18	37,02
38	AQUISIÇÃO E DISTRIB. DE MEDICAMENTOS	163.937.297	340.000.080	340.008.000	340.000.000	339.802.801	248.645.210	248.025.205	197.199	99,94	73,13	0,06
39	AQUIS. E DISTRIB MEDICAMENTOS/ DST/AIDS	863.694.200	980.000.080	980.008.000	1.181.800.000	1.097.454.148	868.098.195	835.997.808	3.545.754	99,68	78,11	0,32
41	REAPARELHAMENTO UNIDADES DO SUS / MS	452.496.537	747.500.080	616.568.000	689.412.388	300.716.748	144.985.341	142.132.532	388.675.639	43,62	21,03	56,38
45	EMENDAS NOMINATIVAS	2.798.180.887	0	8.537.013.085	8.341.320.565	2.057.115.681	3.084.233	2.233.333	6.484.186.874	24,66	0,06	75,92
46	AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA	270.942.823	320.499.287	320.499.287	320.829.681	241.270.682	215.126.894	215.048.569	79.558.999	75,19	67,12	24,81
47	ADMINISTRAÇÃO DA UNIDADE	98.084.352	115.008.080	115.008.000	125.000.000	96.051.057	78.964.894	78.942.080	28.948.943	83,52	68,67	26,48
48	VIGILÂNCIA SANITÁRIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS	158.587.946	188.700.080	188.708.000	180.700.000	130.828.539	122.161.664	122.108.187	57.771.461	88,38	64,74	30,62
53	ASSISTÊNCIA MÉDICA A SERVIDORES	4.544.512	5.417.016	5.417.016	5.417.016	4.346.184	4.046.184	4.046.184	1.070.832	80,23	74,69	19,77
52	FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA	1.892.448.270	1.217.682.595	1.721.859.029	1.681.985.377	874.834.941	377.851.182	370.093.270	809.148.436	51,95	22,44	48,05
53	PAC - PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO	409.485.680	515.315.700	457.312.566	457.312.566	547.506.182	156.008.784	151.888.987	109.526.384	76,04	23,76	23,96
55	MANUTENÇÃO ADMINISTRATIVA	167.971.865	260.000.080	158.008.000	158.000.000	140.892.168	113.689.672	108.363.658	17.107.832	89,16	72,69	10,83
58	SANEAMENTO BÁSICO (DEMAIS AÇÕES)	143.441.077	310.188.826	310.911.061	310.911.061	136.269.318	13.471.260	12.886.353	194.641.743	37,40	4,33	62,60
59	OUTROS PROGRAMAS	33.296.567	46.100.080	43.508.000	43.500.000	29.871.670	19.355.419	19.351.739	14.420.330	66,85	44,50	33,17
63	EMENDAS NOMINATIVAS	122.710.540	0	606.457.601	685.349.407	131.789.966	0	0	473.559.441	21,78	0,00	78,22
64	FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ	1.896.724.637	1.246.955.084	1.236.368.035	1.337.751.335	1.130.345.171	946.116.867	939.614.709	207.406.164	84,50	70,72	15,50
69	VACINAS E VACINAÇÃO	1.878.738.505	40.000.080	36.008.000	156.000.000	154.449.827	38.778.978	27.368.979	1.550.173	99,01	19,75	0,99
73	OUTROS PROGRAMAS	268.211.672	609.000.080	572.878.505	511.714.025	326.977.151	291.268.138	289.855.356	184.737.594	63,90	56,92	36,10
76	EMENDAS NOMINATIVAS	3.771.337	0	16.658.000	16.658.000	5.717.962	1.089.255	1.038.700	10.922.038	34,46	11,35	65,60
77	AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS	148.871.851	148.732.760	148.732.760	148.895.868	124.741.318	108.877.571	108.877.571	23.934.642	84,29	73,54	15,75
79	ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR DE SAÚDE	47.140.439	46.758.080	46.758.000	46.758.000	33.274.948	27.824.760	27.824.760	13.475.052	71,18	59,52	28,82
80	OUTROS PROGRAMAS	34.013.765	38.278.080	38.278.000	37.679.000	33.490.924	27.037.880	27.037.880	4.179.076	88,91	71,78	11,09
83	GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO - GHC	91.534.538	117.335.184	118.815.184	129.986.373	124.805.138	108.795.267	91.512.940	5.081.235	96,09	77,54	3,91
84	ATENÇÃO HOSPITALAR DA UNIDADE	58.586.736	64.300.080	65.808.000	64.300.000	61.291.375	58.138.554	51.955.904	3.008.625	95,32	59,31	4,68

Fonte: Elaborado pelo autor, com base no Relatório Anual de Gestão do ano de 2015, Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, pp. 10-17)

Os dados acima, extraídos do RAG2015/MS, consolidam a análise da COFIN/CNS de níveis de liquidação de despesas inadequados, na medida em que a

análise procedida pelo Conselho Nacional de Saúde é baseada na prestação de contas do Ministério da Saúde. Ou seja, quando o referido Ministério presta contas apresentando a dotação orçamentária atualizada, empenho, liquidação e pagamento de despesas em Saúde, a Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde avalia todos estes dados e, a partir deles, verifica o investimento em Saúde nos níveis constitucionais mínimos e como aludido investimento é realizado.

Especificamente quanto à análise do Relatório Anual de Gestão de 2015, do Ministério da Saúde, sua própria prestação de contas é esclarecedora a respeito dos baixos níveis de liquidação aqui destacados: a tabela constante das páginas 10 a 17, do RAG2015/MS apresenta níveis baixos de liquidação, como se infere, por exemplo, do investimento em combate às carências nutricionais (empenho de 11,75% do orçamento e liquidação de 4,61%); fomento à pesquisa em ciência e tecnologia (31,50% empenhados do orçamento e 18,25% liquidados); atenção à Saúde da mulher, criança, adolescente e jovem, que novamente não mereceu atenção da União (11,63% empenhados do orçamento e 6,59% liquidados); entre outros. Todos estes baixos níveis de liquidação sugerem, uma vez mais, o descumprimento da União em investir o percentual mínimo constitucional em Saúde, pois, toda vez que um montante tão elevado de despesas não tenha sido pago e, mais ainda, liquidado, dentro do exercício financeiro, demonstra que bens e serviços não foram disponibilizados para a população (ainda que seja importante ressaltar que não significa que toda despesa paga pelo Ministério da Saúde se reverta imediatamente em bens e serviços) (VIEIRA, PIOLA, 2016, p. 38).

Insista-se que, embora a União afirme em seu RAG/2015 que os valores destinados à Saúde foram superiores ao piso constitucional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 7), os baixos níveis de liquidação verificados pela COFIN/CNS indicam descumprimento do investimento mínimo constitucional em Saúde pela União. A uma, porque a liquidação de valores em níveis mais baixos que os valores empenhados para cada uma das despesas anteriormente destacadas, reflete possível desdém do Governo Federal em cumprir o comando constitucional de investimento mínimo em Saúde, na medida em que não entrega aquilo para as ações de serviços de Saúde para as quais já havia verba destinada no orçamento.

A duas, porque a despeito do Ministério da Saúde apontar ter investido valores acima do piso constitucional, a COFIN/CNS verificou que a recomposição de restos a

pagar cancelados (R$ 405,47 milhões) não respeitou o artigo 24, §2º, da LC 141/2012, não tendo havido a compensação em dotação específica, como aplicação adicional ao mínimo, do valor total dos cancelamentos de restos a pagar do ano de 2014 (R$ 903,24 milhões) na execução orçamentária de 2015 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 2).

A três, porque, em termos reais, houve redução dos valores empenhados em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) e Total do Ministério da Saúde, conforme tabela abaixo demonstrada:

Tabela 9 – Valor empenhado em ASPS e Total em 2014 e 2015 (R$ em milhões)[53]

ITEM	EMPENHADO 2015	EMPENHADO 2014	Variação	EMPENHADO 2015	EMPENHADO 2014	Variação
	A preços correntes			A preços constantes (dez/2015)[1]		
	(A)	(B)	C= (A / B)	(D)	(E)	F = (D / E)
PESSOAL ATIVO - ASPS	9.519,9	9.298,9	2,4%	9.519,90	10.291,37	-7,5%
OCC - ASPS	90.940,5	82.944,3	9,6%	90.940,50	91.796,86	-0,9%
Programação Própria	88.754,2	80.042,3	10,9%	88.754,20	88.585,24	0,2%
Emendas	2.158,3	2.896,9	-25,5%	2.158,30	3.206,09	-32,7%
Sentenças Judiciais	28,0	5,0	460,0%	28	5,53	406,0%
TOTAL ASPS	100.460,3	92.243,20	8,9%	100.460,30	102.088,23	-1,6%
TOTAL MIN. SAÚDE	110.228,8	101.865,6	8,2%	110.228,80	112.737,75	-2,2%
ASPS/MS	91,14%	90,55%		91,14%	90,55%	

Fonte: Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2015, Ministério da Saúde (Análise-RAG2015/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 3).

Verificado que, em valores reais, houve variação negativa da verba orçamentária empenhada em ações e serviços de Saúde na comparação dos anos de 2015 e 2014, esse é outro elemento indicador do descumprimento do investimento em Saúde de acordo com o mínimo constitucionalmente estabelecido.

Em quarto e último lugar, também é possível deduzir que no exercício de 2015 não houve investimento em Saúde de acordo com o piso constitucional, quando se verifica o montante de Restos a Pagar (RAPs) inscritos no ano de 2015, para serem pagos no exercício de 2016, que implicam aperto do orçamento de 2016, possibilidade

[53] Utilizou-se o IPCA como fator para atualização do empenhado em 2014: 1,10673 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 3).

de não serem pagos e novas ações e serviços de Saúde que foram prejudicadas com o não investimento destes valores durante o ano de 2015. Veja-se o quadro consolidado de Restos a Pagar de 2015 apresentados pelo Ministério da Saúde (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 28):

Tabela 10 - Quadro consolidado geral com a execução de Restos a Pagar de 2003 a 2014 – a serem pagos em 2015

DENOMINAÇÃO / UNIDADE ORÇAMENTÁRIA		RESTOS A PAGAR					
		INSCRITOS e REINSCRITOS	CANCELADOS	PAGOS	SALDO A PAGAR		
					LIQUIDADOS	A LIQUIDAR	TOTAL
1	PESSOAL A PAGAR EXERC. ANTERIORES	0	0	0	0	0	0
2	PESSOAL ATIVO	55.675.291	10.405.695	6.148.874	150.874	38.969.848	39.120.721
3	PESSOAL INATIVO E PENSIONISTA	587.410	0	0	0	587.410	587.410
4	AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA		0	0	0	0	0
	SUBTOTAL	56.262.701	10.405.695	6.148.874	150.874	39.557.258	39.708.131
5	FNS	11.025.105.134	561.618.703	5.344.789.291	398.155.015	4.721.883.475	5.120.038.490
6	ANVISA	52.266.375	9.806.180	28.436.660	53.282	14.320.676	14.373.958
7	FUNASA	3.103.435.176	334.489.264	483.508.832	374.387.958	1.911.049.122	2.285.437.080
8	FIOCRUZ	565.314.681	4.531.835	448.261.580	9.417.705	103.103.563	112.521.268
9	ANSS	23.050.788	3.839.795	18.849.146	1.200	360.646	361.846
10	GHC	25.627.955	1.430.186	21.971.805	839.657	1.386.307	2.225.964
	SUBTOTAL	14.794.800.109	915.715.964	6.345.817.313	782.854.816	6.752.103.789	7.534.958.605
	MS - TOTAL GERAL	14.851.062.810	926.121.659	6.351.966.187	783.005.690	6.791.661.047	7.574.666.736

Fonte: Relatório Anual de Gestão do ano de 2015, Ministério da Saúde (RAG2015/MS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 28).

Infere-se da tabela acima e de acordo com a avaliação da COFIN/CNS (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 13), no ano de 2015 os cancelamentos totalizaram R$ 926,1 milhões (equivalente a 6,2% do valor total inscrito e reinscrito). Os pagamentos corresponderam a menos da metade (42,8%) do valor total inscrito e reinscrito, restando em 31/12/2015 um saldo a pagar de R$ 7,6 bilhões, equivalentes a 51% do total inscrito e reinscrito.

Esta situação se agrava ao se verificar que, do saldo remanescente de RAP de 2015 (R$ 7,6 bilhões), a serem pagos em 2016, R$ 6,9 bilhões são “não processados” (ou não liquidados) e novamente não houve nenhuma explicação do Ministério da

Saúde a respeito das condições de execução destes valores, o que preocupou o Conselho Nacional de Saúde, devido se tratarem de despesas do período de 2003 a 2014 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 13). Diante deste quadro e, considerando as disposições do art. 24, da LC 121/2012, concluiu a COFIN/CNS que:

> Sob a ótica deste dispositivo legal, **o RAG 2015/MS não evidenciou a existência de recursos financeiros vinculados às contas do Fundo Nacional de Saúde e das demais unidades da administração indireta do MS no valor de aproximadamente R$ 15,4 bilhões para que se comprove a efetiva aplicação mínima legalmente estabelecida para 2015. Após o advento da LC 141, o empenhamento da despesa é condição necessária, mas não suficiente para que se comprove a aplicação mínima em ASPS**: é preciso que as contas do Fundo Nacional de Saúde e das unidades da administração indireta do MS tenham recursos em caixa correspondentes ao saldo a pagar dos empenhos do exercício e ao saldo a pagar dos Restos a Pagar apurados em 31 de dezembro de 2015. **Essa condição legal não está comprovada no RAG 2015/MS.** (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 14) (grifos do original)

Por todos os dados expostos neste subtópico, novamente o que se verificou da prestação de contas realizada pelo Poder Executivo e da fiscalização realizada pelo órgão de participação popular na Saúde, no âmbito federal, é que há indícios sérios e robustos de que de a União tem se furtado ao seu dever de investir o mínimo constitucional em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS): **i)** os baixos níveis de liquidação de despesas em Saúde apontam para um descumprimento do investimento mínimo em Saúde e também para a inobservância de concretização do direito constitucional à saúde, pois, como já observado, a não liquidação de montantes elevados de despesas dentro de um exercício revelam que bens e serviços de Saúde não foram disponibilizados à população (VIEIRA, PIOLA, 2016, p. 38); **ii)** também é possível perceber um descumprimento do piso constitucional de Saúde quando verificado que os valores reais empenhados nos anos de 2015 e 2014 apresentaram variação negativa, indicando não investimento nos moldes constitucionalmente previstos; **iii)** tanto pela não compensação em dotação específica de Restos a Pagar ocorridos em 2014, como a falta de comprovação de que haverá verba disponível para o pagamento de Restos a Pagar apurados em 31 de dezembro de 2015, também sugerem que a União não aplicou o piso mínimo constitucional em Saúde, o que comprovaria a hipótese sugerida neste trabalho e desencadearia uma série de efeitos jurídicos a fim de ser concretizado o direito constitucional à saúde delineado no art. 196 da CR/88.

Para o desiderato de comprovar (ou não) que a União não investiu o mínimo constitucional em Saúde, esta pesquisa agora se deterá na análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2016 do Ministério da Saúde (RAG2016/MS), e na fiscalização procedida pela Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS) através da Análise-RAG2016, a fim de verificar se a União, no que se refere à Saúde, tem agido de acordo com as regras constitucionais estabelecidas. Desde já se advirta, por oportuno, que a Análise-RAG2016 traz uma novidade em comparação às anteriormente estudadas: por ela, pela primeira vez, o CNS decidiu reprovar as contas apresentadas pelo Ministério da Saúde. É nela que este trabalho se prenderá a partir de agora.

2.3.3 O Relatório Anual de Gestão de 2016 (RAG 2016) do Ministério da Saúde e sua análise pelo Conselho Nacional de Saúde

O Relatório Anual de Gestão do ano de 2016, elaborado pelo Ministério da Saúde (RAG2016/MS)[54], diferentemente dos Relatórios apresentados nos anos anteriores não foi aprovado pela Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS), no que foi acompanhado pelo Plenário do Conselho Nacional, que resolveu "1) reprovar o Relatório Anual de Gestão 2016 do Ministério da Saúde, com base no parecer Conclusivo (incluindo os anexos) que acompanha esta Resolução; 2) considerar os apontamentos apresentados no citado Parecer Conclusivo como indicações de medidas corretivas para encaminhamento ao Sr. Presidente da República nos termos do art. 41 Lei Complementar nº 141/2012", como se verifica da Resolução nº 551, de 06 de julho de 2017[55]. Ressalte-se que essa Resolução se encontra pendente de homologação até os dias atuais[56], inclusive como demonstrado na pesquisa elaborada por Avelino (2017, p. 71) e mencionada anteriormente neste trabalho.

A decisão proferida pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde, estampada na sua Resolução nº 551/2017, significou quebra de paradigma até então estabelecido

---

[54] Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_anual_gestao_rag_2016.pdf Acesso em 12 nov. 2017.
[55] Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso551.pdf Acesso em 12 nov. 2017.
[56] Conforme pesquisa procedida no site do Conselho Nacional de Saúde em 12/12/2019, a Resolução 551/2017 permanece não homologada pelo Ministério da Saúde. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_17.htm Acesso em 12 dez. 2019.

pelo órgão de fiscalização popular, que costumeiramente decidia por aprovar a prestação de contas apresentada pelo Ministério da Saúde com ressalvas e recomendações para os anos posteriores.

Desta vez, assumindo postura condizente com a Constituição Federal através de seus princípios democrático e de participação popular, o CNS decidiu, pela primeira vez, reprovar as contas apresentadas pela União, demonstrando não ter havido o investimento mínimo em Saúde de 15% da Receita Corrente Líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro, conforme estabelecido pelo art. 198, §2º, I, da CR/88, com a redação que lhe foi dada pelas Emendas Constitucionais nº 86/2015 e 95/2016, mas um investimento do importe de 14,7% de sua RCL do respectivo exercício financeiro (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 2).

Com efeito, enquanto nos anos anteriores a COFIN/CNS entendeu ter havido a aplicação mínima constitucional em Saúde (embora a não compensação de Restos a Pagar de anos anteriores, e os baixos níveis de empenho e liquidação de despesas previstas em orçamento, gere dúvidas a respeito do cumprimento da aplicação do piso mínimo constitucional em Saúde), as contas apresentadas pelo Ministério da Saúde em 2017, referentes ao ano-exercício de 2016, demonstraram que não houve a aplicação mínima estabelecida pela CR/88 em Saúde, segundo a interpretação perpetrada pela COFIN/CNS[57] e que gerou a reprovação do RAG2016/MS. Essa situação de descumprimento do investimento mínimo constitucional em Saúde, além de demonstrar desobediência ao texto da Carta Magna de 1988 – suficiente para desencadear sanções políticas e jurídicas ao agente público desobediente -, também implica na não concretização do direito à saúde previsto pela Constituição da República, contribuindo para o aumento da distância existente entre o direito positivado e o direito praticado, experimentado pela realidade social.

Explica-se a assertiva acima: conforme dados apresentados pelo Ministério da Saúde em seu Relatório Anual de Gestão de 2016, a COFIN/CNS - órgão de participação popular responsável pela fiscalização e avaliação do resultado da execução orçamentária e financeira no âmbito da Saúde, conforme art. 41 da LC

[57] Como se verá oportunamente neste trabalho, a Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS) deu interpretação às Emendas Constitucionais 86/2015 e 95/2016 que levaram à conclusão de não ter havido a aplicação do piso mínimo constitucional em Saúde, pela União, no exercício de 2016. Este entendimento foi acompanhado pelo Ministério Público de Contas da União, mas não foi perfilhado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS), nem pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

141/2012 -, verificou que os valores aplicados em ações e serviços de Saúde ficaram abaixo do piso mínimo constitucional, prejudicando a efetividade do direito constitucional à saúde. Nesse diapasão, veja-se tabela 11 abaixo destacada:

Tabela 11 – Piso para aplicação em Ações e Serviços de Saúde Pública – 2016
Posição: 2016 encerrado

	Receita Corrente Liquida (*)	722.474
(A)	Piso para 2016 (Percentual da RCL em ASPS (1º ano 13,2%) (**)	95.367
(B)	Dotação - Ações e Serviços Públicos de Saúde	109.921
(B1)	Pessoal e Encargos Sociais	9.926
(B2)	Outros Custeio e Capital (***)	99.996
(C)	Empenhado - Ações e Serviços Públicos de Saúde	106.236
(C1)	Pessoal e Encargos Sociais	9.694
(C2)	Outros Custeio e Capital (***)	96.541
D = (A - C)	Saldo para cumprimento da EC - 86	(10.869)
(E)	Reposição de Restos a Pagar	
(E1)	Dotação	483
(E2)	Empenhado	483
(E3)	A empenhar	-

Fonte: Relatório Anual de Gestão de 2016, Ministério da Saúde (RAG2014/MS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017, p. 7).

Pelos dados acima destacados e apresentados pelo Ministério da Saúde[58], a Receita Corrente Líquida (RCL) do ano-exercício de 2016 foi de R$ 722.474 bilhões[59], sendo esta a base de cálculo da aplicação mínima em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS). Outrossim e, de acordo com o Ministério da Saúde, o piso para aplicação em ASPS perfaria o montante de R$ 95.367 bilhões, utilizando-se o percentual de 13,2% previsto no art. 2º da EC 86/2015 como percentual mínimo de aplicação em Saúde. Verificado que o valor empenhado em ASPS foi de R$ 106.236 bilhões (conforme tabela 11 em questão); então, segundo o Poder Executivo, foram

[58] De acordo com RAG2016/MS, a Receita Corrente Líquida (RCL) foi estabelecida pela Portaria STN nº 37, de 19 de janeiro de 2017, publicada no DOU de 20 de janeiro de 2017; o piso mínimo constitucional foi calculado utilizando o índice de 13,2% definido pela Emenda Constitucional 86/2015 e no cálculo da aplicação em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) não foram incluídas Reposição de Restos a Pagar (RRP).

[59] Após a publicação da Receita Corrente Líquida (RCL) do ano de 2016 no Diário Oficial da União (DOU) de 20/01/2017, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) republicou em junho/2017 a RCL referente ao ano de 2016, de acordo com a Portaria/STN nº 494, de 06 de junho de 2017. Disponível em: http://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/receita-corrente-liquida-rcl/2016/29 Acesso em 14 dez. 2019.

aplicados em Saúde R$ 10.869 bilhões acima do piso mínimo constitucional, o que comprovaria o cumprimento das regras estabelecidas pelo art. 198, §2º, I, CR/88.

Entretanto, a partir destes dados e segundo sua interpretação dos textos das Emendas Constitucionais 86/2015 e 95/2016, a COFIN/CNS observou que, diferentemente do quanto defendido pelo Ministério da Saúde (de que a aplicação em ASPS no ano de 2016 superou o piso mínimo constitucional), em verdade os valores aplicados pela União foram inferiores ao piso estabelecido pela Constituição da República, pois significaram investimentos na ordem de 14,7% (abaixo dos 15% fixados pela Emenda Constitucional 95/2016, que alterou a redação da Emenda Constitucional 86/2015 para retirar regime progressivo de aplicação em ASPS e fixar percentual mínimo de aplicação em Saúde) e ficaram R$ 253 bilhões abaixo do piso mínimo constitucional (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 2). Da mesma maneira, segundo a COFIN/CNS não houve em 2016 a compensação integral (como aplicação adicional ao “piso”) dos restos a pagar cancelados em 2015, nos termos da LC 141/2012, ampliando o total da insuficiência de aplicação em ASPS para R$ 692 bilhões (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p.3).

Daí se afirmar, segundo a avaliação da COFIN/CNS, que a União não aplicou no ano de 2016 o percentual mínimo constitucional em ações e serviços públicos de Saúde, prejudicando a concretização desse direito fundamental e aumentando a distância havida entre o direito positivado e o direito efetivado, pois, seja pela ausência de investimentos em ASPS decorrente do cancelamento de valores empenhados e não compensação destes Restos a Pagar (RAPs), seja pela não aplicação do percentual fixado pela CR/88 como o mínimo a ser aplicado em ações e serviços públicos de Saúde, quem perde e sofre com este descumprimento do texto constitucional é a população, que diuturnamente tem seus direitos fundamentais violados pelo Estado omisso.

Essa omissão é verificada não apenas pela não aplicação dos percentuais fixados como mínimos pela CR/88 em ASPS, mas também pela continuidade da não compensação de Restos a Pagar em anos anteriores e que vão deixando de ser pagos ao longo do tempo. Nesse sentido e, ainda avaliando a prestação de contas do Ministério da Saúde (MS) através do RAG2016/MS, a COFIN/CNS analisou os dados referentes aos limites de empenho e pagamento do MS para o ano de 2016 e, novamente, verificou também que a aplicação em ASPS ocorreu em percentual menor

que o estabelecido pela Constituição da República. Veja-se a Tabela 12 a seguir apresentada, extraída do RAG2016/MS, para melhor visualização do tema:

Tabela 12 – Limites de Empenho e Pagamento – MS, 2016

ITEM	DOTAÇÃO ATUALIZADA	DISPONIBIL. P/ EMPENHO	EMPENHADO	PAGO	SALDO A PAGAR	% DISPON.	SALDO DISPON.	% SALDO
	(A)	(B)	(C)	(D)	E = (C - D)	F = (C / B)	G = (B - C)	H =(G / B)
PESSOAL ATIVO - ASPS	9.925,8	9.925,8	9.694,3	9.673,8	20,6	97,7%	231,5	2,3%
PESSOAL ATIVO - ANS - NÃO ASPS	166,7	166,7	165,6	165,3	0,2	99,3%	1,1	0,7%
PESSOAL ATIVO - ID USO 0 - exceto ANS (Reserva de Contingência)	1,3	1,3	0,0	0,0	0,0	0,0%	1,3	100,0%
INATIVO	8.313,9	8.313,9	8.311,6	8.309,4	2,2	100,0%	2,2	0,0%
DÍVIDA	2,0	2,0	0,0	0,0	0,0	0,0%	2,0	100,0%
ANS - UO 74202	11,1	11,1	7,2	4,8	2,4	64,6%	3,9	35,4%
OCC - ASPS	100.478,5	97.787,8	97.024,1	89.258,2	7.765,9	98,7%	1.303,3	1,3%
Programação Própria	94.175,1	*92.845,8*	92.517,2	87.517,9	4.999,3	99,6%	394,3	0,4%
Emendas	6.286,7	*4.925,4*	4.490,4	1.723,8	2.766,6	83,2%	908,9	16,8%
Sentenças Judiciais	16,7	*16,7*	16,5	16,5	0,0	98,9%	0,2	1,1%
OCC - NÃO ASPS	2.037,2	1.628,1	1.610,2	1.277,6	332,7	147,7%	-519,8	-47,7%
Programação Própria	1.874,7	*1.538,9*	1.526,4	1.270,4	256,0	152,5%	-525,2	-52,5%
Emendas	154,9	*81,7*	76,7	0,0	76,7	93,8%	5,1	6,2%
Sentenças Judiciais	7,5	*7,5*	7,2	7,2	0,0	96,1%	0,3	3,9%
TOTAL ASPS	110.404,3	107.713,6	106.718,4	98.932,0	7.786,5	98,6%	1.534,8	1,4%
TOTAL NÃO ASPS	10.532,1	10.123,0	10.094,6	9.757,1	337,5	105,5%	-509,3	-5,3%
TOTAL MIN. SAÚDE	120.936,4	117.836,6	116.813,1	108.689,1	8.124,0	99,1%	1.025,5	0,9%

Fonte: Relatório Anual de Gestão de 2016, Ministério da Saúde (RAG2016/MS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017, p. 8).

Depreende-se, da tabela acima, que a dotação atualizada para o ano de 2016, para aplicação em ASPS foi de R$ 110,4 bilhões. Deste valor, **i)** foram disponibilizados para empenho o importe de R$ 107,7 bilhões, **ii)** empenhados R$ 106,7 bilhões (valor abaixo do disponibilizado para empenho); **iii)** pagos o valor de R$ 98,9 bilhões, e; **iv)** restou um saldo a pagar de R$ 7,7 bilhões de reais que deixaram de ser aplicados em ASPS. A partir destes dados, a COFIN/CNS observou que:

> Considerando o valor empenhado em ASPS em 2016 de R$ 106,7 bilhões e que deste valor deve ser deduzido o valor da compensação dos restos a pagar cancelados em 2015, o valor empenhado em 2016 para verificação da aplicação mínima constitucional foi de R$ 106,2 bilhões, o que correspondeu a uma aplicação de 14,7% da Receita Corrente Líquida (RCL) de 2016, ou seja, abaixo do piso mínimo constitucional de 15% da RCL, bem como não houve em 2016 a compensação integral (como aplicação adicional ao “piso”) dos restos a pagar cancelados em 2015, conforme demonstrado na Tabela 1 – ou seja, uma aplicação abaixo da determinação constitucional/legal em R$ 2,574 bilhões (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 18).

As conclusões acima apresentadas foram delineadas na tabela a seguir destacada, extraída da Análise do Relatório Anual de Gestão de 2016 do Ministério da Saúde, realizada pela COFIN/CNS:

Tabela 13 – Avaliação da Aplicação Mínima Constitucional em ASPS e da Compensação dos Restos a Pagar Cancelados em 2015 pelo Ministério da Saúde

	Descrição	R$ Milhões
A	Receita Corrente Liquida 2016	722.474
B (=Ax15%)	Piso para 2016 (Percentual da RCL em ASPS - 15%)[1]	108.371
C	Empenhado 2016 - Ações e Serviços Públicos de Saúde[2]	106.236
D	Disponibilidade para Empenho 2016[3]	108.253
E (=B-C)	Aplicação em 2016 - abaixo do piso[4]	2.135
F (=B-D)	Disponibilidade Insuficiente para Empenho 2016 em relação ao piso	118
G	Restos a Pagar Cancelados EM 2015[5]	922
G.1	Empenhado	483
G.2 (=G-G.1)	A compensar (em desacordo com a LC 141/2012)[6]	439

Fonte: Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2016, Ministério da Saúde (Análise-RAG2016/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 18).

Segundo os dados supracitados, a COFIN/CNS observou que: **i)** de acordo com o Ministério da Saúde (MS), o valor empenhado em ASPS foi de R$ 106,2 bilhões; **ii)** contudo, segundo a COFIN/CNS o piso de aplicação em ASPS deveria ter sido de 15% da Receita Corrente Líquida (RCL) apurada em 2016 (R$ 722.474 bilhões), totalizando R$ 108,3 bilhões a serem aplicados em ASPS; **iii)** a diferença da aplicação mínima apurada pela COFIN/CNS e do valor empenhado pelo MS resulta em aplicação inferior ao piso constitucional de R$ 2,135 bilhões (R$108,371 – R$106,236 = R$ 2,135 bilhões); **iv)** a soma da aplicação inferior ao piso constitucional (R$ 2,135 bilhões) e de Restos a Pagar a serem compensados (R$ 439 milhões) perfaz o total de R$ 2,574 bilhões que não foram aplicados pelo MS em ASPS, infringindo o piso mínimo constitucional a ser observado pela União.

Ou seja, além de ter havido uma aplicação inferior ao piso mínimo estabelecido pela CR/88, por conta de interpretação realizada pelo Ministério da Saúde a respeito do percentual mínimo a ser aplicado (como será oportunamente verificado neste capítulo), ainda existem Restos a Pagar (RAPs) que novamente não foram compensados, como determina o art. 24, §2º, da LC 141/2012[60], prejudicando os investimentos em ASPS, pois, como observa o Conselho Nacional de Saúde, verificados que os RAPs cancelados em 2015 se referem a verbas empenhadas em

[60] Art. 24. *omissis*
[...]
§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, a disponibilidade deverá ser efetivamente aplicada em ações e serviços públicos de Saúde **até o término do exercício seguinte ao do cancelamento ou da prescrição dos respectivos Restos a Pagar**, mediante dotação específica para essa finalidade, sem prejuízo do percentual mínimo a ser aplicado no exercício correspondente.
[...] (grifos do autor)

anos anteriores, e, somados estes aos RAPs de 2016, é possível que todos estes cancelamentos tornem sem efeito uma parte das prestações de contas até então apresentadas ao referido Conselho Nacional de Saúde (CNS), ao Congresso Nacional (CN) e ao Tribunal de Contas da União (TCU), podendo resultar em aplicações inferiores ao piso mínimo constitucional inclusive em anos pretéritos, evidenciando uma continuidade da não aplicação mínima em ASPS pela União (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 19).

Esta assertiva é reforçada pela não compensação de Restos a Pagar (RAPs) decorrentes de anos anteriores a 2016. Deveras, de acordo com o Ministério da Saúde, em 2015 foram cancelados RAPs no montante de R$ 926 milhões; deste valor, houve compensação de R$ 483 milhões (conforme Tabela 11) e ainda remanesceu o valor de R$ 439 milhões a serem compensados, conforme verificado pela COFIN/CNS. Somam-se a estes valores a cifra de R$ 6,3 bilhões de RAPs do ano de 2016, demonstrando, uma vez mais, os altos valores que deixaram de ser investidos em ASPS pelo Poder Público em detrimento da população. Veja-se, a respeito do quanto dito aqui, a Tabela 14 a seguir realçada:

Tabela 14 – Quadro consolidado geral com a execução de Restos a Pagar de 2003 a 2015 – pagos em 2016
Posição: dezembro fechado (inscritos e reinscritos em 2016)

DENOMINAÇÃO / UNIDADE ORÇAMENTÁRIA		RESTOS A PAGAR					
		INSCRITOS e REINSCRITOS	CANCELADOS	PAGOS	SALDO A PAGAR		
					RAP PROC	RAP NPROC	TOTAL
1	PESSOAL ATIVO	54.414.934	2.600.316	1.549.863	372.791	49.891.963	50.264.755
2	PESSOAL INATIVO E PENSIONISTA	2.524.835	916	0	0	2.523.919	2.523.919
	SUBTOTAL	**56.939.769**	**2.601.233**	**1.549.863**	**372.791**	**52.415.882**	**52.788.674**
3	FNS	12.606.300.568	675.129.124	7.673.310.171	342.640.551	3.915.197.669	4.257.838.220
4	ANVISA	40.604.088	9.947.085	24.576.155	36.776	5.923.915	5.960.691
5	FUNASA	2.790.268.751	241.036.152	619.659.694	246.077.555	1.683.495.350	1.929.572.904
6	FIOCRUZ	303.251.729	9.091.866	216.324.868	1.842.096	75.992.900	77.834.996
7	ANSS	16.225.494	3.848.855	11.663.715	1.200	711.724	712.924
8	GHC	35.618.162	1.000.024	29.332.445	8.392	5.277.301	5.285.693
	SUBTOTAL	**15.792.268.792**	**940.053.106**	**8.574.867.047**	**590.606.570**	**5.686.598.858**	**6.277.205.428**
MS - TOTAL GERAL		**15.849.208.560**	**942.654.339**	**8.576.416.910**	**590.979.361**	**5.739.014.740**	**6.329.994.102**

Fonte: Relatório Anual de Gestão de 2016, Ministério da Saúde (RAG2016/MS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017, p. 23)

Como é possível inferir da tabela acima, do valor de R$ 15,849 bilhões de RAPs inscritos e reinscritos de anos anteriores a 2016 (2003 a 2015), foram pagos R$ 8,576 bilhões em 2016, cancelados o montante de R$ 942,6 milhões (que deixaram de ser concretamente investidos em ASPS), e restando R$ 6,329 bilhões a pagar nos exercícios posteriores. Outrossim, insista-se no quanto dito anteriormente: ainda que nos anos de 2014 e 2015 possa ter havido a aplicação do piso mínimo constitucional em ASPS, a existência de RAPs não compensados de anos anteriores impede se afirmar que nestes anos houve a observância da aplicação constitucional mínima em ASPS. Da mesma forma, o não investimento de todos os valores disponibilizados para ASPS sugere não ter havido a aplicação do piso mínimo constitucional em ASPS nestes anos específicos (2014 e 2015).

E não é outra a posição do Conselho Nacional de Saúde pois, na condição de órgão de participação da comunidade e de fiscalização da execução orçamentária e financeira no âmbito da Saúde, tem cobrado constantemente o Governo Federal pelo pagamento de RAPs cancelados a partir do ano 2000, o que desencadeou ação judicial pelo Ministério Público Federal para cobrança destes valores, haja vista que os cancelamentos de RAPs caracterizam redução de valores anteriormente computados no cálculo da aplicação mínima em ASPS. Ademais, nos termos da LC 141/2012, todos os valores de RAPs cancelados num exercício deverão ser compensados como aplicação adicional no exercício seguinte, o que não é observado pela União desde 2000 e foi repetido, mais uma vez, no ano de 2016 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 12).

Diante deste quadro de continuidade da não aplicação mínima em ASPS pelo União, que realça inclusive uma lógica de aplicação de valores próximos ao piso (lógica piso=teto, para evitar maiores investimentos em anos futuros), conclui o Conselho Nacional de Saúde:

> A gravidade da situação de descumprimento da aplicação mínima constitucional em 2016 se amplia diante do fato de que o valor disponibilizado pela área econômica do governo federal para empenhar as despesas ASPS ter sido inferior a esse piso em R$ 118 milhões, como evidencia a Tabela 1[61] – ou ter sido inferior em R$ 557 milhões, se forem acrescidos àquele valor os R$ 439 milhões de restos a pagar cancelados em 2015 que não foram compensados como aplicação adicional em 2016: esta é mais uma evidência da política orçamentária adotada pela área econômica do governo federal de

[61] Neste trabalho apresentada como Tabela 13 - Avaliação da Aplicação Mínima Constitucional em ASPS e da Compensação dos Restos a Pagar Cancelados em 2015 pelo Ministério da Saúde.

> disponibilizar recursos para empenhos em valores muito próximos do “piso” (lógica histórica do “piso = teto”) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 20).

Afora os dados acima destacados, que sugerem, de maneira robusta, a não aplicação do percentual mínimo em ações e serviços públicos de Saúde pela União, ainda é necessário destacar que, também no ano de 2016, houve uma série de rubricas administradas pelo Ministério da Saúde que tiveram níveis de empenho e liquidação de verbas orçamentárias em níveis baixíssimos, demonstrando novamente o desapego do Poder Executivo na concretização de políticas públicas de Saúde e compromisso de efetivar o direito constitucional à saúde.

Nesse sentido, já destaca a COFIN/CNS que em nenhum momento o RAG2016/MS apresenta justificativa sobre os motivos dos níveis de empenho classificados como inaceitáveis, intoleráveis, inadequados e regulares, apesar do alerta do Conselho Nacional de Saúde sobre os baixos níveis de execução orçamentária (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 8).

Novamente a COFIN/CNS desenvolveu classificação sobre os níveis de empenhamento e liquidação da verba orçamentária destinada às diversas rubricas administradas pelo Ministério da Saúde. A novidade presente na classificação do ano de 2016 foi a criação de dois novos níveis de empenho e liquidação: intolerável e inaceitável, conforme se observa do Quadro 5 abaixo destacado:

Quadro 5 – Níveis de empenhamento e liquidação - classificação

NÍVEIS DE EMPENHAMENTO E LIQUIDAÇÃO CLASSIFICAÇÃO		
PREOCUPANTE	-	-
ADEQUADO	X>97%	X>93%
REGULAR	93%<X<97%	85%<X<93%
INADEQUADO	85%<X<93%	75%<X<85%
INTOLERÁVEL	75%<X<85%	65%<X<75%
INACEITÁVEL	X<=75%	X<=65%

Fonte: Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2016, Ministério da Saúde (Análise-RAG2016/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 26).

A partir do quadro classificatório acima, a COFIN/CNS estabeleceu os níveis de empenho e liquidação da dotação orçamentária disponibilizada para ASPS. Mais uma vez, o que se verifica pela Análise-RAG2016/MS são os baixos níveis de empenho e liquidação em diversas áreas de Saúde administradas pelo Governo Federal. Impressiona observar, por exemplo, os baixos níveis de empenho destinados à Saúde indígena; de programas do Fundo Nacional de Saúde, como farmácias populares e atenção à Saúde da mulher, criança, adolescente e jovens; da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), entre outros.

Sobre os baixos níveis de empenho e liquidação da verba orçamentária destinada à Saúde, verifique-se o Quadro 6 abaixo destacado, que demonstra de maneira gráfica estes níveis de empenhamento e liquidação realizados no ano de 2016 pelo Ministério da Saúde:

Quadro 6 – Execução orçamentária e financeira de 2016

	DENOMINAÇÃO	ID USO	EXECUTADO EM 2015	ORÇAMENTO 2016 - LEI Nº 13.255 DE 14 DE JANEIRO DE 2016						
				PLOA 2016	DOTAÇÃO INICIAL	DOTAÇÃO ATUALIZADA (A)	EMPENHADO (B)	LIQUIDADO (C)	EMP (B/A)	LIQ (C/A)
5	FUNDO NACIONAL DE SAÚDE - FNS	0+6	90.112.797.360	88.230.997.508	97.336.599.268	99.296.255.654	95.794.059.505	88.796.811.558	96,47%	89,43%
11	INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER - INCa	6	315.536.616	366.000.000	350.800.000	314.960.000	309.371.665	289.794.367	98,23%	92,01%
16	INCENTIVO FINANCEIRO - VIGILÂNCIA EM SAÚDE	6	1.769.223.459	2.292.000.000	2.292.000.000	1.933.824.200	1.929.853.882	1.776.056.572	99,79%	91,84%
31	SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÓVEL DE URGÊNCIA - SAMU	6	1.014.338.455	1.100.000.000	1.100.000.000	1.100.000.000	1.063.323.954	987.258.196	96,67%	89,75%
34	FARMÁCIA BÁSICA - PAB	6	1.229.474.378	1.520.000.000	1.520.000.000	1.352.000.000	1.351.990.003	1.212.421.246	100,00%	89,68%
35	ATENÇÃO À SAÚDE BUCAL	6	214.728.114	245.725.000	244.000.000	220.000.000	198.591.270	196.158.575	90,27%	89,16%
36	FARMÁCIAS POPULARES	0+6	3.039.695.914	2.660.500.000	3.151.897.334	3.078.572.378	2.773.564.883	2.700.101.379	90,09%	87,71%
8	MANUTENÇÃO ADMINISTRATIVA	6	323.140.505	420.000.000	410.524.000	336.348.600	313.978.605	283.928.930	93,35%	84,42%
39	AQUIS. E DISTRIB. MEDICAMENTOS/DST/AIDS	6	1.097.454.246	1.100.000.000	1.100.000.000	1.100.000.000	1.099.686.607	916.093.393	99,97%	83,28%
10	HOSPITAIS PRÓPRIOS	6	956.792.745	1.017.000.000	1.007.260.000	1.012.260.000	982.587.243	830.461.829	97,07%	82,04%
26	SAÚDE INDÍGENA	6	1.369.923.057	1.510.000.000	1.485.760.000	1.485.760.000	1.285.386.514	1.195.865.769	86,53%	80,49%
24	REEST. DE HOSPITAIS UNIVERSITÁRIOS FEDERAIS - REHUF	6	343.322.096	465.000.000	452.000.000	396.000.000	379.106.441	314.563.530	95,73%	79,44%
23	PROG.ESTRUTURAÇÃO SAÚDE FAMÍLIA - PROESF	6	43.792.575	110.000.000	110.000.000	98.641.400	97.539.582	77.201.959	98,88%	78,27%
15	PROGRAMA SANGUE E HEMODERIVADOS	6	1.084.084.602	1.468.000.000	1.442.288.646	1.515.788.646	1.486.770.577	1.169.420.461	98,09%	77,15%
14	SERV. DE PROCESSAMENTO DADOS - DATASUS	6	328.376.891	517.000.000	491.300.000	573.383.820	567.184.523	432.043.105	98,92%	75,35%
5	FUNDO NACIONAL DE SAÚDE - FNS	0+6	90.112.797.360	88.230.997.508	97.336.599.268	99.296.255.654	95.794.059.505	88.796.811.558	96,47%	89,43%
25	QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO SUS	6	1.042.582.911	1.071.121.000	1.070.041.000	1.047.047.000	664.668.854	777.706.515	64,44%	74,24%
12	PUBLICIDADE DE UTILIDADE PÚBLICA	6	148.860.625	205.000.000	205.000.000	178.000.000	177.998.750	131.807.775	100,00%	74,05%
18	VACINAS E VACINAÇÃO	6	3.300.232.110	3.155.000.000	3.155.000.000	3.712.675.800	3.712.117.636	2.714.679.680	99,98%	73,12%
42	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	0				2.037.069	1.453.537	1.348.811	71,35%	66,21%
38	AQUISIÇÃO E DISTRIB. DE MEDICAMENTOS FUNDO FINANCEIRO	6	359.802.801	340.000.000	340.000.000	310.000.000	309.999.900	194.360.802	100,00%	62,71%
9	MANUTENÇÃO DE UNIDADES OPERACIONAIS	6	62.160.831	73.000.000	71.600.000	71.600.000	61.210.131	42.536.745	85,49%	59,41%
30	FARMÁCIAS POPULARES	0				853.072.378	560.759.503	497.371.556	65,73%	58,30%
16	OUTROS PROGRAMAS	6				1.308.304.136	840.106.205	711.685.185	81,85%	62,38%
15	OUTROS PROGRAMAS	0+6	1.129.167.330	1.679.366.000	1.648.613.600	1.418.637.360	884.180.760	711.782.209	62,33%	50,17%
5	FUNDO NACIONAL DE SAÚDE - FNS	0+6	90.112.797.360	88.230.997.508	97.336.599.268	99.296.255.654	95.794.059.505	88.796.811.558	96,47%	89,43%
37	AÇÕES DE VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA	6	266.926.598	325.000.000	819.100.000	726.600.000	602.960.482	305.324.522	82,98%	42,02%
41	REAPARELHAMENTO UNIDADES DO SUS/MS	6	299.281.204	686.200.000	499.369.554	618.921.942	470.438.701	259.290.205	76,01%	41,89%
21	FOMENTO A PESQUISA EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA	6	26.501.625	88.000.000	84.126.000	64.126.000	61.136.945	25.633.121	95,34%	39,97%
32	ATENÇÃO SAÚDE DA MULHER, CRIANÇA, ADOL. E JOVEM	6	13.398.978	73.233.000	69.499.000	69.499.000	37.746.529	27.769.680	54,31%	39,96%
45	EMENDAS DO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE	6				5.960.231.452	4.216.713.597	1.710.828.659	70,75%	28,70%
45	EMENDAS DO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE	0+6	2.058.591.236	0	5.960.985.844	5.974.442.619	4.224.433.597	1.710.828.659	70,71%	28,64%
6	COMBATE ÀS CARÊNCIAS NUTRICIONAIS	6	3.761.174	32.500.000	32.500.000	26.112.603	4.989.175	3.234.545	19,11%	12,39%
19	OUTROS PROGRAMAS	0				60.283.214	44.033.544	33.544	73,04%	0,06%
45	EMENDAS DO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE	0				14.211.167	7.720.000	0	54,32%	0,00%
46	AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA		241.270.632	321.046.031	321.687.192	323.861.550	259.837.945	209.763.300	80,23%	64,77%
49	SENTENÇA JUDICIAL (CUSTEIO)	6	7.803	1.376.863	1.376.863	1.382.170	1.380.843	1.380.843	99,90%	99,90%
50	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	6				12.842.419	12.712.009	12.712.009	98,98%	98,98%
50	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	0+6	9.936.249	10.673.566	11.314.929	13.463.760	13.200.637	13.200.637	98,05%	98,05%
51	ASSISTÊNCIA MÉDICA A SERVIDORES	0	4.346.184	4.995.600	4.995.600	4.995.600	4.995.600	4.713.826	100,00%	94,36%
50	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	0				641.361	488.628	488.628	76,19%	76,19%
47	ADMINISTRAÇÃO DA UNIDADE	6	96.051.857	118.300.000	118.300.800	118.300.000	102.682.372	78.847.675	86,80%	66,65%
48	VIGILÂNCIA SANITÁRIA DE PRODUTOS E SERVIÇOS	6	130.928.539	185.700.000	185.700.800	185.700.000	137.578.492	111.620.320	74,08%	60,11%
52	FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA	0+6	874.834.942	625.209.835	1.080.036.567	1.327.857.360	1.164.111.365	542.537.182	87,67%	40,86%
62	SENTENÇA JUDICIAL (CUSTEIO)	6				8.707.169	8.632.244	8.632.244	99,14%	99,14%
62	SENTENÇA JUDICIAL (CUSTEIO)	0+6	6.702.694	8.808.423	8.808.423	9.317.169	9.242.244	9.198.324	99,20%	98,73%
60	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	6				48.181.388	47.980.572	47.377.041	99,58%	98,33%
60	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	0+6	43.479.809	40.920.504	41.059.293	48.390.177	48.108.412	47.498.997	99,42%	98,16%
61	ASSISTÊNCIA MÉDICA A SERVIDORES	0	59.083.036	68.950.908	68.950.908	60.849.580	60.829.577	57.727.356	99,97%	94,87%
62	SENTENÇA JUDICIAL (CUSTEIO)	0				610.000	610.000	566.080	100,00%	92,80%
53	PAC - PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO		347.586.282	70.000.000	55.111.304	355.837.743	355.837.743	297.294.396	100,00%	83,55%
55	MANUTENÇÃO ADMINISTRATIVA	6	140.852.166	160.000.000	158.000.000	152.000.000	137.361.830	106.722.997	90,37%	70,21%
52	FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE - FUNASA	0+6	874.834.942	625.209.835	1.080.036.567	1.327.857.360	1.164.111.365	542.537.182	87,67%	40,86%
60	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	0				206.789	127.840	121.956	61,82%	58,41%
59	OUTROS PROGRAMAS	6				63.272.864	42.005.754	14.302.540	66,38%	22,60%
59	OUTROS PROGRAMAS	0+6	60.707.878	71.426.000	66.686.800	64.472.864	42.005.754	14.302.540	65,15%	22,18%
58	SANEAMENTO BÁSICO (DEMAIS AÇÕES)	0				72.310.000	67.697.300	7.626.920	93,62%	10,55%
58	SANEAMENTO BÁSICO (DEMAIS AÇÕES)	0+6	84.633.110	205.104.000	169.867.200	217.817.200	205.647.745	9.792.571	94,41%	4,50%
58	SANEAMENTO BÁSICO (DEMAIS AÇÕES)	6				145.507.200	137.950.445	2.165.652	94,81%	1,49%
63	EMENDAS DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE	6				278.438.618	236.128.775	0	84,80%	0,00%
63	EMENDAS DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE	0+6	131.789.966	0	511.552.639	419.172.627	305.078.061	0	72,78%	0,00%
63	EMENDAS DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE	0				140.734.009	68.949.286	0	48,99%	0,00%
59	OUTROS PROGRAMAS	0				1.200.000	0	0	0,00%	0,00%
64	FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ	0+6	1.130.345.171	1.320.863.600	1.253.305.544	1.271.735.193	1.168.017.551	1.053.228.574	91,84%	82,82%
65	MANUTENÇÃO ADMINISTRATIVA	6	231.115.381	235.250.000	233.539.034	279.539.034	245.403.659	238.085.380	87,79%	85,17%
72	FARMÁCIAS POPULARES	6	99.996.269	58.000.000	57.840.000	57.840.000	57.771.604	49.150.891	99,88%	84,98%
71	OUTROS PROGRAMAS	6	326.977.231	601.800.000	542.065.356	447.952.800	379.400.954	358.672.513	84,70%	80,07%
69	VACINAS E VACINAÇÃO	6	154.449.827	140.000.000	136.000.000	132.650.000	132.647.993	74.631.711	100,00%	56,26%
76	EMENDAS FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ	6	5.727.962	0	6.221.218	25.868.774	15.383.041	13.729.518	59,47%	53,07%
73	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	0				25.536	0	0	0,00%	0,00%
77	AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS	0	124.741.218	151.122.597	150.955.700	153.075.980	121.654.024	100.410.660	79,47%	65,60%
183	SENTENÇA JUDICIAL (CUSTEIO)	0	0	1.878.989	1.878.989	1.977.648	1.947.354	1.947.354	98,47%	98,47%
81	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	0	3.023.783	3.450.888	3.706.765	5.798.386	5.687.075	5.681.732	98,08%	97,99%
78	ADMINISTRAÇÃO DA UNIDADE	0	54.153.390	60.000.000	59.692.948	61.018.608	47.802.990	41.062.117	78,34%	67,29%
82	ASSISTÊNCIA MÉDICA A SERVIDORES	0	798.172	1.422.720	1.422.720	1.422.720	948.939	884.682	66,70%	62,18%
79	ASSISTÊNCIA SUPLEMENTAR DE SAÚDE	0	33.274.949	45.100.000	45.100.000	43.500.000	34.186.663	26.815.945	78,59%	61,65%
80	OUTROS PROGRAMAS	0	33.490.924	39.270.000	39.154.278	39.358.618	31.081.003	24.018.950	78,97%	61,03%
83	GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO - GHC	0+6	124.906.138	123.079.960	137.672.437	153.940.495	143.837.376	116.616.470	93,44%	75,75%
84	ATENÇÃO HOSPITALAR DA UNIDADE	6	61.291.375	66.500.000	58.899.625	58.899.625	50.709.375	46.963.313	86,09%	79,73%
139	ASSISTÊNCIA MÉDICA A SERVIDORES	0	3.016.887	2.976.264	2.976.264	3.100.603	1.979.986	1.979.544	63,86%	63,84%
87	EMENDAS DO GRUPO HOSPITALAR CONCEIÇÃO	6	0	0	22.171.251	22.171.251	22.171.251	240.240	100,00%	1,08%
85	AUXÍLIOS AO SERVIDOR	0				21.600	0	0	0,00%	0,00%

Fonte: Elaborado pelo autor, com base na Análise do Relatório Anual de Gestão do ano de 2016 do Ministério da Saúde, realizada pela COFIN/CNS (Análise-RAG2016/MS) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, pp. 27-31).

De acordo com o quadro supracitado, os itens listados com a cor verde indicam níveis adequados de empenho e liquidação; itens listados com a cor amarela, apresentam níveis regulares de empenho e liquidação; os itens listados com a cor vermelha tiveram níveis de empenho/liquidação inadequados; itens que contêm a cor cinza clara tiveram níveis de empenho e liquidação intoleráveis e, por fim; itens descritos com a cor cinza escuro apresentam níveis de empenho/liquidação inaceitáveis.

Entre os itens intoleráveis se destacam programa de vacinas e vacinação e aquisição e distribuição de medicamentos estratégicos; entre os itens com nível de empenho e liquidação inaceitáveis, sobressaltam o programa de farmácias populares; ações de vigilância epidemiológica; reaparelhamento de unidades do SUS; fomento à pesquisa em ciência e tecnologia; atenção à Saúde da mulher, criança, adolescente e jovem; ações de saneamento básico sob responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), entre outros.

A resistência do gestor federal em utilizar a toda e/ou a maior parte da verba orçamentária destinada a estes e outros programas acima listados contribuem para a discussão aqui empreendida, de que a União não aplicou o piso mínimo constitucional em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS). Isso porque, ainda que se verifique que o Governo Federal aplicou em ASPS o percentual mínimo estabelecido pela CR/88 para este fim (levando em consideração que a lógica utilizada pela área econômica do governo seja sempre de piso=teto), então cada um dos programas de Saúde acima mencionados recebeu percentual mínimo de investimento em suas respectivas áreas. Contudo, se o orçamento mínimo que ele recebeu teve empenhamento e/ou liquidação menor do que aquilo que lhe foi destinado (que já foi estabelecido segundo o piso mínimo aplicado), então é no mínimo duvidoso que neste ou naquele programa de Saúde tenha havido uma aplicação mínima condizente com o piso constitucional de aplicação em Saúde.

Ou seja, se, hipoteticamente, o orçamento mínimo estabelecido pela CR/1988 para ASPS, desde que devidamente cumprido, é suficiente para custear todos ou ao menos a maioria dos programas de Saúde a cabo do Governo Federal; e se a maior parte dos programas descritos no Quadro 6 tiveram empenhamento e/ou liquidação em níveis intoleráveis e inaceitáveis, então possivelmente eles não receberam o mínimo constitucionalmente estabelecido, assim como possivelmente o mínimo constitucional para todas as ASPS foi descumprido pela União.

Ademais, se se considerar que a ideia de gasto mínimo em Saúde não pressupõe apenas piso de custeio, mas também cumprimento de obrigações legais de fazer e obtenção de resultados mínimos (PINTO, 2015, p. 243), então é possível, ao menos em tese, discutir que o não investimento da verba mínima empenhada e/ou liquidada, retirada do investimento mínimo a ela destinada (piso=teto), também infringe a ideia de aplicação mínima constitucional em ASPS.

De toda forma, o que se observa ao longo do estudo do Relatório Anual de Gestão de 2016, do Ministério da Saúde, é tanto a recalcitrância do gestor federal em efetivar tanto o comando constitucional de aplicação de percentual mínimo da Receita Corrente Líquida (RCL) do exercício anterior em ASPS (na medida em que aplica a lógica piso=teto ao longo dos anos, além de tergiversar sobre a interpretação da regra constitucional de aplicação mínima em ASPS quando teve oportunidade); quanto em concretizar a regra constitucional de garantir saúde mediante políticas sociais e econômicas (tendo em vista que, discricionariamente[62], escolhe quanto destinará a cada uma das áreas de Saúde e, no mais das vezes, não investe sequer o mínimo que ele próprio destinou a esta ou àquela área de Saúde, beneficiando umas em detrimento de outras sem qualquer critério ou justificativa para isto).

Essa recalcitrância acarretou na não aplicação de percentual mínimo constitucional em Saúde no ano de 2016, conforme verificado pela COFIN/CNS - órgão de participação social responsável pela fiscalização da execução orçamentária e financeira no âmbito da Saúde -, constatando que a União não investiu o percentual mínimo fixado pelo art. 198, §2º, I, da CR/88 em ASPS, respondendo negativamente ao problema suscitado por este trabalho e, assim, desencadeando efeitos políticos e jurídicos que serão analisados no decorrer desta pesquisa.

Sem embargo dos efeitos acima mencionados, e que serão estudados mais adiante, insta por agora analisar o significado da reprovação das contas do Ministério da Saúde pelo Conselho Nacional de Saúde, inclusive para verificação dos referidos efeitos que esta decisão pode causar.

---

[62] Neste sentido anota Alceu Mauricio Junior: “Toda e qualquer despesa do Estado deve ter sua correspondente autorização no orçamento anual, bem como atender aos fins determinados pelos princípios constitucionais que regem as escolhas orçamentárias. Não obstante, ainda resta um largo campo de discricionariedade a cargo da Administração, que pode e deve exercer seu poder discricionário para a concretização dos fins constitucionais. Por mais que se queira programar a atividade estatal, considera-la como completamente engessada não contribui para a busca da efetivação dos próprios princípios constitucionais, pois o administrador é quem normalmente está mais apto a avaliar a situação de fato inerente a cada caso”. A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas. – Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 93.

2.4 A DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS DA UNIÃO EM SAÚDE PELO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE E O DESCUMPRIMENTO DO INVESTIMENTO MÍNIMO CONSTITUCIONAL

A desaprovação das contas apresentadas pelo Ministério da Saúde (MS) em seu Relatório Anual de Gestão de 2016 (RAG2016/MS), conforme recomendado pela COFIN/CNS e acolhido pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde, foi precedida de debate realizado pelo Conselho de Saúde com diversos especialistas a respeito do investimento efetuado pelo Governo Federal na área de Saúde, como descrito no Anexo[63] da Resolução nº 551 do CNS, que informa ter havido a

> [...] realização de uma "mesa jurídica" com especialistas para **debater o entendimento adotado pela COFIN/CNS de que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 95/2016, o ano de 2016 deveria ser considerado como o início da vigência para aplicação do parâmetro de aplicação mínima de 15% da Receita Corrente Líquida em ações e serviços públicos de Saúde,** "mesa" essa realizada na reunião do pleno do CNS de 08/06/2017 pelas seguintes debatedoras: Dra. Elida Graziane Pinto (Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo), Dra. Roberta Trajano (MPF/Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão), Dra. Maria Paula (CONJUR/Ministério da Saúde) e Dra. Janaína Camargo (Ministério Público de Contas da União).
> [...] (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 1). (grifos do autor)

O debate acima descrito ocorreu em momento anterior à acolhida, pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde, do entendimento perfilhado por sua Comissão de Orçamento e Finanças (COFIN/CNS) de que a União não aplicou em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) o percentual mínimo de 15% da Receita Corrente Líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro, conforme art. 198, §2º, I, CR/88, com a redação que lhe foi dada pela EC 95/2016 e que alterou a EC 86/2015, ao revogar seu parágrafo 2º que estabelecia regime progressivo de aplicação mínima em ASPS até alcançar o patamar de 15% atualmente em vigor, mas foi investido o percentual de 14,7% de sua RCL do respectivo exercício financeiro (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 2).

Contudo, antes dos debates acima destacados e anteriormente à reprovação das contas do Governo Federal pela COFIN/CNS e pelo Plenário do CNS, a questão a respeito da aplicação inferior ao mínimo constitucional em ASPS pela União estava sendo travada no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), por força de denúncia

[63] Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso551_anexo.pdf Acesso em 12 nov. 2017.

oferecida[64] ao órgão de controle externo pelo Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo (MPC/SP), processo nº 011.935/2017-0, que discutiu déficit de R$ 2,574 bilhões de aplicação mínima em ASPS pelo Governo Federal no exercício financeiro de 2016, que não teria aplicado percentual mínimo de 15% da RCL fixado pela nova redação do art. 198, §2º, I, da CR/88. Ademais, esta denúncia também discutiu a questão do pagamento de Restos a Pagar (RAPs) não investidos pelo Governo Federal em ASPS ao longo dos anos.

Referida denúncia foi posteriormente encampada pelo Ministério Público de Contas da União (MPC/União), através do processo nº 011.936/2017-7, que foi julgado em 09/05/2018 e teve como relator Ministro Bruno Dantas, acórdão nº 1048/2018 (BRASIL, 2018), cuja ementa é a seguinte[65]:

> Representação formulada pelo Ministério Público de Contas junto ao TCU. Alegações de descumprimento, pela União, na aplicação do percentual mínimo constitucional para ações e serviços públicos de Saúde no exercício de 2016. Requerimento de concessão de medida cautelar para determinar a imediata compensação dos valores considerados suprimidos do montante devido. Cautelar indeferida por ausência dos pressupostos legais. Ratificação de entendimento firmado pelo Tribunal quanto à metodologia a ser aplicada para cálculo do mínimo constitucional de Saúde no exercício de 2016. Não comprovação das irregularidades alegadas. Improcedência. Ciência.

Em síntese e, destacando nesta pesquisa a questão constitucional suscitada no processo supracitado, a discussão travada no âmbito da denúncia originariamente formulada pelo MPC/SP é que o Governo Federal não aplicou o percentual mínimo de 15% da RCL do exercício financeiro de 2016, conforme estabelecido pelo art. 198, §2º, I, da CR/88, com a redação que lhe foi dada pela EC 95/2016[66]. Segundo o

---

[64] O espelho deste processo pode ser verificado em https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=11935&p2=2017&p3=0 Acesso em 17 dez. 2019.

[65] Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/aplica%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520e%2520m%25C3%25ADnima%2520e%2520sa%25C3%25BAde%2520e%2520emenda%2520e%2520constitucional%2520e%252095/%2520%2520COPIARELATOR%253A%2522BRUNO%2520DANTAS%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/19/%2520?uuid=52b6c890-1f65-11ea-9c63-a967558bb3d1 Acesso em 15 dez. 2019.

[66] Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências:
Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114:
[...]
"Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de Saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:
I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do **caput** do art. 212, da Constituição Federal; e

entendimento do MPC/SP, COFIN/CNS e MPC/União, o fato da EC 95/2016 ter entrado em vigor em 15/12/2016 não é fundamento para se aplicar em ASPS percentual mínimo de 13,2% fixado pela EC 86/2015[67], revogada pela primeira (EC 95/2016) e que estabeleceu novo percentual mínimo de aplicação em ASPS de 15%. Destarte e, ante o entendimento perfilhado pelo Governo Federal, deixaram de ser aplicados R$ 2,574 bilhões em ASPS, que configurou percentual de aplicação de 14,7% e, portanto, abaixo da aplicação mínima fixada pela nova redação constitucional.

Do entendimento acima suscitado divergiu a área técnica do Tribunal de Contas da União (TCU), observando que, embora tenha havido revogação expressa do art. 2º da EC 86/2015 pelo art. 3º da EC 95/2016, há risco de se criar embaraço interpretativo no período de 15/12/2016 a 31/12/2016 sobre a regra que deveria servir de parâmetro para a fixação do valor mínimo constitucional a ser aplicado em ações e serviços públicos de Saúde em 2016, pois a revogação do referido art. 2º da EC 86/2015, da forma que ocorrida, criou um quadro de anomia jurídica (ausência total de regras de direito), pois não seria possível exigir da União a aplicação mínima em ASPS de 15% (conforme a nova regra da EC 95/2016) quando essa nova norma entrou em vigor faltando apenas dezessete dias para o encerramento do exercício (BRASIL, 2018, p. 17). Outrossim, neste interregno de dezessete dias, segundo o entendimento da área técnica do TCU houve um estado de anomia jurídica a ser sanado apenas com o início de novo ano-exercício, quando então as regras da EC 95/2016 de aplicação mínima em ASPS estavam expressamente estabelecidas pelo texto legal. Mencionou, para reforçar seu entendimento, a Arguição de

---

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

[...]

Art. 3º Fica revogado o art. 2º da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015.

[67] Previa o art. 2º da Emenda Constitucional 86/2015:

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.

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 151 (ADPF 151), julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde teria sido discutida a questão a respeito de anomias jurídicas, concluindo que:

> [...]
> Diante de tudo que se expôs até aqui, entende-se que a interpretação a ser adotada por esta Corte de contas deve ser no sentido de que, a despeito da revogação, em 15/12/2016, do art. 2º da Emenda 86/2015, seja adotado o critério estabelecido pelo inciso I a título de parâmetro para definição do montante mínimo a ser aplicado em ações e serviços públicos de Saúde (13,2% da RCL federal), tendo como fundamento o precedente do STF na ADPF 151.
> [...] (BRASIL, 2018, p. 24).

Procedida a análise pela área técnica do Tribunal de Contas da União (TCU), foi aberta a possibilidade para que o Ministério Público de Contas da União (MPC/União) se manifestasse nos autos do processo. Nesta oportunidade, o MPC/União referendou seu entendimento anteriormente exarado e destacou não se tratar de anomia jurídica, como defendido pela área técnica do TCU mas, ao revés, que havia norma expressa regulando o percentual mínimo a ser aplicado em ASPS pelo Governo Federal e que este mínimo não foi observado no ano de 2016, o que representou um déficit no investimento em Saúde que gera prejuízos à população (BRASIL, 2018, p. 41). Destaquem-se, por oportuno, excertos do parecer assinado pelo MPC/União:

> [...]
> Assim, ao mesmo tempo que a EC 95/2016 estabeleceu, explicitamente, as regras para 2017 acerca da aplicação do mínimo da Saúde, também, de forma explícita, revogou o art. 2º da EC 86/2015, que estabelecia a progressão do percentual da aplicação dos recursos federais nas ações de Saúde, ou seja, no momento da promulgação da referida Emenda Constitucional, a aplicação progressiva foi retirada do mundo jurídico e passou a valer, tão somente, o comando contido no inciso I do § 2º do art. 198 da CF.
> Ao contrário do que afirma a Semag, não há anomia alguma. Há norma clara incidindo e regulando o mínimo da Saúde em 2016 e essa norma prevê aplicação de 15% da receita corrente líquida. Ao ver do Ministério Público de Contas, está clara a intenção do legislador em trazer já para o exercício de 2016 a obrigação de se aplicar 15% da receita corrente líquida em serviços e ações da Saúde.
> O fato de se ter determinado que, no exercício de 2017, as aplicações mínimas seriam calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 serviu apenas para esclarecer que a partir de 2018, e não de 2017, os valores calculados para as aplicações mínimas seriam corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107.
> Em momento algum deixou de haver regramento para o percentual a ser aplicado nas ações de Saúde sob responsabilidade da União. Portanto, não pode prevalecer a tese de um suposto '*quadro de anomia jurídica*'. **Havia uma regra. Ela foi revogada e com essa**

> **revogação passou a incidir direta e claramente outra regra. Não há anomia, portanto.**
> [...]
> Com as devidas vênias à unidade técnica, esse argumento de escassez de tempo hábil, ao ver do Ministério Público, **se afigura razoável apenas para justificar a não aplicação de sanção aos responsáveis que deveriam adotar as medidas necessárias ao cumprimento do mínimo de 15% da RCL**, mas não tem o condão de exonerar a União do dever de cumprir a obrigação imposta pela norma, ainda que posteriormente, em forma de compensação da obrigação inadimplida.
> **Ressalte-se que a PEC 241 foi apresentada em 15 de junho de 2016.** Imagine-se que a Emenda Constitucional que dela adveio tivesse sido promulgada apenas dois meses depois. Nessa hipótese, bastante plausível, **dada a evidente possibilidade temporal de se efetuar os ajustes orçamentários, com certeza, a presente discussão nem estaria sendo travada.**
> A data da promulgação da Emenda Constitucional, fruto do acaso e não de uma intenção normativa, não pode levar a uma interpretação forçada que negue o sentido claro e literal da norma para afastar uma obrigação cristalina e, com isso, prejudicar ainda mais a população carente de ações de Saúde.
> [...] (BRASIL, 2018, pp. 41-42). (grifos do autor)

Como se verifica dos trechos acima destacados, para o Ministério Público de Contas da União não há quadro de anomia jurídica mas sim a revogação expressa de uma norma constitucional (art. 2º, EC 86/2015) por outra que, com isso, fez incidir a nova norma por todo o exercício de 2016 (EC 95/2016). Chama a atenção a colocação feita pelo MPC/União no sentido de que, caso a nova Emenda Constitucional tivesse sido promulgada com brevidade, a permitir os ajustes orçamentários necessários, sequer seria travada discussão a respeito do início de vigência da EC 95/2016.

Este ponto realçado pelo MPC/União suscita debate que merece ser melhor pesquisado noutra oportunidade, na medida em que levanta questão sobre se a própria promulgação da EC 95/2016 teria ocorrido próximo ao final do ano-exercício, justamente para inviabilizar maiores investimentos em saúde, educação, etc. Sem embargo deste debate proposto, a própria constitucionalidade da EC 95/2016 merece maiores atenções pois, como já observado, restrições orçamentárias não podem ser propostas apenas em períodos pré-eleitorais ou final de mandatos, mas devem ser apresentadas como “soluções jurídicas já vigentes, em rota alternativa à pura e simples suspensão inconstitucional da eficácia dos direitos à saúde e à educação por duas décadas, como pretende o art. 110 que a EC 95 inseriu no ADCT” (PINTO, 2018, p. 73).

Sem embargo das colocações elaboradas tanto pelo Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo (MPC/SP), quanto pelo Ministério Público de Contas da União (MPC/União), decidiu o Ministro Relator Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União (TCU), pela improcedência da denúncia formulada pelos Ministérios Públicos bandeirante e da União. Adotando o entendimento da área técnica do órgão de controle externo, e sob o argumento de que no relatório da PEC 241/2016 (posteriormente convertida na EC 95) não constou em nenhum momento da tramitação do projeto a intenção de antecipar a aplicação de 15% da RCL - originariamente prevista para acontecer em 2020 -, para o ano de 2016, como alegado pelas partes, além de outros motivos constantes do voto do Ministro Relator, decidiu o Tribunal de Contas federal pela improcedência da denúncia em apreço.

Estes debates travados no interior do Tribunal de Contas da União não influenciaram o Conselho Nacional de Saúde (CNS), em sua decisão de reprovar as contas apresentadas pelo Governo Federal no ano de 2016. Mantendo seu entendimento de que, com a revogação do art. 2º da EC 86/2015 pela EC 95/2016, a União deveria ter aplicado o percentual mínimo de 15% da RCL do ano de 2016 (mesmo que a EC 95 tenha entrado em vigor em 15/12/2016), decidiu pela mencionada reprovação das contas federais ao verificar que os valores investidos perfizeram o montante de 14,7% da Receita Corrente Líquida (RCL) do ano de 2016, **abaixo do piso mínimo constitucionalmente fixado.** Observou, a respeito do entendimento sobre o início de vigência da EC 95 - para além de outros pontos apresentados pela COFIN/CNS em seu parecer pela reprovação das contas federais -, que:

> Não houve o cumprimento da aplicação mínima constitucional de 15% da receita corrente líquida (RCL) de 2016 em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), nos termos estabelecidos pela Emenda Constitucional (EC) 95/2016 [...]
> [...]
> (i) Inicialmente, não cabe buscar a “intenção do legislador” quando o texto constitucional está bastante claro, não deixando nenhuma margem de dúvida: a EC 95/2016 revogou dispositivo da EC 86/2015 que estabeleceu percentuais escalonados em cinco anos (a partir de 2016, e nesse primeiro ano 13,2%) para se atingir os 15% da RCL em 2020, que então passou a vigorar imediatamente. [...] Mas, pelo contrário, o que houve desta vez foi a revogação explícita desse escalonamento pela EC 95/2016, mantido o dispositivo anteriormente aprovado pela EC 86/2015 do mínimo de 15% da RCL e com início imediato de vigência. Considerando que, em 2016, o Ministério da Saúde aplicou em ASPS R$ 106,24 bilhões e que a Receita Corrente Líquida foi reduzida de R$ 722,47 bilhões para R$ 709,93 bilhões após

> retificação recente da Secretaria do Tesouro Nacional (Portaria 494, de 06/06/2017), a aplicação correspondeu a 14,96% da RCL (mesmo com a redução da RCL, faltou aplicar R$ 253 milhões).
> (ii) Não há como alegar impossibilidade temporal de cumprimento de determinação constitucional, sob risco de se estabelecer condicionalidades para o cumprimento da Carta Magna, e também porque a área econômica havia disponibilizado recursos orçamentários para empenho no total de R$ 108,25 bilhões 21 (acima dos R$ 106,24 bilhões empenhados e acima dos R$ 106,49 bilhões equivalentes aos 15% da RCL). Não cabe alegar também a vedação de retroatividade (decorrente dos efeitos da EC 95/2016 para período anterior a 15/12/2016) ou sugerir a adoção de critério "pro-rata temporis" (proporcional ao tempo), antes e depois de 15/12/2016, porque a regra para o cômputo da aplicação mínima constitucional em ASPS não é mensal, mas sim na apuração do valor da RCL no encerramento do ano.
> (iii) O TCU, assim como todos os Tribunais de Contas, auxilia o Poder Legislativo, no caso, o Congresso Nacional, no exercício do controle externo. No caso do SUS, conforme disciplina a Lei 8142/90, as instâncias máximas de deliberação, inclusive para assuntos de natureza orçamentária e financeira, são as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde, aspecto reforçado pelo artigo 38 da Lei Complementar nº 141/2012, que atribui ao Conselhos de Saúde, no caso aqui em análise, ao Conselho Nacional de Saúde, a possibilidade de auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização do cumprimento das normas de aplicação dos recursos em ASPS.
> Portanto, o Conselho Nacional de Saúde, ao analisar e emitir parecer conclusivo sobre o Relatório Anual de Gestão de 2016 e ao avaliar o Relatório Quadrimestral de Prestação de Contas/3º Quadrimestre de 2016, ambos do Ministério da Saúde, não precisa se submeter ao parecer do Ministro-relator do TCU, nem de seus pares. [...]
> [...] (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, pp. 50-53)

Ademais, a COFIN/CNS destacou também, dentre outros pontos, a questão da não compensação integral dos restos a pagar cancelados em 2016 (insuficiente em R$ 439 milhões) e a reincidência da baixa execução de itens de despesas apesar dos alertas do CNS nos três quadrimestres de 2016, sendo que dos vinte e quatro avaliados com níveis de liquidação de despesa "inadequado" em 2015 no fundo nacional de Saúde, apenas cinco passaram para os níveis "adequado" e/ou "regular" em 2016 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, pp. 53 e 55).

Desta forma, e como realçado ao longo de toda esta pesquisa, verifica-se que a União não tem assumido um compromisso profícuo com a Saúde, que represente com fidelidade o ideal reformista idealizado pelos sanitaristas que idealizaram a Reforma Sanitária, de entregar um serviço de Saúde universal, igualitário e integral. Ao revés, e como dito alhures, observa-se sua resistência e recalcitrância em aplicar em Saúde os percentuais estabelecidos pelas normas constitucionais e legais. Neste

diapasão, Elida Graziane Pinto (2015, pp. 183-185) apresenta dados que demonstram que tanto no ano de 2003, quanto no ano de 2005, o TCU verificou que a União não aplicou os percentuais mínimos estabelecidos às épocas para investimento em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), evidenciando seu comportamento reticente na aplicação em ASPS e no próprio fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS). Diante desse quadro, aponta a mencionada autora ter havido regressividade no financiamento federal da Saúde, destacando que

> [...] cumpre reconhecer sistematicamente a regressividade do gasto federal na área da Saúde. Segundo Jorge *et al.* (2009), é fato que a União tem mantido seus níveis de gasto nas ações e serviços públicos em Saúde (ASPS) como proporção do Produto Interno Bruto (PIB) em patamar médio anual de 1,7%. Ocorre, contudo, que ela reduziu, no período de 2000 a 2008, progressivamente sua responsabilidade no setor quando se observa a participação, durante o mesmo período, da despesa federal em Saúde no volume total das suas receitas correntes (caiu de 8,06% em 2000 para 6,45% em 2008) (PINTO, 2015, p. 186).

Essa mesma conclusão é verificada por Santos (2016, p. 106), ao identificar que o aumento do investimento público federal em Saúde passou a ser imperativo, pois, dentre os três entes federados, é o que tem feito o menor sacrifício para financiar o setor. Inclusive, considerado que os valores investidos pelo setor público brasileiro são considerados baixos quando comparados com os padrões internacionais de aplicação em Saúde, isto aumenta ainda mais a premência do incremento da participação federal no custeio da Saúde.

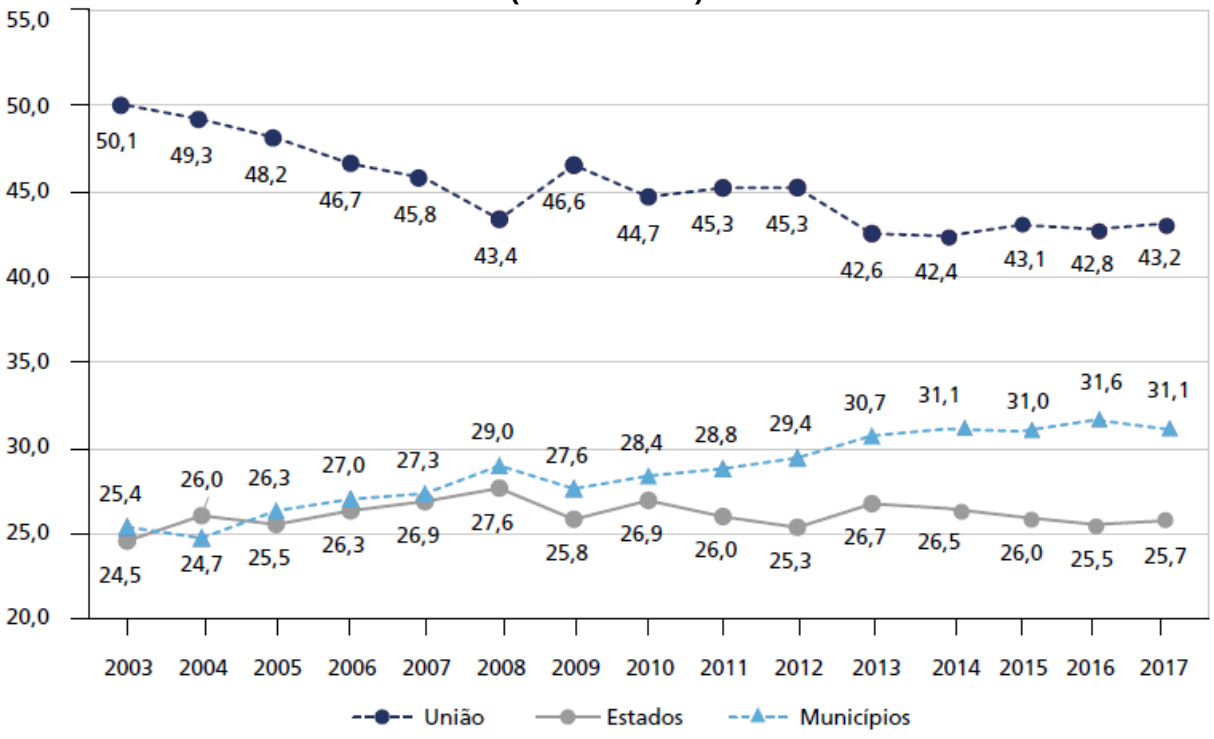
Nessa mesma esteira, pesquisadores do IPEA já identificaram que, embora com a promulgação da revogada EC 29/2000 tenha havido aumento do gasto público com Saúde, em 2009 este aumento encontrava-se em torno de 3,8% do Produto Interno Bruto (PIB), percentual muito inferior àquele aplicado por outros países que possuem sistemas universais de Saúde (PIOLA *et al.*, 2013, p. 15). E observam a respeito do investimento federal em ações e serviços públicos de Saúde que:

> Quando se analisa a participação do gasto público em Saúde das três esferas no PIB, observa-se que essa participação aumentou em 1 ponto percentual (p.p.) entre 2000 e 2011 (2,89% para 3,91%). Entretanto, este incremento observado no indicador citado foi proveniente do aumento da participação dos estados e dos municípios no PIB, **uma vez que a participação da União permaneceu estável ao longo destes anos. Nesse período, o gasto federal em ASPS correspondeu a 1,73% do PIB em 2000 e 1,75% do PIB em 2011,** o gasto estadual correspondeu a 0,54% do PIB em 2000 e 1% em 2011 e o municipal a 0,6% do PIB em 2000 e 1,16% em 2011.
> [...] (PIOLA *et al.*, 2013, p. 15) (grifos do autor)

Como se depreende da colocação acima, observa-se que num período de 11 anos (2000 a 2011) o gasto federal em Saúde praticamente permaneceu estável, demonstrando não ter havido aumento por parte do Governo Federal em ASPS, o que gera dúvidas a respeito da aplicação mínima constitucional em Saúde, pois, se o PIB sofreu alterações ao longo destes anos, e por vezes alteração positiva, como o investimento em Saúde pode ter permanecido estável, sem sofrer nenhum incremento por parte da União? Daí o debate a respeito da aplicação mínima ser pertinente e merecer análises inclusive mais aprofundadas que a aqui realizada, pois jamais se propôs a ser exaustiva sobre este tema.

Mesmo porque, em outro estudo, pesquisadores do IPEA demonstram que a participação da União no investimento da Saúde tem caído desde 2003. Com efeito, no período de 2003 a 2017, a participação da União em ASPS diminuiu de 50,1% em 2003 para 43,2% em 2017; a participação dos Estados aumentou de 24,5% para 25,7%, e; a de Municípios subiu de 25,4% para 31,1% (PIOLA, BENEVIDES, VIEIRA, 2018, p. 14). Para visualização das informações sob análise, observe-se o gráfico a seguir:

Gráfico 1 – Distribuição do gasto com ASPS entre as três esferas de governo (2003-2017)
(Em % do total)



Fonte: PIOLA, BENEVIDES, VIEIRA (2018, p. 14).

Denota-se do gráfico acima como os investimentos em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) pela União foram diminuindo, no período assinalado (2003 a 2017), reforçando a sensação aqui verificada de que o Governo Federal não aplicou o percentual mínimo constitucional em Saúde por longo período, afinal, repise-se: se os investimentos em ASPS vieram caindo ao longo dos anos, gerando inclusive um estrangulamento das contas municipais para cumprimento da aplicação mínima em Saúde, como ele (Governo Federal) tem de fato realizado as aplicações constitucionais mínimas?

A questão é no mínimo paradoxal, pois, embora os dados apresentados ao longo deste trabalho demonstrem diminuição do investimento federal em ASPS, a União informa em todos seus Relatórios Anual de Gestão (RAGs) aqui analisados (2014 a 2016) que aplicou em Saúde valores superiores ao piso mínimo constitucional. Em verdade, e como observam Piola, Benevides e Vieira (2018, p. 27), o que se verifica é que “a União aproveitou para, de certa forma, ficar em uma posição mais cômoda, uma vez que o crescimento da base inicial (1999/2000) foi pequeno, e nos anos seguintes, até 2015, o crescimento dos gastos da União acompanhou, basicamente, as variações do PIB, mantendo a aplicação sempre muito próxima do limite mínimo”. Essa aplicação sempre próxima do mínimo é que faz com que a União insista no fundamento de que tem cumprido a aplicação mínima constitucional e até mesmo superado o piso mínimo ao longo dos anos (quando, em verdade, a superação do mínimo por vezes se refere apenas à variação do PIB de um ano para outro).

Porém, se pela variação do Produto Interno Bruto (PIB) a União sempre tem cumprido a aplicação mínima constitucional em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), este dado não leva em consideração a questão a respeito dos Restos a Pagar (RAPs) cancelados e por ela não compensados.

Nesse diapasão, e para não ficar apenas nos dados fornecidos pela Comissão de Orçamento e Finanças do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS), o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) verificou dados do Governo Federal a respeito da aplicação constitucional mínima em Saúde, considerando a questão dos restos a pagar, oportunidade em que verificou que a União não cumpriu, nem tem cumprido a ordem constitucional de investimento mínimo em ASPS.

Com efeito, Vieira, Piola e Benevides (2018, p. 18) destacam que, a partir da vigência da EC 95/2016, a interpretação mais coerente a respeito da aplicação mínima em ASPS pela União deverá considerar as despesas pagas no exercício e os Restos

a Pagar (RAPs) pagos neste mesmo exercício. Por essa interpretação e a partir de dados públicos disponibilizados pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), referidos pesquisadores verificaram que em 2017 a União descumpriu a aplicação mínima em ASPS, pois haveria um déficit de aplicação de quase R$ 2,5 bilhões naquele ano – ou seja, a soma das despesas pagas e dos restos a pagar pagos (R$ 106,6 bilhões) seria inferior à aplicação mínima do exercício (R$ 109,1 bilhões). Desta forma e, sem embargo de outros dados analisados, concluem os aludidos pesquisadores:

> Dessa forma, a União cumpre a obrigação constitucional de gasto mínimo com Saúde em determinado ano, com base na **promessa** de executar as despesas inscritas como restos a pagar nos exercícios seguintes. Contudo, como foi demonstrado neste estudo, **parte dessas despesas não é revertida em ações e serviços públicos de Saúde porque os RPs são cancelados e não compensados, resultando em aplicação efetiva inferior à aplicação mínima nos anos aos quais pertencem esses RPs cancelados.** (VIEIRA, PIOLA, BENEVIDES, 2018, p. 21) (grifos do autor)

À informação acima destacada, correspondente ao ano de 2017 e que indica não ter a União aplicado em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) o piso mínimo constitucional, some-se o resultado de pesquisa realizada por Elida Graziane Pinto, que, após comparar os gastos com Saúde e educação entre os três entes federativos (União, Estado de Minas Gerais e Municípios mineiros com mais de cem mil habitantes) no período de 2003 a 2008, verificou que “ao longo do tempo, o resultado é uma menor participação do gasto federal no volume total de recursos públicos disponíveis para o SUS, assim como uma menor participação do gasto em Saúde no volume total de receitas da União. Isso porque a receita federal cresce mais rápido que o PIB e a União corrige seu patamar de gasto mínimo no SUS apenas pela variação do PIB” (PINTO, 2015, p. 219). Diante deste quadro, conclui a mencionada autora não haver o cumprimento da aplicação do piso mínimo em Saúde pela União (PINTO, 2015, p. 220).

Por tudo quanto exposto, parecem haver elementos suficientes para concluir que a União descumpriu o comando constitucional de aplicação mínima em Saúde, principalmente no ano de 2016, quando o CNS expressamente reprovou as contas da União por ela ter investido em ASPS, neste ano, 14,7% de sua RCL a despeito da regra constitucional estabelecer que o investimento deveria ser de 15% de sua RCL.

Tanto os dados levantados pela COFIN/CNS, como as pesquisas realizadas pelo IPEA e doutrinadores aqui destacados indicam que a União tem se valido de diversos mecanismos contábeis e variadas interpretações jurídicas (como a

apresentada diante do Tribunal de Contas da União – TCU) para se esquivar de seu dever de aplicação mínima em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), apontando inclusive para uma regressividade de seus investimentos em Saúde. Este comportamento recorrente, além de demonstrar uma ausência do que Konrad Hesse denominou de “vontade de constituição” (HESSE, 1991, p. 19), do desejo de cumprir a norma constitucional, também deixa de consagrar valores traçados como fundamentais pelo legislador constituinte, como descreve Serrano (2012, p. 164):

> Mas o Estado, ao traçar o planejamento econômico e financeiro, embora possua certa margem de discricionariedade, não pode deixar de contemplar os valores traçados como fundamentais pela própria Constituição Federal e, muito embora se trate de uma atuação com conteúdo político, este não pode suplantar os valores reconhecidos como essenciais pela ordem constitucional.

Deveras, realmente não pode o Poder Executivo, ao seu bel prazer, deixar de observar a norma constitucional de aplicação mínima em Saúde, valendo-se de mecanismos contábeis e interpretativos para descumprir o comando da Constituição da República. Ao agir dessa maneira, não apenas desprestigia sistemas por ele mesmo criados (como o Sistema Único de Saúde – SUS), como impinge ao cidadão serviços de má qualidade que assim o são por opção do próprio Administrador Público, bem como infringe o dever de progressividade do direito à saúde.

Sim, pois, como realça Scaff (2018, p. 307), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, de 1966 e promulgado no Brasil pelo Decreto 591/1992, prevê expressamente que estes direitos possuem caráter progressivo, que deve ocorrer por todos os meios apropriados. Observa o aludido autor que:

> Essa norma está diretamente conectada à própria estrutura dos direitos sociais, que, por serem direitos muito custosos, não se obtêm de uma só vez, mas paulatina e progressivamente. Tais direitos também são conhecidos como direitos à prestação, pois, pela sua própria estrutura, são concretizados por etapas. Canotilho aponta sobre o tema que “não obstante se falar aqui de uma ‘reserva possível’, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos ‘recursos económicos’, a efetivação dos ‘direitos económicos’, sociais e culturais não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador. (SCAFF, 2018, p. 307).

Embora os direitos sociais – entre eles a Saúde aqui estudada -, sejam custosos e não possam ser efetivados de uma única vez, não se pode perder vista sua importância e como eles contribuem para o aumento da própria receita estatal, na medida em que, pessoas saudáveis tendem a contribuir positivamente para a

economia através do seu trabalho (gerando receitas para empregadores e empregados), da utilização de sua remuneração (mediante aquisição de produtos duráveis e não duráveis) e pagamento de impostos (oriundos da remuneração, da aquisição de produtos, do exercício de propriedade, etc.). Daí ser pertinente a observação de Holmes e Sustein (2015, p. 40), de que:

> *A diferencia de los costos sociales, por el momento es imposible dejar de lado los costos (y beneficios) netos. Algunos derechos pueden resultar costosos en una primera instancia, pero aumentan la riqueza social imponible en tal medida que es razonable considerar que autofinancian. [...] Otro es el derecho a la educación. Incluso la protección a las mujeres contra la violencia doméstica puedeverse de este modo, en tanto y en cuanto ayude a las otrora esposas maltratadas a reincorporase a la fuerza de trabajo productiva.*[68]

Portanto, o investimento em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), pela União, nos moldes previstos pela Constituição da República, tende não apenas a concretizar o direito à saúde previsto na Carta Magna, mas também fomenta a própria economia brasileira e contribui para seu giro e incremento. Ademais, investir em ASPS significa cumprir Convenção internacional da qual o Brasil é signatário e conferir progressividade ao direito à saúde, pois, "a lógica da progressividade, portanto, tem a

---

[68] Em tradução livre do autor: "Diferentemente dos custos sociais, no momento é impossível anular custos (e benefícios) líquidos. Alguns direitos podem custar caro em primeira instância, mas aumentam a riqueza social tributável a tal ponto que é razoável considerar que eles se financiam. [...] Outro é o direito à educação. Até a proteção das mulheres contra a violência doméstica pode ser vista dessa maneira, na medida em que ajuda as esposas maltratadas a se unirem à força de trabalho produtiva". HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos.* 1. ed., 2. reimp. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. Para estes autores, a diferenciação entre direitos positivos e negativos possui apenas caráter didático, pois, segundo sua pesquisa, todos os direitos são positivos. Neste sentido, e para exemplificar seu pensamento, descrevem que: *"Donde hay un derecho, hay un remedio es una máxima legal clásica. Los individuos gozan de derechos, no en sentido moral sino legal, sólo si su proprio gobierno repara en forma justa y predecible las ofensas que sufren. Este punto tiene un efecto importante, dado que revela lo inadecuado de la distinción entre derechos negativo y positivos. Lo que muestra es que todos los derechos que se exigen en forma legal son necesariamente positivos.*
Los derechos son costosos porque los remedios lo son. La imposición de las leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir. Dicho de otro modo, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando su descuido es castigado por el poder público con recursos del erario público" (2015, pp. 63, 64).
Em tradução livre do autor: "Onde existe um direito, existe um remédio é uma máxima legal clássica. Os indivíduos gozam de direitos, não no sentido moral, mas no sentido jurídico, somente se o seu próprio governo fizer reparações justas e previsíveis pelos crimes que eles sofrem. Esse ponto tem um efeito importante, pois revela a inadequação da distinção entre direitos negativos e positivos. O que mostra é que todos os direitos legalmente exigidos são necessariamente positivos.
Os direitos são caros porque os remédios são. A imposição de leis é onerosa, especialmente se for para ser uniforme e justa; e os direitos legais estão vazios se não houver força para aplicá-los. Em outras palavras, quase todos os direitos implicam um dever correlativo, e os deveres são levados a sério apenas quando sua supervisão é punida pelo poder público com recursos do tesouro público" (2015, pp. 63, 64).

ver com sua efetivação e não com a declaração jurídica de sua aquisição. Esta é importantíssima, mas insuficiente, sob pena de se tornar letra morta, mera norma programática de prazo diferido *ad eternum*" (SCAFF, 2018, p. 308).

Por tudo quanto se expôs, observa-se que a União descumpriu a norma constitucional de aplicação mínima em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) no ano de 2016 - o que é comprovado pelos relatórios, estudos e doutrinas analisados -, e confirma-se a hipótese suscitada nesta pesquisa de descumprimento pela União do investimento mínimo em Saúde, o que gera reflexos jurídicos que serão estudados, ainda que de maneira breve, nos próximos itens deste trabalho para, então, se adentrar (no capítulo 3) no estudo daquilo que aqui se denominou de efeito ampliado da desobediência da norma constitucional de investimentos mínimos em Saúde, qual seja, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na Saúde Pública brasileira.

Por agora, observem-se os efeitos jurídicos penais, administrativos e internacionais da desobediência à aplicação mínima constitucional em Saúde.

2.5 EFEITOS DA REPROVAÇÃO DAS CONTAS DA UNIÃO PELO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE

Observado nos itens anteriores haver, ao menos num momento inicial, o descumprimento pela União da aplicação mínima constitucional em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), agora este trabalho se debruça sobre os efeitos que referido descumprimento da ordem constitucional implica ao agente público infrator e mesmo ao Estado brasileiro, haja vista que, referido descumprimento do comando inserto no art. 198, §2º, I, da CR/88 (no período de vigência da EC 29/2000, o valor apurado em ASPS no ano anterior, corrigido pela variação nominal do PIB; durante a vigência da LC 141/2012, que manteve o texto da EC 29/2000 quanto ao investimento da União em Saúde, o valor apurado em ASPS no ano anterior, corrigido pela variação nominal do PIB; a partir da vigência da EC 86/2015, que encontra-se revogada, e nos termos da EC 95/2016 em vigor, aplicação mínima a ser realizada pela União de 15% da Receita Corrente Líquida do respectivo exercício financeiro), não somente gera reflexos jurídicos e políticos ao Administrador Público omisso, como também gera responsabilidades para o Estado brasileiro descumpridor de convenções internacionais das quais é signatário.

Desta forma e, sem qualquer pretensão exaustiva a respeito, serão analisados os efeitos penais, administrativos e internacionais do descumprimento pela União do

investimento mínimo em ASPS para finalmente, no capítulo 3, então se enfrentar a questão da omissão inconstitucional perpetrada pelo Governo Federal, a desencadear efeitos mais aprofundados que dão ensejo ao Estado de Coisas Inconstitucional ventilado por este trabalho.

Evidentemente que, para além dos efeitos aqui apontados que visam atingir a pessoa do Administrador Público omisso, existem outros efeitos que podem ser desencadeados pelo descumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS como, entre outros, o efeito processual que permite ao magistrado bloquear verbas públicas para o cumprimento e efetividade de decisão judicial que impõe ao Poder Público o fornecimento de medicamentos, conforme definido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 1.069.810 (REsp 1.069.810), relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, submetido e julgado sob a égide dos recursos repetitivos (Tema 84), como se verifica da ementa abaixo transcrita:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.
> 1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.
> 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.
> (REsp 1.069.810/RS, 1ª Seção, STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., DJe 06/11/2013).

Depreende-se do julgado supracitado que os efeitos desencadeados pelo descumprimento do investimento mínimo em ASPS, fixado pela Constituição da República, vão além dos a seguir apresentados e podem ocorrer na esfera processual para atingir as contas públicas do ente federado omisso ou que descumpre decisão judicial, a fim de efetivá-la, sem prejuízo de outros efeitos que possam derivar deste descumprimento (p. ex., efeitos políticos, sociais, econômicos, processuais, etc.).

Contudo, vejam-se por agora os aludidos efeitos mencionados (penais, administrativos e internacionais), iniciando-se pela repercussão criminal do descumprimento da Constituição da República.

2.5.1 Caracterização de crimes de Responsabilidade

Dispõe o artigo 46 da Lei Complementar 141/2012, que regulamenta o §3º da Constituição da República de 1988 e dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS), que as infrações aos dispositivos da referida Lei serão punidas segundo o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), a Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950), pela Lei de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto-Lei 201/1967) e Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

O texto do artigo 46 da LC 141/2012, acima citado, repete o teor do art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei Complementar 101/2000, que prescreve: “as infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.”

Merece destaque a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que inseriu um novo capítulo no Código Penal, denominado “Dos Crimes contra as Finanças Públicas”, além de proceder alterações na Lei 10.79/1950 e no Decreto-Lei 201/1967, nos pontos relacionados aos crimes contra as finanças públicas.

A respeito das alterações procedidas pela Lei 10.028/2000, anota Luiz Regis Prado (2018, p. 990) que:

> Como o Estado não administra interesses próprios, mas públicos, deve atuar estritamente dentro dos parâmetros estabelecidos em lei (princípio da legalidade). Desse modo, a Lei 10.028/2000 visa a punir o agente público que inscreve despesas não empenhadas em restos a pagar, ordena despesa não autorizada por lei ou aumento irregularmente despesa relativa a pessoal, entre outras hipóteses.
> A violação da legalidade na despesa pública implica crime de responsabilidade do presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores, dos secretários e dos prefeitos, consoante o disposto no artigo 85 da Constituição, na Lei 1.079/1950 e no Decreto-Lei 201/1967.
> As disposições da denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, neles compreendidos o Poder Executivo, o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público, além das respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes (art. 1º, §§2º e 3º).

> Todavia, podem figurar como sujeitos ativos do delito de contratação de operação crédito tão somente os chefes do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Presidente da República, governadores e prefeitos, respectivamente).
> [...]

Destarte, e como se observa das normas legais e doutrina acima destacadas, o descumprimento da aplicação mínima constitucional em Saúde dá ensejo à aplicação de sanções ao agente público infrator, merecendo especial realce a possibilidade de punição ao Presidente da República, caso deixe de observar os preceitos contidos na Lei 1.079/1950, em seu artigo 7º (dos crimes contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais), artigo 9º (dos crimes contra a probidade na administração) e artigo 10 (dos crimes contra a lei orçamentária). A respeito destes dispositivos legais e caracterização do crime de responsabilidade, anota Marino Pazzaglini Filho (2011, p. 160):

> Essas infrações contra a Lei Orçamentária são verdadeiros crimes de responsabilidade (próprios), pois sua punição é exclusivamente de conteúdo político-administrativo, consistente na perda do cargo e inabilitação, por oito anos, para o exercício de qualquer função pública, tanto que sua aplicação não exclui a responsabilidade penal de seu autor por crime comum previsto no Código Penal (arts. 2º e 3º da Lei nº 1.079/50).

Portanto, e de acordo com estes artigos, havendo infração a qualquer um de seus dispositivos responderá o Presidente da República pelos delitos neles contidos. Considerado que o direito à saúde e ao seu financiamento são direitos sociais expressamente estabelecidos pela Constituição da República, a não aplicação mínima para concretização destes direitos poderá ensejar a responsabilização penal do Chefe do Poder Executivo federal, sem prejuízo de outras sanções que poderá sofrer, como as previstas na Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), como se verá a seguir.

2.5.2 Caracterização de Improbidade Administrativa

Além da ausência de investimento constitucional mínimo em Saúde poder caracterizar crime de responsabilidade perpetrado pelo Presidente da República, como descrito no item anterior, o descumprimento da aplicação mínima em Saúde nos moldes prescritos pela Constituição da República também pode caracterizar ato de

improbidade administrativa, disciplinado tanto pela CR/88, quanto pela Lei nº 8.429/1992 (BRASIL, 1992), denominada Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Dessa maneira, pode-se verificar que a questão da improbidade administrativa possui um regramento constitucional de um lado, e um regramento infraconstitucional por outro lado. Em se tratando do primeiro (regramento constitucional), anotam Andrade, Masson e Andrade (2011, p. 619) que a Constituição Federal de 1988 conferiu adequado tratamento ao tema da improbidade administrativa, especificando as sanções a serem aplicadas ao agente autor do ato ímprobo, além de lhe atribuir uma importante consequência de natureza política, qual seja, a suspensão dos direitos políticos. Outrossim, enquanto o art. 14, §9º, da CR/88 prevê a proteção da probidade administrativa e da moralidade, o art. 15, inciso V, da Carta Política determina expressamente que ocorrerá a perda ou suspensão dos direitos políticos quando verificado o cometimento de improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º, do texto constitucional.

E o artigo 37, §4º, da Constituição da República (mencionado pelo art. 15, inciso V), prescreve que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Observado que o caput do referido art. 37 do texto constitucional faz menção aos princípios norteadores da administração pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência -, resta claro que a atuação dos agentes públicos deve se conformar não apenas à lei em sentido formal, mas também a determinados valores que se colocam acima do direito positivo, como a ideia de honestidade, boa-fé, lealdade, decoro e ética, no exercício da função pública (DI PIETRO, 2009, pp. 803-806 apud ANDRADE, MASSOM, ANDRADE, 2011, p. 620).

Isto posto, torna-se questionável e digno de reflexão se o não investimento mínimo constitucional em Saúde pela União (seja porque seu investimento em Saúde tenha diminuído ao longo dos anos; ou porque interpreta a Constituição da República a seu bel prazer, conforme identificado na prestação de contas do ano de 2016; ou ainda porque não compensa os Restos a Pagar por ela cancelados, de anos anteriores) não ofende os princípios da legalidade – que, pelos estudos aqui realizados, parece ofendido, devido a União não obedecer ao comando do art. 198, §2º, I, CR -, e, principalmente, o da moralidade, na medida em que a não aplicação constitucional mínima em Saúde prejudica o exercício deste direito pela população,

sucateia a infraestrutura do SUS [69] e, inclusive, pode trazer outros prejuízos financeiros ao Estado derivados da judicialização das políticas públicas de Saúde.

Afora as disposições constitucionais que versam sobre improbidade administrativa, ela também é regulada no âmbito infraconstitucional pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (BRASIL, 1992), conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Conforme consta da ementa da referida Lei, ela "dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências". Ademais, a Lei 8.429/1992 classifica quatro atos que podem ser considerados como ímprobos perante a Administração Pública: **i)** atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); **ii)** atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); **iii)** atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A, inserido pela Lei Complementar nº 157/2016)[70], e; **iv)** dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Em se tratando da não aplicação constitucional mínima em Saúde pela União (art. 198, §2º, I, CR), é possível detectar, ao menos numa leitura inicial, que tal ato caracteriza ofensa aos arts. 10 (atos ímprobos que prejudicam o erário) e 11 (atos de improbidade que ofendem os princípios da Administração), ambos da Lei 8.429/1992, eis que a ausência de investimentos mínimos em Saúde pode caracterizar prejuízos ao erário (como, por exemplo e dito alhures, ao contribuir para a judicialização da

---

[69] Como observa Carlos Vital Tavares Corrêa Lima: "Dados apurados pela organização Contas Abertas, a pedido do Conselho Federal de Medicina (CFM), mostram que cerca de R$ 174 bilhões deixaram de ser aplicados pelo Ministério da Saúde entre os anos de 2003 e 2017. Esse montante representa 11% do total autorizado para o Ministério da Saúde no Orçamento Geral da União (OGU) durante aquele período (cerca de R$ 1,6 trilhão). Ressalte-se que quase metade dos recursos não utilizados deveria ter sido investida na realização de obras e compra de equipamentos médico-hospitalares para atender o SUS. Em consequência, o impacto do mau uso das verbas disponíveis repercute no sucateamento da infraestrutura. Por exemplo, quase 24 mil leitos de internação de pacientes que precisam permanecer num hospital por mais de 24 horas foram desativados na rede pública de Saúde desde dezembro de 2010. Isso representa uma diminuição de 13 leitos por dia!". LIMA, Carlos Vital Tavares Corrêa. As dificuldades do SUS. Disponível em: http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27574:as-dificuldades-do-sus&catid=46 Acesso em 30 dez. 2019.

[70] Dispõe a ementa da Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016: "Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que "dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências".

Saúde; ao sucatear a infraestrutura do SUS; ao impedir disposição de leitos para enfermos país afora, etc.), além de ofender aos princípios constitucionais da Administração Pública, com especial destaque para os princípios da legalidade e da moralidade. O primeiro (princípio da legalidade), porque, verificado que existe previsão constitucional expressa (art. 198, §2º, I, CR) que fixa percentual mínimo a ser aplicado pela União em Saúde, a desobediência à regra constitucional e ao percentual mínimo por ela estabelecido caracteriza ilegalidade; o segundo (princípio da moralidade), porque, o cancelamento de valores inicialmente empenhados para investimento num exercício e não compensados em exercícios posteriores, além de significar, em tese, ações e serviços públicos de Saúde que não foram efetivados pelo Poder Público, implica numa amoral regressividade do investimento em Saúde. É que, através de manobras contábeis e fiscais, deixa-se de se investir os valores inicialmente empenhados para pagamento de Restos a Pagar (RAPs) (valores que já deveriam ter sido pagos/investidos em anos anteriores) a fim de aumentar o superávit primário do governo[71], de modo que, ao invés de se cumprir a ordem constitucional e aplicar valores mínimos em Saúde, prefere-se aumentar artificialmente os números fiscais para indicar um superávit das contas governamentais em detrimento da Saúde de milhares de brasileiros, caracterizando, assim, o que aqui se descreve como amoral regressividade do investimento em Saúde e ofensa ao princípio da moralidade administrativa (princípio que se coloca acima do direito positivado, como dito anteriormente).

Verificados o prejuízo ao erário (art. 10) e a ofensa aos princípios administrativos acima destacados (legalidade e moralidade) (art. 11), nos moldes descritos pela Lei 8.429/1992, então referida Lei poderá ser utilizada como mecanismo de controle de políticas públicas de Saúde, como observado por Ana Paula de Barcellos (2005, pp. 83-105) pois, como ressalta a autora, as políticas públicas têm de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; em caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições

[71] Observam, a este respeito, Vieira, Piola e Benevides (2018, p. 21): “O valor não pago da despesa primária inscrito em restos a pagar no final de dezembro a cada ano contribui para a ampliação do *superavit* primário do governo. Do ponto de vista fiscal, o não pagamento é interpretado como um esforço de poupança, configurando uma espécie de poupança não financeira (Fernandes, 2004). Este mecanismo é apontado como uma forma artificial de aumento do *superávit* primário (Augustinho, Oliveira e Lima, 2013; Almeida, 2011). Dessa forma, na perspectiva de reforçar o saldo entre receitas e despesas, a inscrição de parte das despesas empenhadas como RPs tem-se mostrado um expediente contábil usual.”.

constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que são sempre escassos em face das necessidades existentes e, se mal utilizados pelo Poder Público por conta de escolhas suas equivocadas, devem ser tidas por juridicamente inválidas e passíveis de controle judicial através de, entre outras, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Destaque-se ainda, por oportuno, o teor do art. 21 da LIA, segundo o qual a aplicação das sanções previstas nesta Lei independe tanto da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento (art. 21, I, Lei 8.429/1992), quanto da aprovação das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (art. 21, II, Lei 8.429/1992). Com especial atenção ao inciso II, do referido artigo 21 da LIA, vê-se que o fato das contas prestadas pelo Governo Federal, e aqui analisadas, terem sido aprovadas pelo Tribunal de Contas da União não prejudicam a invocação desta lei como mecanismo de controle judicial das políticas públicas e de suas contas, nem impedem que, verificada a existência de um dos atos de improbidade nela descritos (arts. 9 a 11 da Lei 8.429/1992), sejam aplicadas as sanções nela previstas. Daí Pazzaglini Filho (2011, p. 230) observar que:

> Aliás, quanto ao último [Tribunal ou Conselho de Contas], cumpre reiterar que exerce função constitucional opinativa, atuando como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Logo, não obstante o Tribunal de Contas tenhas a competência para examinar e emitir parecer sobre as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, somente ao Poder Legislativo cabe o julgamento delas, que pode inclusive ser no sentido contrário do Parecer do Tribunal de Contas.
> Assim, as decisões dos Tribunais de Contas não vinculam a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa, posto que são meramente opinativas e limitadas aos aspectos de fiscalização contábil, orçamentária e fiscal.

Portanto, e considerado que tanto o Chefe do Poder Executivo federal quanto seus Ministros de Estado se enquadram no conceito de agente público prescrito pelo art. 2º da LIA, parece inequívoco que seus atos de não investir o piso mínimo constitucional em Saúde podem ser caracterizados como atos ímprobos que fazem incidir, na hipótese aqui estudada, as regras da lei em apreço, haja vista que tanto podem causar prejuízo ao erário (art. 10), quanto podem ofender os princípios da Administração Pública (em especial os princípios da legalidade e moralidade) (art. 11), a permitir o controle das políticas públicas de Saúde federais através da Lei 8.429/1992, inclusive como proposto por Ana Paula de Barcellos (2005), a fim de se

efetivar as normas constitucionais que garantem o direito à saúde (art. 196, CR) e ao seu correto financiamento pela União (art. 198, §2º, I, CR).

Mesmo porque, os dois mecanismos até aqui propostos (crime de responsabilidade e caracterização de improbidade administrativa) de efetivação das normas constitucionais e controle de políticas públicas e seu financiamento, são mecanismos passíveis de operação em âmbito nacional, interno, e que não prejudicam a utilização das vias internacionais para se buscar a concretude das regras constitucionais aqui analisadas. Isto, utilização das vias internacionais para concretização de direitos fundamentais como o é a Saúde, é o próximo ponto a ser enfrentado, ainda que brevemente, por este trabalho de pesquisa.

2.5.3 Denúncia Internacional

Verificado que o descumprimento do investimento mínimo constitucional pode implicar em crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República e seus Ministros de Estado (nos moldes da Lei 1.079/1950), assim como pode caracterizar ato de improbidade administrativa passível de sanção (de acordo com a Lei 8.429/1992), ainda é necessário destacar que a desobediência ao texto constitucional - que consagrou o direito à saúde como direito fundamental e, como corolário, o direito ao financiamento estatal da Saúde também pode ser encarado como direito fundamental -, pode ensejar implicações internacionais em face do Estado brasileiro, como se verá neste momento.

Com efeito, o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), celebrado em 1966 e promulgado no Brasil através do Decreto 591/1992 (BRASIL, 1992). Como prescreve o artigo 2º do PIDESC, os Estados-parte do referido Pacto assumiram compromisso de adotar medidas progressivas para o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, entre os quais figura o direito à saúde (art. 12, PIDESC). Significa dizer que, de acordo com este Pacto Internacional, o direito à saúde deve ser realizado de maneira progressiva, pois, como observa Scaff (2018, p. 307), os direitos sociais são muito custosos que não se obtêm de uma só vez, mas paulatina e progressivamente. No mesmo sentido, Oliveira, Souza e Lamy (2016, p. 305), observam que os Estados-parte do PIDESC possuem obrigações mínimas, dentre as quais está a obrigação de adotar medidas e

dar passos gradativos ao pleno exercício dos direitos ali descritos. Descrevem os referidos autores que

> A realização progressiva significa que os Estados têm a obrigação concreta e constante de avançar da forma mais expedita e da maneira mais eficaz que seja possível (§31 da OG14). Assim como significa que não são permitidas quaisquer medidas deliberadamente regressivas (§32 da OG14) (OLIVEIRA, SOUZA, LAMY, 2016, p. 305).

Infere-se do excerto supracitado que não somente os Estados-parte do PIDESC devem adotar medidas progressivas para a concretização dos direitos neles descritos – entre os quais está o direito à saúde -, como também não lhes é permitido adotar medidas que impliquem na regressividade dos direitos protegidos pelo referido Pacto Internacional. Em sendo assim, eventuais medidas econômico-fiscais adotadas pelo Governo Federal para gerar superávit (artificial) em suas contas, mas que importam em redução dos direitos abarcados pelo PIDESC (como o descumprimento do investimento mínimo constitucional em Saúde), ensejam desobediência ao Pacto Internacional do qual o Brasil é signatário e permite sua denúncia perante os órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos e fundamentais[72].

[72] Como observa Fernando Facury Scaff (2018, p. 146), "direitos fundamentais e direitos humanos são frequentemente utilizados como expressões sinônimas, mas possuem diferentes significações. Por direitos humanos pode-se entender aqueles direitos que são válidos para todos os homens e tem todos os tempos. Estão muito mais vinculados ao direito natural, seja aquele que se entende ancorado nas lutas e na evolução do homem enquanto ser capaz de direitos e que possui um patamar mínimo de dignidade a ser respeitado em sua convivência social, seja aquele que se apoia em uma compreensão jusnaturalista divina. Por direitos fundamentais pode-se entender aqueles direitos humanos que foram positivados em determinado ordenamento jurídico, o que pode variar consoante o tempo e o lugar em que foram inseridos no sistema de direito positivo de cada país".
Martin Borowski faz distinção entre direitos humanos, direitos fundamentais internacionais e supranacionais e direitos fundamentais nacionais. Anota o autor que *"Los derechos humanos son derechos morales. estos derechos tienen validez solamente en razón de su corrección material. Su institucionalización, positivación o efectividad social no desempeñan ningún rol como criterio de validez. Lo característico de estos derechos es su fundamentalidad, propriedad que alude a la protección y la satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Por este motivo, los derechos humanos constituyen el núcleo de las teorías de la justicia. Estos derechos tienen validez universal, se atribuyen por igual a todos los hombres en el mundo. En esta medida, tienen prioridad frente al derecho positivo, pues representan una medida de legitimidad de este último. [...] Los derechos fundamentales internacionales son derechos que han sido consagrados en los pactos y convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos. Estos derechos constituyen el intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. [...] Los derechos fundamentales supranacionales corresponden a las libertades fundamentales de la Unión Europea, que en un principio fueron desarrolladas ampliamente por la jurisprudencia de la Corte Europea de Luxemburgo. [...] Los derechos fundamentales nacionales son los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. A diferencia de los derechos fundamentales nacionales y supranacionales, estos derechos tienen la máxima jerarquía en el sistema jurídico nacional y son exigibles judicialmente".* BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales.* traducción Carlos Bernal Pulido. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Meio digital.

Neste diapasão, vejam-se novamente as observações realizadas por Oliveira, Souza e Lamy (2016, p. 311), onde, após classificarem[73] as obrigações que os Estados-parte do PIDESC assumem ao se tornarem signatários do mencionado Pacto Internacional, descrevem eventuais atos que, quando perpetrados pelos Estados-parte, podem caracterizar violação do PIDESC:

> A violação das obrigações estatais fica caracterizada de maneira objetiva, pois não se aceita inclusive justificativa, se o Estado parte do PIDESC não cumprir suas obrigações básicas de comportamento ou de resultado imediato: "um Estado Parte não pode nunca, em nenhuma circunstância, justificar seu descumprimento das obrigações básicas" (§47 da OG14).
> [...]
> A violação das obrigações estatais resta configurada se o Estado parte do PIDESC não se mover genericamente: "não adotar medidas apropriadas para dar plena efetividade ao direito universal de disfrutar do mais alto nível possível de Saúde física e mental". [...] Da mesma forma, **resta configurada a violação se um Estado adotar comportamento contraditório à obrigação assumida de máximo esforço:** "Um Estado que **não esteja disposto a utilizar o máximo dos recursos de que disponha para dar efetividade ao direito à saúde viola as obrigações"** (§47 da OG14).
> [...]
> As violações das obrigações de cumprir (relacionadas ao dever de progressividade) restam configuradas pela não adoção das medidas

---

Tradução livre do autor desta pesquisa: "Direitos humanos são direitos morais. Esses direitos são válidos apenas devido à sua correção material. Sua institucionalização, positividade ou efetividade social não desempenham nenhum papel como critério de validade. A característica desses direitos é sua fundamentalidade, propriedade que se refere à proteção e satisfação de interesses e necessidades fundamentais. Por esse motivo, os direitos humanos constituem o núcleo das teorias da justiça. Esses direitos têm validade universal, são igualmente atribuídos a todos os homens do mundo. Nesta medida, eles têm prioridade sobre o direito positivo, pois representam uma medida de legitimidade deste último. [...] Direitos fundamentais internacionais são direitos consagrados em convênios e convenções internacionais para a proteção dos direitos humanos. Esses direitos constituem a tentativa de transformar os direitos humanos em direito positivo. [...] Os direitos fundamentais supranacionais correspondem às liberdades fundamentais da União Europeia, que foram inicialmente desenvolvidas extensivamente pela jurisprudência do Tribunal Europeu do Luxemburgo. [...] Direitos fundamentais nacionais são direitos individuais que adquirem uma dimensão positiva nas constituições nacionais dos estados democráticos constitucionais e que geralmente representam uma tentativa de transformar os direitos humanos em direito positivo. Ao contrário dos direitos fundamentais nacionais e supranacionais, esses direitos têm a mais alta hierarquia no sistema jurídico nacional e são legalmente aplicáveis".

[73] Os referidos autores, após analisarem o PIDESC e as Observações Gerais (OGs) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) da Organização das Nações Unidas (ONU), classificam as obrigações estatais dos Estados-parte do PIDESC em: (1) obrigações estatais mínimas, subdivididas em (a) obrigação de adotar medidas; (b) obrigações de resultado imediato, e; (c) obrigações de resultado imediato; (2) obrigações estatais mínimas e esperadas, subdivididas em (a) obrigações de respeitar; (b) obrigações de proteger, e; (c) obrigações de cumprir. Para mais informações, veja-se OLIVEIRA, Danilo de; SOUZA, Luciano Pereira de; LAMY, Marcelo. Violação das obrigações estatais na área da Saúde: a diferença mínima entre as obrigações mínimas e as esperadas. **Caderno de Relações Internacionais,** vol. 7, nº 13, ago-dez. 2016. Disponível em: https://faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/416 Acesso em 13 ago. 2018.

> necessárias e possíveis para dar os passos esperados em direção à plena realização do direito à saúde.
> Exemplificando, o CDESC indica as seguintes hipóteses não-exaustivas (§52 da OG14):
> [...]
> **b) consignar gastos insuficientes ou distribuí-los inadequadamente, especialmente quando impeçam o desfrute do direito à saúde pelos vulneráveis e marginalizados;**
> [...] (OLIVEIRA, SOUZA, LAMY, 2016, pp. 311-314) (grifos do autor)

Ante os apontamentos acima destacados, verifica-se que a ausência de movimentos para plena concretização do direito à saúde, ou a consignação de gastos insuficientes que impeçam seu desfrute pelos vulneráveis e marginalizados implicam violação estatal dos termos do PIDESC, permitindo que o Estado parte violador do Pacto Internacional seja demandado perante os órgãos internacionais de proteção destes direitos. Considerado que, segundo a pesquisa realizada neste trabalho, há indícios de descumprimento do PIDESC pelo Estado brasileiro, pela inobservância do investimento mínimo em Saúde previsto constitucionalmente (indo ao encontro da previsão internacional de investimentos mínimos e progressivos para implementação dos direitos protegidos pelo PIDESC, entre eles o direito à saúde), pode-se discutir a respeito da possibilidade de o Brasil ser demandado internacionalmente. Este é o ponto a seguir apresentado.

2.5.3.1 A denúncia na Organização dos Estados Americanos (OEA)

Como observam Accioly, Silva e Casella (2012, meio digital), em 1948 as delegações dos estados interamericanos adotaram em Bogotá a Carta da Organização dos Estados Americanos, por meio da qual foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA, em inglês OAS). Posteriormente, durante a 9ª Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá, conferiu-se estatuto institucional à organização interamericana por meio da Carta ali assinada a 30 de abril de 1948. Dessa forma, e ainda de acordo com os referidos autores, a antiga associação de nações americanas passou a ter o nome de Organização dos Estados Americanos e declarou-se “organismo regional das Nações Unidas”.

Nesse documento foram definidos os objetivos da Organização, e estabelecidas as bases jurídicas desse conjunto de órgãos, atividades e relações do assim chamado sistema interamericano. Nos termos do artigo 51 da Carta da OEA,

com modificações de 1967, a Organização realiza os seus fins por intermédio dos seguintes órgãos: “Assembleia Geral”; “Conselhos e conferências especializadas”; “Comissão jurídica interamericana”; “Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos” e “Secretaria-Geral” (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2012, meio digital). Aqui se dará maior atenção à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Como explica Mazzuoli (2011, p. 661), a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada pela 5ª Reunião de Ministros das Relações Exteriores em Santiago, Chile, em 1959, tendo o seu primeiro estatuto sido aprovado em 25 de maio de 1960 pelo Conselho da OEA, emendado em junho do mesmo ano, data em que iniciou as suas atividades. Trata-se de órgão importantíssimo da OEA e um dos que têm atuação mais visível dentro da organização, notadamente quando assume as queixas individuais de cidadãos de Estados-membros e dá início ao procedimento de responsabilização internacional do Estado por violação de direitos humanos. A Comissão é, ao mesmo tempo, órgão da OEA e órgão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), servindo de instância para a· promoção e proteção dos direitos humanos dos cidadãos do continente americano.

Destaque-se neste ponto, com André de Carvalho Ramos (2014, meio digital), que o próximo salto no desenvolvimento do sistema interamericano de proteção de direitos humanos foi a aprovação do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos em São José, Costa Rica, em 1969, como realçado no parágrafo anterior. Esta Convenção, embora aprovada em 1969, só entrou em vigor em 1978, após ter obtido o mínimo de 11 ratificações. Referida Convenção, além de dotar a já existente Comissão Interamericana de Direitos Humanos de novas atribuições, criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o segundo órgão de supervisão do sistema interamericano de direitos humanos (RAMOS, 2014, meio digital).

Outrossim, a partir da entrada em vigor da Convenção, a Comissão passou a ter um duplo papel: em primeiro lugar, continuou a ser um órgão principal da OEA, encarregado de zelar pelos direitos humanos, incumbido até do processamento de petições individuais retratando violações de direitos humanos protegidos pela Carta da OEA e pela Declaração Americana; em segundo lugar, a Comissão passou a ser também órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos, analisando petições individuais e interpondo ação de responsabilidade internacional contra um Estado perante a Corte (RAMOS, 2014, meio digital).

Além da Convenção Americana de Direitos Humanos, o sistema interamericano conta com outros instrumentos internacionais que protegem direitos específicos, sendo o mais importante deles, segundo Ramos (2014, meio digital), o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Diretos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado em 1988 e ratificado pelo Brasil em 1996.

Destarte, é possível identificar que a proteção dos Direitos Humanos no âmbito das Américas teve início com a Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), que foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, em São José, na Costa Rica, entrou em vigor internacional somente em 18 de julho de 1978 e teve adesão pelo Brasil em 9 de julho de 1992, que posteriormente a promulgou pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 (RAMOS, 2014, meio digital).

Num segundo momento, tem-se então a elaboração do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecido como Protocolo de San Salvador, que foi adotado pela Assembleia Geral da OEA, em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador, sendo voltado aos direitos econômicos, sociais e culturais garantidos no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, como explica André de Carvalho Ramos (2014, meio digital). Este documento internacional foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 56, de 19 de abril de 1995. O Brasil aderiu ao Protocolo em 8 de agosto de 1996 e o ratificou em 21 de agosto de 1996, entrando o ato em vigor para o Brasil em 16 de novembro de 1999. Finalmente, deu-se a promulgação por meio do Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

Avançando na questão da denúncia perante a OEA, tem-se que, enquanto o artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) prevê que toda pessoa tem o direito de desfrutar do mais elevado nível possível de Saúde física e mental, e que o artigo 10 do Protocolo Adicional de São Salvador estabelece também que toda pessoa tem direito ao mais elevado nível de bem-estar físico, mental e social, em havendo a violação destes direitos pelos Estados-parte signatários dos referidos diplomas internacionais será possível demandá-los perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nos termos

do artigo 44 do Pacto de São José da Costa Rica, cuja redação determina que “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte.”

Significa dizer que, havendo violação pelos Estados-parte, como o Brasil, dos diplomas internacionais acima destacados, ele (Brasil) poderá ser demandado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, através do seu sistema de petições individuais descrito no supracitado artigo 44. Com efeito, este sistema de petições individuais está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, que consagrou um procedimento bifásico de promoção dos direitos protegidos: **i)** há uma etapa, indispensável, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH), e; **ii)** uma eventual segunda etapa perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) (RAMOS, 2014, meio digital).

A Comissão é composta por sete membros (denominados Comissários), que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez, sendo que o mandato é incompatível com o exercício de atividades que possam afetar sua independência e sua imparcialidade, ou a dignidade ou o prestígio do seu cargo na Comissão.

A Comissão é provocada por meio de uma petição escrita, que pode ser de **(i)** autoria da própria vítima, **(ii)** de terceiros, incluindo as organizações não governamentais (demandas individuais), ou ainda **(iii)** oriunda de outro Estado (demandas interestatais, de impacto reduzido – até hoje, apenas 2 casos). Em sua petição internacional, o representante deve apontar os fatos que comprovem a violação de direitos humanos denunciada, assinalando, se possível, o nome da vítima e de qualquer autoridade que tenha tido conhecimento da situação (RAMOS, 2014, meio digital). Explica esse autor, ainda, que as condições de admissibilidade da petição individual à Comissão IDH são as seguintes: **i)** o esgotamento dos recursos locais; **ii)** ausência do decurso do prazo de seis meses, contados do esgotamento dos recursos internos, para a apresentação da petição; **iii)** ausência de litispendência internacional, o que impede o uso simultâneo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos; e **iv)** ausência de coisa julgada internacional, o que

impede o uso sucessivo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos (RAMOS, 2014, meio digital).

Neste mesmo diapasão, descreve Flávia Piovesan (2000, pp. 37-38), que a petição individual deve responder a determinados requisitos de admissibilidade, como o prévio esgotamento dos recursos internos (salvo nos casos de injustificada demora processual, ou em caso da legislação doméstica não prover o devido processo legal), bem como a inexistência de litispendência internacional, significa dizer, a mesma questão não pode estar pendente em outra esfera internacional.

Sem prejuízo do quanto descrito acima, anota André de Carvalho Ramos (2014, meio digital), há casos de dispensa da necessidade de prévio esgotamento dos recursos internos, a saber: 1) não existir o devido processo legal para a proteção do direito violado; 2) não se houver permitido à vítima o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; 3) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos (artigo 46.2); 4) o recurso disponível for inidôneo (por exemplo, o recurso não é apto a reparar o dano); 5) o recurso for inútil (por exemplo, já há decisão da Suprema Corte local em sentido diverso) ou; 6) faltam defensores ou há barreiras de acesso à justiça.

Finalmente, ressalte-se que a Corte IDH consagrou o entendimento que a exceção de admissibilidade por ausência de esgotamento dos recursos internos tem que ser invocada pelo Estado já no procedimento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, se o Estado *nada* alega durante o procedimento perante a Comissão, subentende-se que houve desistência tácita dessa objeção. Após, não pode o Estado alegar a falta de esgotamento, pois seria violação do *princípio do estoppel,* ou seja, da proibição de se comportar de modo contrário à sua conduta anterior (*non concedit venire contra factum proprium)* (RAMOS, 2014, meio digital).

2.5.3.2 A denúncia na Organização das Nações Unidas (ONU)

Quanto à denúncia na Organização das Nações Unidas (ONU), ela está prevista no Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em 10 de dezembro de 2008 pela Assembleia Geral da ONU, por ocasião do 60º aniversário da assinatura da Declaração Universal de Direitos Humanos. O Brasil ainda não o ratificou, até a realização deste trabalho.

Como explica André de Carvalho Ramos (2014, meio digital), o Protocolo é composto por 22 artigos, prevendo seu art. 1º a competência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para receber petições individuais ou no interesse de indivíduos e grupos de indivíduos, que noticiem violação de direitos econômicos, sociais e culturais realizadas pelo Estado Parte. Este deve tomar todas as medidas necessárias para garantir que os indivíduos sob sua jurisdição não sejam submetidos a maus-tratos ou intimidação em decorrência de terem recorrido ao Comitê (art. 13). Cabe lembrar que este Comitê não estava previsto no Pacto, tendo sido criado por resolução do Conselho Econômico e Social. Com o Protocolo, o Comitê ganha inserção formal em um tratado.

Para que a comunicação possa ser admitida, deve haver o prévio esgotamento dos recursos internos, exceto quando a aplicação dos recursos seja injustificadamente prolongada. A comunicação deve ser declarada inadmissível nas seguintes hipóteses: **(i)** quando não for submetida ao Comitê no prazo de um ano após exauridos os recursos internos, salvo se o autor demonstrar que não havia possibilidade de submetê-la dentro da data limite; **(ii)** quando a matéria já tiver sido examinada pelo Comitê ou tenha sido submetida a exame ou esteja sendo examinada por outro procedimento de investigação ou acordo internacional; **(iii)** quando for incompatível com as disposições do Pacto; **(iv)** bem como quando os fatos de que trata tenham ocorrido anteriormente à entrada em vigor do Protocolo para o Estado Parte interessado, exceto se tenham continuado a ocorrer (RAMOS, 2014, meio digital).

Também não serão admitidas as comunicações manifestamente mal fundamentadas, não suficientemente comprovadas ou exclusivamente baseadas em relatos difundidos pela mídia; quando representarem um abuso do direito de submeter uma comunicação; quando forem anônimas ou não apresentadas por escrito. Ademais, o Comitê pode declinar comunicações que não revelem clara desvantagem, a menos que considere que a comunicação levanta séria questão de importância geral (RAMOS, 2014, meio digital).

3 EFEITO AMPLIADO DO DESCUMPRIMENTO DO INVESTIMENTO MÍNIMO CONSTITUCIONAL EM SAÚDE: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

No capítulo anterior, procurou-se apresentar o dever do Administrador Público de prestar contas aos seus cidadãos e, por outro lado, o direito destes (cidadãos) de fiscalizar a arrecadação e gastos efetuados por aquele (Administrador Público) no exercício de suas funções estatais. Outrossim, foram descritas disposições legais que determinam ao Chefe do Poder Executivo prestar contas dos dinheiros públicos por ele administrados, assim como foram destacadas previsões normativas que conferem aos cidadãos o direito de exigir e fiscalizar as contas federais relativas à Saúde Pública – no caso desta pesquisa, destacou-se a atuação dos cidadãos no âmbito da Saúde Pública perante a União, realizada pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS). Além disso, foram apresentados dados produzidos pela Comissão de Orçamento e Finanças do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS), com o intuito de responder a primeira das perguntas que deram origem a este trabalho, a saber, se a União cumpriu a regra do art. 198, §2º, I, da CR/88 e aplicou os percentuais constitucionalmente estabelecidos para ações e serviços de Saúde Pública? Pela pesquisa efetuada e de acordo com os dados apresentados, há elementos para se responder negativamente à referida inquirição, pois, se nos anos de 2014 e 2015 o CNS aprovou as contas da União, indicando ter havido investimentos nos níveis determinados pela CR/88 (não antes de apontar dúvidas e ressalvas quanto ao cumprimento da determinação constitucional), no ano de 2016 o mesmo CNS **reprovou** a prestação de contas da União, apontando que esta última aplicou em ASPS 14,7% contra os 15% fixados pelo texto constitucional.

Dada a resposta negativa à pergunta supracitada, foram apresentados alguns dos efeitos que o descumprimento da norma constitucional pode implicar ao agente público desobediente, como a caracterização de crime de responsabilidade previsto na Lei 1.049/1950; a caracterização de ato de improbidade administrativa, passível de sanção nos termos da Lei 8.429/1992 e, ainda; a possibilidade de denúncia perante organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Entretanto, o descumprimento da norma constitucional de aplicação mínima em Saúde não enseja apenas os efeitos acima relacionados, mas também permite a

ocorrência de outros desdobramentos como, *ex. gr.,* a possibilidade de intervenção[74] prescrita pelo art. 34 (intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal) e pelo art. 35 (intervenção dos Estados em seus Municípios e da União nos Municípios localizados em Território Federal) da Constituição da República. Neste aspecto, destaque-se o art. 34, VII, "e", da CR/1988[75], que prevê expressamente a possibilidade da União intervir nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a observância de princípios constitucionais, dentre os quais se insere a "aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de Saúde."

Contudo, como se observa das normas constitucionais acima mencionadas, não se fala de intervenção de entes federados na União, de maneira que o descumprimento da aplicação constitucional mínima em ASPS pelo Governo Federal demanda discussão sobre um efeito amplificado, maior, que supere a questão da simples aplicação de sanção ao agente público infrator para exigir a tomada de medidas políticas e jurídicas que superem a omissão inconstitucional e concretize a norma de aplicação mínima em ASPS insculpida na Constituição da República. Este efeito amplificado aqui mencionado tem sido reconhecido e nomeado como Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Desta forma, e para responder à segunda pergunta que permeia este trabalho – qual o efeito da omissão estatal em aplicar o mínimo constitucionalmente previsto para a Saúde Pública? -, desenvolver-se-á o terceiro capítulo desta pesquisa, a fim de se verificar se os elementos apresentados no capítulo anterior caracterizam omissão inconstitucional e, em caso positivo, se é possível detectar a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) na Saúde Pública brasileira.

---

[74] Explica José Afonso da Silva (2018, pp. 488-489) que "a intervenção é ato político que consiste na incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta. Constitui o *punctum dolens* do Estado federal, onde se entrecruzam as tendências unitaristas e as tendências desagregantes. Intervenção é antítese da autonomia. Por ela afasta-se momentaneamente a atuação autônoma do Estado, Distrito Federal ou Município que a tenha sofrido. Uma vez que a Constituição assegura a essas entidades a autonomia como princípio básico da forma de Estado adotada, decorre daí que a intervenção é medida excepcional, e só há de ocorrer nos casos nela taxativamente estabelecidos e indicados como exceção ao princípio da não intervenção [...].".

[75] Observam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 821) que "a intervenção federal pelo inciso VII do art. 34 busca resguardar a observância dos chamados princípios constitucionais sensíveis. Esses princípios visam assegurar uma unidade de princípios organizativos tida como indispensável para a identidade jurídica da Federação, não obstante a autonomia dos Estados-membros para se auto-organizarem."

Para cumprir este objetivo, o item 3.1 deste trabalho se debruçará sobre o direito à saúde e ao seu financiamento, perquirindo se estes direitos podem ser considerados direitos fundamentais e se, enquanto normas constitucionais, possuem força normativa nos moldes descritos por Konrad Hesse. Posteriormente, o item 3.2 analisará o descumprimento do investimento mínimo em Saúde pela União, à luz do conceito de suporte fático dos direitos fundamentais sociais, para verificar eventual existência de omissão estatal que configure ato omissivo inconstitucional perpetrado pelo Estado brasileiro apto a desencadear o efeito amplificado aqui estudado. Configurada a omissão estatal inconstitucional, o item 3.3 analisará o efeito amplificado desta omissão e que dá título a este capítulo: o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). A seguir, o item 3.4 tratará da origem da doutrina do ECI, desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia em processo de desapropriação de terras que chegou à Suprema Corte colombiana. O tópico 3.5 abordará a questão da aplicação da doutrina do ECI em terras brasileiras, na hipótese do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347) pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Desenvolvido todo o aparato teórico até aqui descrito, o item 3.6 desta pesquisa enfrentará a questão do Estado de Coisas Inconstitucional na Saúde Pública brasileira, respondendo à pergunta se existe, no Brasil, um Estado Inconstitucional e como solucioná-lo, de modo que a regra constitucional possa ser efetivamente cumprida e o direito à saúde e ao seu regular financiamento seja concretizado pela União. Este é objetivo que se pretende alcançar neste capítulo, como se verá daqui em diante.

3.1 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO FINANCIAMENTO DA SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL E COM FORÇA NORMATIVA

A Constituição da República de 1988 traz em si um rol de direitos e garantias fundamentais que formam um arcabouço de direitos garantidos a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, não passíveis de alterações pelos Poderes da República e que consolidam o Estado Democrático de Direito brasileiro[76]. Outrossim,

[76] Observa José Afonso da Silva (2018, pp. 121-122): “A nossa [Constituição] emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o ‘democrático’ qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo. [...] O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a

o legislador constituinte estabeleceu o Título II da Carta Magna sob a alcunha “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que foi subdividido em cinco capítulos, a saber, Capítulo I – Dos Direitos e Garantias Individuais (art. 5º); Capítulo II – Dos Direitos Sociais (arts. 6º a 11); Capítulo III – Da Nacionalidade (arts. 12 e 13); Capítulo IV – Dos Direitos Políticos (arts. 14 a 16), e; Capítulo V – Dos Partidos Políticos (art. 17). Cada um dos capítulos aqui descritos está inserido no catálogo de Direitos Fundamentais descritos pela Carta Política de 1988, não sendo passíveis de alterações pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como observam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2014, p. 283), ao descreverem que

> [...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.

Desta forma, verifica-se que o direito à saúde se insere no catálogo de Direitos Fundamentais protegidos pela Constituição, eis que constante do Título II, Capítulo II, da Carta Política, e integra o rol de direitos fundamentais sociais assim descritos expressamente por seu artigo 6º, que, além de prever o direito à saúde como direito fundamental social, também relaciona como tais o direito à educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Todos estes direitos compõem o núcleo dos direitos fundamentais sociais protegidos constitucionalmente e que não são passíveis de alteração pelos Poderes da República.

A respeito da impossibilidade de alteração dos chamados direitos fundamentais sociais, ressalte-se pertinente observação realizada por Mônica de Almeida Magalhães Serrano (2012, p. 49) que, atenta à regra insculpida no art. 60, §4º, inciso IV, da CR/88 - que expressamente prevê não serem objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais -, frisa que esta regra de intangibilidade legislativa também seria aplicável aos direitos fundamentais sociais, na medida em que a atual interpretação constitucional “deve

---

transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.”.

considerar o sistema jurídico global, bem como os princípios reveladores dos valores adotados pela ordem jurídica". Observa ainda a mencionada autora que:

> Evidentemente, considerando as diretrizes da constituição brasileira, que busca salvaguardar a dignidade da pessoa humana, bem como a justiça social, com a redução das desigualdades, não há como não dar uma conotação extensiva ao dispositivo constitucional mencionado. Refletir contrariamente levaria a questionar a fundamentabilidade dos direitos sociais, o que não deve ser admitido (SERRANO, 2012, pp. 49-50).

Em sendo assim, seja pela previsão expressa do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais sociais descritos pelo art. 6º da Constituição, seja porque estes direitos (fundamentais sociais) não são passíveis de alteração pelos Poderes da República, pode-se concluir que o direito à saúde é um direito fundamental e, enquanto direito fundamental social, assim foi albergado pela Constituição. Registre-se, por oportuno, que o direito à saúde é direito fundamental da espécie direito social, conforme definido pelo legislador constituinte brasileiro, de modo que os direitos fundamentais nacionalmente reconhecidos não são apenas os *direitos individuais* que adquirem uma dimensão positiva nas constituições dos Estados democráticos e que geralmente representam uma intenção de transformar os direitos humanos em direito positivo, como define Borowski (2003, meio digital), mas também o são os *direitos sociais*, ao menos para o constituinte brasileiro.

Nesse aspecto, observa Mônica Serrano que (2012, p. 45), "os direitos sociais são direitos fundamentais referenciados constitucionalmente à vida humana, possibilitando igualdade no exercício da dignidade, por meio de elementos vitais, como a educação e Saúde". Na mesma esteira, José Afonso da Silva (2018, p. 288) ressalta que os direitos sociais, enquanto uma das dimensões dos direitos fundamentais do homem, "são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais de desigualdade".

Desta feita, e diante do quanto colocado até aqui, não parecem necessárias maiores digressões a respeito do caráter de direito fundamental social assumido pelo direito à saúde, pois **i)** se trata de um direito fundamental social porque assim o é definido pela Constituição; **ii)** é um direito que não pode sofrer alterações legislativas, de acordo com uma interpretação extensiva do art. 60, §4º, I, da CR/88, e; **iii)** assume um caráter de fundamentalidade na medida em que procura mitigar as situações de

desigualdade existentes em território brasileiro. Por estes pontos é possível conferir, então, fundamentalidade jurídica ao direito à saúde. Entretanto, o direito ao *regular financiamento da Saúde Pública* previsto pela Constituição, **i)** não está inserido no rol dos direitos fundamentais sociais descrito em seu art. 6º; **ii)** também não figura dentre os direitos intangíveis, inalteráveis, descritos pelo art. 60, §4º, IV, da CR/88 e a seu respeito não se fala em interpretação extensiva – ao revés, o financiamento da Saúde Pública sofreu alterações significativas pelas Emendas Constitucionais 86/2015 e 95/2016 -; **iii)** porém, pelo piso mínimo estabelecido pelo art. 198, §2º, I, da Constituição, procura-se concretizar o direito de todos os cidadãos e estrangeiros residentes no país à Saúde, bem como reduzir as desigualdades sociais existentes para possibilitar a depauperados e desamparados ter acesso à Saúde preventiva e curativa. Significa dizer então, num primeiro momento e sob esta óptica, que o direito ao financiamento da Saúde Pública também assume um caráter de fundamentalidade e, por isso, também pode ser considerado um direito fundamental social.

Senão, veja-se: pode-se afirmar, de acordo com o raciocínio acima desenvolvido, que a norma constitucional que estabelece um piso de investimento para a Saúde Pública possui caráter de direito fundamental, na medida em que fixa um patamar mínimo a ser investido pelo Poder Público para cumprir o desiderato de oferecer Saúde a todos, o que vai ao encontro da afirmação de José Afonso da Silva (2018, p. 288) de que os direitos sociais são prestações positivas que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos e diminuição das desigualdades sociais. O critério de redução de desigualdades de direitos fundamentais pode servir ao propósito de se conferir fundamentalidade para o direito a um investimento mínimo em Saúde Pública.

Entretanto, afirmar-se que o direito ao financiamento mínimo das ações e serviços públicos de Saúde possui caráter de direito fundamental apenas por ser um mecanismo de desigualdades sociais (o que por certo já é um grande fundamento), pode não ser suficiente para que lhe seja atribuído o papel de direito fundamental. Outrossim, e para conferir robustez à ideia de que o direito ao financiamento da Saúde também pode ser considerado como um direito fundamental, é pertinente se socorrer da estrutura das normas de direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy (2017, p. 85 e seguintes), segundo a qual direitos fundamentais são normas que se distinguem entre regras e princípios (normas = regras e princípios).

De acordo com Alexy (2017, p. 87), “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”. Prossegue o mencionado autor, explicando, entre outros assuntos, que princípios são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados e cuja medida de satisfação depende de possibilidades fáticas e possibilidades jurídicas averiguadas no caso concreto. Por outro lado, regras são normas que ou são satisfeitas, ou não são satisfeitas, admitindo-se que eventualmente possuam uma cláusula de exclusão[77]. Como descreve Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 33), no âmbito das regras vale o conhecido raciocínio “tudo ou nada”, ou seja, havendo um conflito entre regras e não havendo uma cláusula de exclusão que admita a aplicação de uma delas, então uma dessas regras terá de ser declarada inválida. De outro modo, os princípios não são declarados inválidos quando ocorre uma colisão entre eles, que será resolvido através de um sopesamento (proporcionalidade) dos princípios em jogo, oportunidade em que, diante das condições fáticas verificadas, conferir-se-á maior peso a um princípio (que prevalecerá) do que a outro, podendo ocorrer inversamente noutra hipótese concreta.

Isto posto, resta saber, a partir desta estrutura das normas de direitos fundamentais proposta por Alexy, se o direito ao financiamento mínimo das ações e serviços públicos de Saúde previsto no art. 198, §2º, I, da Constituição, pode ser enquadrado como norma de direito fundamental e, em caso positivo, se esta norma é enquadrável como uma regra ou um princípio de direito fundamental.

Se se considerar que o direito ao financiamento das ações e serviços de Saúde Pública são regras, passível de conflito com outras regras constitucionais e cuja validade ou invalidade possam ser discutidas – o que de fato ocorre, na medida em que existem ações discutindo a constitucionalidade das Emendas Constitucionais 86/2015 e 95/2016, que versam sobre o piso de investimento em Saúde pelo Governo Federal -, então é possível conferir-lhe o caráter de norma de direito fundamental. Consideradas as discussões concretas que ocorrem a respeito da regra constitucional

[77] Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 56) observa que Humberto Ávila critica a teoria dos princípios nos moldes desenvolvidos por Robert Alexy, destacando que “Humberto Ávila sustenta que em muitos casos também as regras, ao serem aplicadas, devem passar por um processo de ponderação ou, se não isso, pelo menos por um processo de consideração das circunstâncias fáticas da aplicação da norma jurídica reputada como regra.”. É o próprio Humberto Ávila (2004, p. 26) quem descreve que “é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete.”. Sem olvidar da crítica desenvolvida por Humberto Ávila, este trabalho adota a teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy e seus desdobramentos elaborados por Virgílio Afonso da Silva.

de custeio mínimo do direito à saúde, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (ADI 5.595, que discute a constitucionalidade da EC 86/2015, e ADI 5.658, que, entre outras, discute a constitucionalidade da EC 96/2015), e a possibilidade de se declarar a validez ou invalidez destas normas, o fato é que, em se tratando de regras de direitos fundamentais, então o direito ao financiamento da Saúde positivado constitucionalmente e objeto desta pesquisa pode ser considerado um direito fundamental.

De outra sorte, se se considerar que a norma constitucional que prevê o direito ao financiamento mínimo da Saúde possui caráter de princípio, que deve ser realizado na maior proporção possível, então, por esse prisma, a norma prescrita pelo art. 198, §2º, I, da Constituição também possuirá caráter de norma de direito fundamental. A hipótese aqui ventilada não é descabida, pois, considerando-se que o orçamento público é limitado e que verbas de determinadas áreas podem ser deslocadas para outras áreas consideradas emergenciais (como ocorre na hipótese da Desvinculação de Receitas da União – DRU), a discussão a respeito da possibilidade de deslocamento de verbas de uma área a outra pode gerar colisão de princípios (orçamentários, no exemplo aqui referido) que deverão ser sopesados e cuja aplicação de um implicará no ceder do outro princípio colidente. Neste diapasão, há discussão no interior do Supremo Tribunal Federal a este respeito, por força da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.628, que versa exatamente sobre a aplicação da DRU na contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) de combustíveis. Aqui há uma colisão de princípios constitucionais orçamentários que tratam da desvinculação de receitas, de um lado, e da impossibilidade de desvinculação de receitas vinculadas constitucionalmente para determinados fins, de outro, ensejando o sopesamento destes princípios para dirimir a discussão aventada.

Pelo exposto, parece ser possível, então, afirmar que a norma constitucional que estabelece um piso de investimento para as ações e serviços públicos de Saúde pode ser considerada uma norma de direito fundamental, seja porque ela pode ser classificada como uma regra, seja porque ela pode ser classificada como um princípio. Pode-se debater ainda se referida norma, que fixa um mínimo a ser investido pelo Estado em Saúde Pública, poderia ser classificada como uma norma de direito fundamental atribuída, devido não figurar expressamente no catálogo de direitos fundamentais positivados pela Constituição brasileira, mas lhe ser possível conferir uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais (pois, para saber se uma

norma atribuída é uma norma de direito fundamental depende da argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente) (ALEXY, 2017, p. 74). Com efeito, na medida em que o direito ao regular financiamento do direito à saúde está umbilicalmente ligado ao próprio direito à saúde, que se liga umbilicalmente ao direito à vida – estes dois consagrados de forma expressa pela Constituição como direitos fundamentais -, e que sua realização (do financiamento mínimo) é essencial para a concretização destes dois direitos expressamente previstos pela CR/88 como direitos fundamentais, pois, sua não efetivação coloca em risco a proteção de outros direitos fundantes (vida e Saúde), então é possível atribuir à norma constitucional que determina o financiamento mínimo das ações e serviços públicos de Saúde um caráter de norma de direito fundamental atribuída, eis que a argumentação correta que sustenta esta hipótese tem base em direitos fundamentais expressamente previstos pela Constituição como tais.

Outrossim, e diante dos argumentos acima descritos, pode-se conferir tanto ao direito à saúde (expressamente previsto pela Constituição como direito fundamental), quanto à norma de financiamento mínimo das ações e serviços de Saúde Pública (não constante do catálogo constitucional de direitos fundamentais, mas que pode assumir a forma de regra, de princípio, ou mesmo de norma de direito fundamental atribuída, segundo a classificação proposta por Alexy), o caráter de normas de direito fundamental, que exigem maior atenção para sua concretização e proteção e não podem simplesmente ser desprezadas ou alteradas (chegando mesmo a serem consideradas cláusulas pétreas, imodificáveis pelos Poderes da República), ao bel prazer de governos e políticas estatais que mudam a todo momento, sob pena de se colocar em risco os fundamentos que sustentam o Estado e até mesmo o próprio Estado Democrático de Direito brasileiro.

Sim, pois, se o direito à saúde previsto expressamente pela Constituição como direito fundamental pode ser considerado cláusula pétrea imodificável, por força de uma interpretação extensiva do art. 60, §4º, IV, da CR/88, incluindo os direitos fundamentais sociais aos direitos e garantias individuais, que não podem ser objeto de abolição por emenda constitucional, também o direito ao financiamento mínimo da Saúde, que vincula percentual mínimo que deve ser aplicado pelo Estado em ações e serviços de Saúde Pública, também pode ser considerado uma cláusula pétrea, não apenas orçamentária mas também constitucional, como explica Fernando Facury Scaff (2018, pp. 374-376):

> Debate extremamente rico acerca desse tema é o que analisa a possibilidade de as vinculações criadas para custeio dos direitos sociais se constituírem como cláusulas pétreas constitucionais – e não meramente *orçamentárias* -, na forma do art. 60, §4º, IV. Consideradas tais vinculações como *cláusula pétrea constitucional,* seria vedada qualquer deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4, IV). O ponto central do debate é perquirir se tais garantias mínimas orçamentárias de custeio se inserem nesse conceito.
> [...]
> Estabelece o art. 5º, §2º, CF, que os "direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados", o que se conecta com o rol de direitos sociais previstos na Constituição (art. 6º), dos quais, apenas dois (Saúde e educação) possuem fonte *mínima direta* para seu custeio (arts. 198, §2º e 212), sendo que os demais possuem *fonte mínima difusa* para seu custeio (arts. 79 e 80, ADCT). Cortar essa fonte *mínima* de custeio, seja *direta* ou *difusa,* será o mesmo que cancelar a efetiva concretização desses direitos – que são essencialmente prestacionais.
> O argumento de que cortar a fonte de custeio não implica extinguir tais direitos é falacioso, pois, se não for para investir o mínimo estabelecido, quanto será investido? Menos do que o mínimo constitucionalmente exigido, por certo. Isso é extirpar esses direitos da população que mais necessita deles, que é aquela que não os pode custear através do próprio bolso. Seguramente isso infringe a cláusula pétrea constitucional, que proíbe a discussão de emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, CF).
> Enfatiza-se, dessa forma, o caráter de *cláusula pétrea constitucional* das normas que estabelecem *o vínculo orçamentário para o custeio* dos direitos fundamentais sociais para saúde, educação e redução da pobreza. (grifos do original)

Destarte, inclusive por seus caráteres de cláusulas pétreas constitucionais, é que os direitos à saúde e ao financiamento mínimo das ações e serviços públicos de Saúde podem assumir posição de direitos fundamentais.

Além dos direitos acima referidos (direito à saúde e direito ao seu regular financiamento) poderem ser considerados direitos fundamentais, pode-se afirmar também que ambos os direitos se tratam de direitos subjetivos exigíveis do Poder Público, inclusive judicialmente. Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 46) anota que a moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações estatais.

Concluindo seu raciocínio, afirma o mencionado autor que

> [...] tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem

> consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.
> [...]
> [...] Da mesma forma, o direito à educação (CF, art. 205 c/c art. 6º), o direito à assistência social (CF, art. 203 c/c art. 6º) e à previdência social (CF, art. 201 c/c art. 6º) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.
> A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um *fenômeno de transmutação,* convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a *juridicização* do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política (MENDES, 1999, pp. 46-47). (grifos do original)

Como se infere dos excertos acima destacados, os direitos fundamentais sociais (direito a prestações em sentido estrito) assumem caráter de subjetividade que permitem sua "juridicização" perante Tribunais, para exigir do Poder Público a efetivação da prestação constitucionalmente positivada. E assim o deve ser, pois, "se um direito existe, ele é justiciável", ainda mais em tempos de crise, como o atualmente experimentado, onde "a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível" (ALEXY, 2017, pp. 513-514)[78].

Postas as premissas acima, pode-se concluir, inicialmente, que os direitos à saúde e ao seu financiamento são direitos fundamentais, da espécie sociais, que perfazem direitos a prestações em sentido estrito e que possuem subjetividade que lhes permite serem demandados judicialmente, exigindo do Estado o cumprimento destas prestações para o efetivo exercício dos direitos sociais.

No que se refere à subjetividade dos direitos sociais, mais especificamente o direito à saúde e ao seu regular financiamento, a análise da referida subjetividade remete à discussão a respeito da força normativa da Constituição, do caráter de lei que a Norma Superior possui, sua aplicabilidade e coercibilidade que goza e/ou pode gozar e a subsunção de hipóteses concretas individuais e coletivas aos seus

[78] Alceu Mauricio Jr. (2009, p. 57) destaca que os direitos sociais figuram entre os direitos fundamentais, mas se inserem no âmbito do mínimo existencial, o que os tornaria mais fortes por deixá-los "livres das usuais objeções que lhe são colocadas. Essa concepção também não é contrária a um desenvolvimento dos direitos sociais para além do mínimo existencial, mas, a partir desse ponto, trata-se de matéria reservada ao debate democrático, e não mais um direito fundamental oponível ao legislador e ao administrador pela via judicial.". Vê-se, assim, que para este autor os direitos sociais perfazem um mínimo existencial que deve ser observado pelo legislador na elaboração do orçamento destinado às áreas sociais, oportunidade em que deverá haver "debate democrático" a respeito das receitas destinadas a estes fins, e não sua discussão na esfera judicial. Esta pesquisa discorda, com a vênia devida, deste posicionamento, como restará demonstrado ao longo deste capítulo e deste trabalho.

preceptivos. Embora o tema possa parecer singelo, na verdade merece atenção e exige aprofundamento, o que se fará a seguir.

Com efeito, no decorrer do século XIX, Ferdinand Lassalle proferiu célebre palestra com o título “O que é uma Constituição?” (LASSALLE, 2012). Segundo este autor, o texto constitucional desvinculado do que ele denomina de fatores reais de poder (o poder do rei sobre o exército, o poder da burguesia sobre os vassalos, etc.), nada mais é do que uma “folha de papel”, havendo diferença entre o que ele denomina de Constituição real e Constituição escrita, a saber, a primeira decorre da soma das forças reais de poder que regem um país e, quando formalizadas como documento oficial de um Estado, passam a ter caráter jurídico e coercibilidade; a segunda, embora manifeste a vontade popular (cujo poder é desorganizado, segundo Lassalle), não tem a força necessária para suplantar a primeira e, por isso, desencadeia inevitável conflito em que a Constituição real sobrepuja a Constituição escrita (LASSALLE, 2012, p. 47). Em conclusão, para Lassalle as questões constitucionais não são jurídicas, mas sim questões políticas.

Luís Roberto Barroso (2001, p. 66), analisando o teor da obra de Ferdinad Lassalle, anota que este autor desenvolveu os fundamentos do sociologismo constitucional, pelo qual, “a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade. [...] esta é a Constituição real, efetiva do Estado. A Constituição jurídica, mera ‘folha de papel’, limita-se a [...] converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito”. Desta observação não se distancia Fernando Facury Scaff (2018, p. 323), ao apontar que “Ferdinand Lassalle, na obra *O que é uma Constituição,* expôs [...] quais eram os *fatores reais de poder* que naquela época existiam, pois foi através deles que as normas foram construídas, em especial a Constituição”.

Posteriormente, em 1959, Konrad Hesse proferiu palestra denominada “A força normativa da Constituição”, onde, após destacar que a Constituição adquirirá força ativa mais por uma “vontade de Constituição” do que por uma “vontade de poder” - ou seja, pelo entendimento de que **i)** é necessária uma ordem normativa inquebrantável; **ii)** de que essa norma inquebrantável precisa ser legitimada constantemente (sua legitimidade se renova diariamente), e; **iii)** essa ordem normativa precisa da vontade humana para se concretizar, pois, enquanto norma reguladora do Estado, este Estado nos convoca a dar-lhe vida e resolver as tarefas por ele colocadas -, conclui que a Constituição adquirirá força normativa quando: **a)** seu conteúdo corresponder mais

profundamente à natureza singular do presente, desenvolvendo sua força normativa, a saber, quanto mais a Constituição leve em conta seus elementos sociais, políticos, econômicos e o estado espiritual de seu tempo, e; **b)** sua práxis exprimir a "vontade de Constituição" por todos os partícipes da vida constitucional, de modo que os intérpretes da Constituição busquem interpretá-la sempre buscando a ótima concretização da norma, procurando, dentro das condições reais dominantes numa determinada situação, concretizar de forma excelente o sentido da proposição normativa (HESSE, 1991, pp. 21-23).

Para Fernando Facury Scaff (2018, p. 384), Konrad Hesse indicou que a vontade de Constituição tem por base três pressupostos: 1) quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa; 2) um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua *práxis;* 3) a interpretação tem um significado decisivo para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição. Em conclusão, observa Scaff que, para Konrad Hesse, "tais pressupostos [...] é que determinarão a força normativa da Constituição, que é, enfim, uma norma jurídica, dotada de eficácia, não devendo ser considerada [...] apenas uma folha de papel ao sabor dos fatores reais de poder" (SCAFF, 2018, p. 384).

No mesmo diapasão, observa Luís Roberto Barroso (2001, p. 68), a respeito da obra de Konrad Hesse, que a Constituição jurídica "não é apenas a expressão da realidade de cada momento. Graças a seu caráter normativo, ordena e conforma à sua vez a realidade social e política. Dessa coordenação entre o ser e o dever ser derivam as possibilidades e, ao mesmo tempo, os limites da força normativa de uma Constituição".

Sendo assim, e como destaca José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.150), a força normativa da Constituição pretende significar que ela, a Constituição, "é uma lei vinculativa dotada de *efectividade* e *aplicabilidade.* A *força normativa* da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei como lei deve ser aplicada".* E conclui o constitucionalista português:

> Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um "valor declaratório", uma "natureza de simples direcção política", um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis (CANOTILHO, 2003, p. 1.150).

Isto posto, há que se reconhecer que a Constituição da República possui força normativa e que, enquanto tal, toda ela é dotada de eficácia, ou, como descreve José Afonso da Silva (2002, p. 81), "não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos [...]". Mesmo as normas de eficácia limitada, assim classificadas[79] pelo citado autor, possuem eficácia jurídica, não sendo possível considerá-las apenas como simples programas, exortações morais, programas futuros, etc. Como destaca Canotilho (2003, p. 1.176), embora a garantia da força normativa da Constituição não seja tarefa fácil, sendo o direito constitucional um direito positivo - como de fato o é - ou seja, se a Constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade, para regular jurídica e efetivamente as relações da vida, bem como devem dirigir as condutas e dar segurança a expectativas de comportamento.

Outrossim, e diferentemente do que se possa pensar, o Direito Constitucional não é um direito sem sanção, mas, ao revés, as normas constitucionais, como as demais, articulam-se na dualidade típica preceito e sanção, seja do resultado direto da regra, seja do sistema em seu conjunto, com a especificidade de que, em Direito Constitucional, as sanções não se reduzem a uma pena ou uma execução civil, mas contam ainda com a sanção da responsabilização política (BARROSO, 2001, p. 87). E conclui o autor em referência que "as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa" (BARROSO, 2001, p. 89). Neste diapasão, destaque-se que o STF já reconheceu que a CF/88 possui força normativa (ED-RE 328.812/AM, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 02/05/2008) (BRASIL, 2008).

[79] É clássica a classificação tríplice de José Afonso da Silva (2002) em normas constitucionais de *eficácia plena,* normas constitucionais de *eficácia contida* e normas constitucionais de *eficácia limitada,* sendo que estas últimas se distinguem ainda em normas constitucionais de *princípio institutivo* e normas constitucionais de *princípio programático.* Para os fins desta pesquisa, a atenção será direcionada às normas constitucionais de *eficácia limitada de princípio programático,* que mais se relacionam com a discussão a respeito da força normativa da Constituição. Sobre a crítica à classificação desenvolvida por José Afonso da Silva, especialmente no que corresponde aos direitos sociais, recomenda-se a obra de Virgílio Afonso da Silva, "Direitos Fundamentais", 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, onde o autor demonstra, entre outros pontos, que tanto no aspecto legislativo, quanto no aspecto econômico, todas as normas constitucionais dependem, em maior ou menor grau, de uma regulação e/ou restrição, assim como todas elas demandam um custo, também maior ou menor, para o Estado, prejudicando a tese de que algumas normas constitucionais possuem eficácia plena porque independem de regulação legislativa ou não gerariam custos, bem como, que as normas constitucionais de eficácia limitada assim o são porque exigem regulação infraconstitucional ou custariam mais. Todas as normas constitucionais têm alguma limitação em sua eficácia (pp. 238-242).

Destarte, impera dizer que a Constituição da República de 1988 possui força normativa, e seu texto possui eficácia e deve ser realizado de maneira efetiva, sob pena das sanções previstas em leis específicas e, mais ainda, da sanção política trazida no bojo da Carta Magna. Não se tratam os preceptivos constitucionais de normas programáticas, cuja eficácia depende de regulação infraconstitucional, mas, mais que isso, são normas voltadas à concretização do Estado e para a regulação deste próprio Estado, de forma que sua desobediência deve ser combatida pelos atores responsáveis à interpretação da Constituição e pela sociedade, que é quem torna o Estado possível e é para quem o Estado se forma (DALLARI, 2000, p. 95).

Mas, se a Constituição possui força normativa, e as normas de direitos sociais se configuram em normas subjetivas que admitem sua juridicização, por que esta espécie de direitos fundamentais encontra tanta dificuldade para se efetivar?

Respondendo à pergunta, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 243), aponta duas principais dificuldades para a efetivação destes direitos: **i)** em primeiro lugar, a dificuldade de obter uma tutela jurisdicional satisfatória no âmbito dos direitos sociais reside no caráter coletivo desses direitos, e no fato dos procedimentos judiciais brasileiros não serem aptos a dar vazão a pretensões jurídicas de natureza coletiva, mas serem desenhados principalmente para pretensões individuais, e; **ii)** em segundo lugar, pela diferença apontada pela doutrina, e ainda mantida, entre as liberdades públicas e os direitos sociais, pois, enquanto os primeiros exigem, em geral, um não-fazer, os segundos exigem, também em geral, um fazer. Ou seja, enquanto o cerne das liberdades públicas repousa numa abstenção estatal, os direitos sociais demandam uma prestação do Estado, cujos custos geralmente são altos.

Outro ponto realçado pela doutrina diz respeito à eficácia das normas relativas a direitos sociais, pois, como é assente tanto na doutrina quando na jurisprudência, referidas normas seriam de eficácia limitada, programáticas, traçando princípios para serem cumpridos pelos órgãos estatais e inaugurando programas a ser por eles (órgãos estatais) observados, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2002, p. 138). Embora, como observa José Afonso da Silva (2002, p. 140), a doutrina recente busque “mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática”, a realidade demonstra que ainda há longo caminho a percorrer para a efetivação desses direitos.

É que os direitos a prestações não são vistos e /ou concebidos como direitos sociais originários, mas, para grande parcela da doutrina, configuram direitos sociais derivados, pelos quais se exige uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais sociais e o direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (CANOTILHO, 2003, p. 408). Por isso sua juridicização se daria apenas na forma de ações pleiteando a elaboração de legislação infraconstitucional para sua concretização, mediante ação direita de inconstitucionalidade por omissão (ADO) ou mandado de injunção (MENDES, 1999, p. 46 e SILVA, 2002, p. 145). Mas, enquanto direitos sociais derivados, não permitem sua juridicização para exigir diretamente do Poder Público a prestação constitucional positivada.

De outra sorte, também pelos direitos sociais fundamentais serem constituídos, em sua maioria, por normas programáticas de eficácia limitada (segundo a doutrina tradicional), sua positividade não implica no direito de exigir imediatamente as prestações neles previstas, mas significa, fundamentalmente: (1) vinculação permanente do legislador à sua realização (imposição constitucional), sob pena de omissão inconstitucional; (2) vinculação positiva de todos os órgãos responsáveis por concretizar o comando constitucional, tomando estas normas programáticas de direitos sociais como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição), e; (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, que terão como inconstitucionais quaisquer atividades que pratiquem contrárias às normas programáticas (CANOTILHO, 2003, p. 1.177). Ou seja, na qualidade de normas programáticas, os direitos sociais não configuram direitos imediatamente exigíveis, passíveis de judicialização pelos particulares.

Não obstante o peso doutrinário dos entendimentos acima demonstrados, a questão a respeito da efetividade das normas constitucionais tem merecido atenção de outra parcela de estudiosos do direito constitucional, que entendem que os preceptivos positivados na Constituição também podem ser considerados como direitos subjetivos no sentido clássico da acepção, de direito de ação, que permitem sua vindicação em juízo. Nessa esteira, assevera Luís Roberto Barroso (2001, p. 104), ao observar que:

> A idéia de direito subjetivo, embora situada na teoria geral do Direito, teve seu curso predominante no direito privado. Só mais recentemente se elaborou uma versão, por assim dizer, publicizada do conceito, ínsita à doutrina dos direitos difusos. Nada obstante isso, inexiste

> qualquer fundamento doutrinário que impeça a aplicação plena dos elementos e atributos do conceito clássico de direitos subjetivos ao Direito Constitucional.
> Assentada a premissa – que só não é mais óbvia pelo fato de ter sido historicamente negligenciada -, tem-se que as normas constitucionais definidoras de direitos enquadram-se no esquema conceitual retratado acima, a saber: dever jurídico, violabilidade e pretensão. Delas resultam, portanto, para os seus beneficiários – os titulares do direito – situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. Tais prestações são exigíveis do Estado ou de qualquer outro destinatário da norma (dever jurídico) e, se não foram entregar espontaneamente (violação do direito), conferem ao titular do direito a possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial.

Desta feita, as normas constitucionais, segundo a lição acima colacionada, podem configurar direitos subjetivos passíveis de reclamação judicial, na medida em que configuram prestações (dever jurídico) que, não realizadas (violação do direito), permitem sua postulação em juízo (pretensão). Se assim o é, não há motivos para negar aos direitos fundamentais sociais o caráter de direitos dedutíveis judicialmente, eis que “já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais” (BARROSO, 2001, p. 106). Ainda que o referido autor reconheça que os direitos sociais, por vezes, exigem prestações positivas e prestações legislativas estatais, ele observa que os tribunais pátrios têm tido disposição em dar efetividade às normas constitucionais sociais, superando por via judicial as omissões do Poder Público (BARROSO, 2001, p. 111).

Da mesma maneira, Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 196), ressalta a respeito dos direitos sociais que se se reconhece a eficácia jurídica e aplicabilidade imediata de tais normas, “um possível efeito (jurídico e concreto) do direito à saúde será até mesmo o reconhecimento de um direito subjetivo originário a prestações, ainda que não previstas em legislação infraconstitucional, já por força normativa constitucional”.

Portanto, possuindo a Constituição força normativa, a efetividade de suas normas diz respeito à pretensão de máxima realização, no plano da vida real, do programa normativo abstratamente estabelecido. Essa efetividade, derivada da força normativa da Constituição, significa, no âmbito da interpretação constitucional, prevalecer os pressupostos da Constituição na solução de problemas jurídico-constitucionais, garantindo sua eficácia e permanência; no âmbito estrutural, a força

normativa da Constituição parte da premissa que ela (Constituição), de forma mais ou menos limitada, contém sempre uma força própria capaz de motivar e ordenar a vida do Estado e da sociedade, que não se reduz às forças políticas e sociais, mas, antes, detém uma pretensão de eficácia, de que a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 197).

Por todo o exposto, os direitos sociais – dentre os quais estão o direito à saúde e ao seu financiamento -, na qualidade de normas constitucionais dotadas de força normativa, que lhes assegura eficácia e reclama sua efetividade, não podem ser considerados meros programas a serem realizados segundo a vontade do legislador e apenas quando há condições sociais e econômicas para sua concretização. São programas, sim, que devem ser concretizados gradualmente na sua máxima potencialidade possível ante o momento histórico e social em que se efetivam. Mas isso não significa conferir aos Poderes Executivo e Legislativo “carta branca” para o realizarem quando bem quiserem, ou segundo seus interesses políticos, eleitorais ou ideológicos. Pelo contrário, se os direitos sociais são regulados por normas programáticas, não se pode esquecer que estas normas vinculam o legislador a realizá-las, o administrador a executá-las e o julgador a garanti-las (CANOTILHO, 2003, p. 1.177), e não exclui sua pretensão em juízo, como adverte Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 575):

> Tal linha argumentativa, especialmente no que exclui qualquer possibilidade de dedução em juízo de um direito subjetivo originário a prestações (notadamente no caso das prestações de caráter material), não pode subsistir, seja em face do teor literal e compreensão dominante da norma contida no art. 5º, §1º, da CF, seja pelo fato de que os direitos sociais perderiam a sua condição de direitos fundamentais, caso seu objeto e a decisão sobre sua eficácia e efetividade ficassem integralmente (ainda que se reconheça o papel prioritário e indispensável do legislador para a efetividade dos direitos sociais) subordinados ao legislador, transformando-se tais direitos em direitos apenas na medida da lei.

Finalmente, e para dirimir quaisquer dúvidas a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde e ao seu financiamento, é pertinente trazer à baila lição de Élida Graziane Pinto, que, dedicando-se ao estudo específico do financiamento dos direitos à saúde e à educação, destaca que “não só cabe controle para assegurar a conformidade constitucional da execução orçamentária federal com as ações e serviços públicos em Saúde e com o dever de manutenção e desenvolvimento do ensino no Brasil, como há diversas hipóteses de controle”

(PINTO, 2015, p. 234). E aponta, entre outras medidas de controle do financiamento público da Saúde e da educação, que o próprio cidadão pode:

> Defender individualmente seus direitos fundamentais (em especial, vale citar os direitos prestacionais), quando se configurar no caso concreto lesão (ou ameaça de lesão), seja por ação ou omissão, diante dos rearranjos orçamentários (defendidos em nome do sempre necessário ajuste fiscal do Governo Federal) que impliquem retrocesso social e afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (PINTO, 2015, p. 235).

Em conclusão, procurou-se demonstrar neste tópico que tanto o direito à saúde, quanto o direito ao financiamento da Saúde, nos moldes prescritos pela Constituição da República (e que é o objeto de estudo deste trabalho), são direitos carregados de fundamentalidade e que, positivados na Constituição, possuem força normativa que lhes permite serem demandados judicialmente, não apenas nos moldes clássicos preconizados pela doutrina, de direitos subjetivos juridicizados apenas pela via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) ou mandado de injunção, visando garantir a elaboração de normas infraconstitucionais para os torná-los exercitáveis (inclusive em juízo), mas inclusive segundo o conceito clássico de direito subjetivo, de pretensão dedutível perante o Poder Judiciário, na medida em que as prestações previstas no texto constitucional possuem essa força normativa que reclama sua efetividade, e que, quando não concretizadas, como é no caso do descumprimento do investimento mínimo em ações e serviços públicos de Saúde, pelo Governo Federal, caracterizam retrocesso social e ofensa à dignidade da pessoa humana, que devem ser combatidas de todas as maneiras, inclusive pelo exercício de ação judicial individual e/ou coletiva, buscando sua realização efetiva.

O potencial descumprimento do investimento mínimo constitucional em Saúde, verificado no segundo capítulo deste trabalho, não pode continuar sendo perpetrado pela União, que tem se omitido em sua função primordial de efetivar a ordem constitucional e exprimir a “vontade de Constituição” revelada por Konrad Hesse, agindo de variadas formas para negar o direito à saúde constitucionalmente positivado e que é exigível inclusive judicialmente. Considerado que a Carta da República possui força normativa, como inclusive reconhecido pela Corte Constitucional brasileira, há que se efetivar os comandos nela inseridos, nos exatos moldes nela previstos.

3.2 O NÃO-INVESTIMENTO EM SAÚDE À LUZ DO CONCEITO DE SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Se o direito à saúde e, em específico para este trabalho, ao seu regular financiamento se caracteriza como direito fundamental social (ainda que não inscrito no catálogo de direitos fundamentais preconizado pela CR/1988), assim o é porque ele possui um suporte fático que descreve uma conduta que, quando cumprida ou descumprida, concretiza a hipótese prevista em abstrato e faz incidir o comando nele (suporte fático) descrito.

Com efeito, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 65) observa que suporte fático é conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro, embora seja comumente usado no direito penal (onde é chamado de "tipo") e no direito tributário (onde é denominado "fato gerador" ou "hipótese de incidência"), mas tem uso pouco comum em direito constitucional. Embora seu uso seja mais comum entre penalistas e tributaristas, entre os civilistas seu uso é difundido, destacando Paulo Lôbo (2014, p. 25), com fundamento em Pontes de Miranda, que a norma jurídica possui um suporte fático abstrato que é a hipótese normativa, que pode ser concretizada por uma ação ou omissão que a faça incidir.

Robert Alexy (2017, p. 306) observa que o suporte fático dos direitos fundamentais é composto de âmbito de proteção (que será amplo ou restrito, este último em contraposição ao primeiro e cuidando exclusivamente do "bem protegido") e intervenção, utilizando a a ideia de contraposições na análise de controle de constitucionalidade dos direitos fundamentais: não basta apenas tratar-se de um bem protegido ou de uma intervenção para que seja declarada a inconstitucionalidade de um ou de outro. É necessário verificar se a intervenção no bem protegido por um direito fundamental é primariamente proibida por este mesmo direito fundamental ou se não há essa proibição, oportunidade em que a intervenção será legítima (ALEXY, 2017, p. 306)[80].

Explicando o conceito de âmbito de proteção, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1.203) anota que significa a delimitação intencional e extensional dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma, de modo que este âmbito é,

[80] Alexy apresenta o seguinte enunciado para o quanto dito aqui: *E* (intervenção) → *F* (proibição), donde decorre *F* → *E.* ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2. ed., 5. tir. – São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 306.

tendencialmente, o resultado proveniente da delimitação dogmática feita pelos órgãos ou sujeitos concretizadores através do confronto de normas do direito vigente. Dessarte e, segundo o conceito exposto por Canotilho, pode-se compreender que o âmbito de proteção implica em delimitações a direitos, que também poderiam ser aplicadas (as limitações) aos direitos fundamentais, como ressalva Gilmar Ferreira Mendes:

> Embora não haja mais lugar para dúvida quanto ao efeito vinculante dos direitos fundamentais em relação ao legislador, as normas disciplinadoras dessas situações remetem, não raras vezes, à lei, que poderá, assim, estabelecer restrições ao âmbito de proteção desses direitos (MENDES, 1997, p. 37).

Outrossim e, observado que o conceito de âmbito de proteção compõe a ideia de suporte fático, verifica-se que este (suporte fático) pode ter um caráter delimitador dos direitos fundamentais, configurando um suporte fático restrito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, informa Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 86) que Friedrich Müller é um dos autores que com maior clareza defendem um suporte fático restrito para os direitos fundamentais, destacando que:

> Em linhas gerais, pode-se dizer que, segundo Müller, a tarefa principal da dogmática dos direitos fundamentais é a precisa delimitação da amplitude fática de cada um desses direitos. A partir dessa delimitação, que define o que é protegido por cada direito fundamental e o que não é, muitos casos que aparentemente configurariam uma situação de colisão entre direitos não passariam de casos de *colisão aparente.* Definir o conteúdo daquilo que é protegido por cada direito fundamental é, portanto, o mesmo que definir seus *limites* (SILVA, 2010, p. 86).

Portanto e, segundo as lições de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 87), baseadas no escólio de Müller, a interpretação do *programa da norma* e a definição do *âmbito da norma* seriam suficientes para definir, ao mesmo tempo, o *conteúdo* e os *limites* de cada direito fundamental[81], de maneira que a questão dogmática principal não diz respeito a saber por meio de quê um direito fundamental pode ser restringido,

[81] Diz Friedrich Müller (2011, p. 238): "Âmbito normativo e programa normativo não são meios para encontrar, à maneira do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o 'verdadeiro sentido' dos textos normativos em termos do tipo definido e juridicamente 'correto' do uso da língua no respectivo contexto normativo. A função de escolha e de delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixá-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma.". Para mais informações, veja-se MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito - 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

mas qual é a extensão de sua validade, que deve ser desenvolvida a partir da análise do âmbito da norma.

Se Friedrich Müller defende a utilização de um suporte fático restrito para os direitos fundamentais, por outro lado Alexy adota posição a favor de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais, que incluirá no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção (ALEXY, 2017, p. 322). Para o trabalho aqui desenvolvido, que se volta à discussão do caráter de direito fundamental do financiamento das ações e serviços públicos de Saúde, esta teoria é a que mais se encaixa ou interessa, pois é necessário se valer de tudo aquilo que milita em favor dos direitos fundamentais para que ele (financiamento da Saúde) possa ser devidamente protegido.

Não se desconhece, contudo, que a adoção de uma teoria ampla do suporte fático possa acarretar uma "constitucionalização de todo o direito" ou uma expansão dos direitos fundamentais que traria consigo uma excessiva ampliação da competência da Corte Constitucional brasileira (ALEXY, 2017, p. 326), mas a este respeito há dois pontos que merecem ser considerados: **i)** o primeiro, descrito pelo próprio Alexy, de que a adoção de uma teoria ampla do suporte fático não significa uma proteção definitiva dos direitos fundamentais, mas sim que todos eles (direitos fundamentais) possuem uma proteção definitiva *prima facie* – que será confirmada mediante o sopesamento entre uma razão para sua proteção constitucional ou um sopesamento que indique não se tratar de uma discussão constitucional (donde surge a distinção entre casos de direitos fundamentais *reais* e casos de direitos fundamentais *potenciais,* conduzindo a um *modelo em dois âmbitos*) (ALEXY, 2017, p. 326); **ii)** o segundo, de que num país de tradição privatista como o Brasil, onde o debate e a aplicação do direito constitucional - sem embargo de todos os notórios constitucionalistas pátrios que tivemos e temos e sua prolífica produção científica – ainda é recente[82], a despeito da promulgação da Constituição da República há mais

[82] Veja-se o relato de Luiz Antonio Rizzatto Nunes (Revista do Advogado, ano XXVII, dezembro de 2007, nº 95, pp. 119-135): "Estava eu numa sessão do Órgão Especial do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil, ao qual pertencia, quando, durante o julgamento de um caso, fiz uma objeção de ordem constitucional. Após a sessão, um amigo meu, que também fazia parte do mesmo órgão, veio me dizer que um dos juízes, após minha colocação, disse a ele referindo-se a mim: 'Você não é amigo dele? Então, fala pra ele mudar de assunto. Toda hora ele aparece com esse negócio de Constituição Federal. Ele só pensa nisso.' (Pois é: fui acusado de me preocupar demais em aplicar a Constituição Federal... E não foi só essa vez!)". Esse relato retrata o quanto se observou sobre a tradição brasileira de aplicação do direito privado e como a aplicação do direito constitucional ainda é recente, a despeito de sua promulgação há mais de trinta anos.

de trinta anos, não parece equivocado militar a favor de uma teoria ampla do suporte fático, que garanta, ao menos primariamente, que todos os direitos fundamentais têm uma proteção definitiva, que permita uma ampla discussão a respeito de colisões e concorrências e possibilite a discussão jurídica à luz do texto constitucional. Possivelmente este é um caminho a ser seguido para que se possa obter a efetividade das normas constitucionais.

Para o que importa ao presente trabalho, serão invocados os conceitos de suporte fático desenvolvidos por Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 67), que apresenta dois conceitos (o que também é observado por Alexy): suporte fático *abstrato* e suporte fático *concreto*. O primeiro diz respeito aos "fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica"; o segundo se refere à ocorrência concreta dos fatos ou atos que a norma jurídica abstrata juridicizou.

Desta maneira e, segundo o aprofundamento empreendido pelo referido autor, para além do do conceito de suporte fático de Alexy, Virgílio propõe um modelo alternativo mais amplo de suporte fático dos direitos fundamentais, composto não apenas de âmbito de proteção e intervenção (em geral estatal), mas também da *ausência de fundamento constitucional na intervenção* (SILVA, 2010, p. 74). Como observa Virgílio Afonso, se a intervenção estiver acompanhada de um fundamento constitucional para sua existência, então não se está diante de uma intervenção que demande sua invalidade e retorno ao estado anterior, mas sim de restrição constitucional a direito fundamental.

Outrossim, o autor parte da premissa de que o suporte fático é composto pelo âmbito de proteção (AP) e pela intervenção estatal (IE). Contudo, a legitimidade da intervenção estatal depende da existência (ou não) de fundamentação constitucional (FC) para a intervenção. Destarte, tomando "x" como uma ação, um estado ou uma posição jurídica, ante a existência do âmbito de proteção de "x" (APx), a intervenção estatal sobre "x" (IEx) será legítima quando houver fundamentação constitucional (FCx), pois se estará diante de restrição constitucional à direito fundamental (o direito fundamental é restringido pelo próprio direito constitucional). De outro lado, quando não houver fundamentação constitucional (não-FCx) para a intervenção estatal sobre "x" (IEx), estará configurada hipótese de violação à direito fundamental, que encerra

a consequência jurídica (CJ) prevista pela norma de direito fundamental (SILVA, 2010, p. 75).[83]

O conceito acima formulado se refere às liberdades públicas, e o estudo aqui realizado tem relação com direitos sociais, que são direitos a prestações e, na espécie, direito ao regular financiamento das ações e serviços públicos de Saúde. Desta forma, será o conceito apresentado suficiente à descrição do suporte fático desta categoria de direitos?

Nas liberdades públicas toda intervenção (em regra, estatal) que não tenha supedâneo em fundamento constitucional deve ser cessada, retornando-se ao estado anterior; nos direitos sociais (que são direitos a prestações) a fundamentação constitucional possui caráter distinto, pois como os direitos sociais exigem uma ação estatal, caso esta não exista ou seja insuficiente, a não-ação do Estado só será válida se houver fundamento constitucional para que não seja realizada. Significa dizer: nos direitos sociais o que deve ser fundamentada é a omissão ou ação insuficiente pelo ente estatal (SILVA, 2010, p. 78).

Sendo assim, o suporte fático dos direitos sociais é composto de ações estatais que fomentem a realização destes direitos[84] (âmbito de proteção); a intervenção, aqui, assume o caráter de não-ação ou ação insuficiente pela entidade estatal (Intervenção), e; a fundamentação constitucional vem no sentido de demonstrar por que houve a omissão estatal ou sua ação foi insuficiente (fundamentação constitucional). Disto se extrai, de acordo com Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 78), que se *x* é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DSx), e a omissão estatal em relação a *x* (IEx) não é fundamentada constitucionalmente (não-FC), então, a consequência jurídica (CJx) deve ser o dever de realizar *x* (Ox) - sendo "O" o operador deôntico para dever.

Isto posto, qual a relevância então do conceito de suporte fático para a discussão a respeito do financiamento de ações e serviços públicos de Saúde, em especial do conceito de suporte fático dos direitos sociais?

---

[83] O enunciado lógico proposto pelo autor é *(x)(APx /\ FC(IEx) ↔ OCJx)*. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 75.

[84] O enunciado lógico do quanto exposto pode ser definido por *(x)(DSx /\ FC(IEx) ↔ Ox)*. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 78.

A resposta é que o desenvolvimento do conceito de suporte fático para verificação do adequado financiamento das ações e serviços públicos de Saúde é relevantíssimo, pois se o conceito de suporte fático dos direitos sociais é composto de (1) âmbito de proteção (direito fundamental à saúde, em específico ao regular financiamento das ações e serviços públicos de Saúde), de (2) intervenção estatal (nos direitos sociais, a ausência de fomento e concretude destes direitos) e de (3) fundamentação constitucional (em direitos sociais, o fundamento constitucional deve ser para explicar a omissão ou insuficiência estatal), ao se verificar que o financiamento da Saúde Pública está abaixo do quanto determinado pela CR/1988, sem um devido e correto fundamento constitucional para que regras estabelecidas pela Constituição sejam efetivamente cumpridas, constata-se uma violação a direitos fundamentais à Saúde e ao seu financiamento, o que demanda a implementação de medidas eficazes pelo poder público, sem embargo da exigência de medidas coercitivas do agente público omisso pois, como já se observou, as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa (BARROSO, 2001, p. 89).

O resultado do descumprimento do texto constitucional, que estabelece percentual mínimo de aplicação em ações e serviços públicos de Saúde, à luz do conceito de suporte fático dos direitos fundamentais demonstra haver violação do direito fundamental à saúde e ao seu financiamento, garantido pela CF/1988 (âmbito de proteção), sem a correspondente fundamentação constitucional que dê suporte a esta omissão estatal (intervenção) ou explique os investimentos abaixo do nível prescrito pelo constituinte.

No mesmo diapasão, a constatação pelo CNS de que os valores aplicados em Saúde Pública ficaram aquém dos níveis determinados pela CR/1988 corroboram a ideia de violação do direito à saúde e ao seu correto financiamento, pois, partindo do conceito de suporte fático dos direitos sociais, não há fundamentação constitucional que explique o investimento abaixo dos níveis previstos pela legislação de regência (CF/88 e LC 141/12), caracterizando intervenção estatal derivada de sua omissão em fomentar este direito social.

Portanto, e à luz do conceito de suporte fático dos direitos fundamentais sociais, verifica-se haver violação dos direitos fundamentais à Saúde e ao seu financiamento não apenas pela previsão do primeiro (Saúde) no rol dos direitos constitucionais (o que seria suficiente para sua proteção), e do caráter de direito fundamental que possui

o segundo (financiamento das ações e serviços públicos de Saúde). A violação aqui indicada decorre da demonstração lógica de que estes direitos constituem um suporte fático, composto de elementos que, quando preenchidos, concretizam uma consequência jurídica.

Como o investimento em ASPS não tem ocorrido nos moldes prescritos pela Constituição Federal, nem há fundamento constitucional adequado para sua não-realização, então se está diante de uma situação que desencadeia uma consequência jurídica, que deve ser o dever de realizar este direito ao regular financiamento da Saúde. Ademais, verificada a omissão estatal no correto financiamento das ações e serviços públicos de Saúde, e aludida omissão não possuir fundamento (o que parece não haver, de acordo com a pesquisa até aqui empreendida), então surge uma margem para a atuação do Poder Judiciário nesse âmbito (SILVA, 2010, p. 251). É a respeito dessa margem de atuação que se debruçará o próximo tópico deste trabalho, abordando a atuação judicial para cumprimento dos direitos sociais através da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

3.3 EFEITO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL (ECI)

Segundo os dados e argumentos até aqui apresentados, verificou-se que o Brasil conta com um regime jurídico de vinculação de receitas destinadas ao financiamento da Saúde (capítulo 1) que, não obstante sua importância para a concretização do direito fundamental constitucional à saúde, tem sofrido alterações que apontam para uma diminuição da verba destinada para esse fim. Ademais, os dados pesquisados e apurados (capítulo 2) reforçam tanto que a receita destinada às ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) tem diminuído, quanto que ao longo do período pesquisado (2014-2016) não houve o cumprimento efetivo do comando constitucional de financiamento dessas ASPS, destinando-as valores abaixo dos percentuais mínimos prescritos pelo texto constitucional e sem explicação constitucional adequada para este subfinanciamento da Saúde Pública.

Por outro lado, também se verificou (capítulo 2) que o descumprimento dos preceptivos constitucionais pode desencadear sanções ao chefe do Poder Executivo (crime de responsabilidade, improbidade administrativa e denúncia internacional), bem como que o direito à saúde e ao seu financiamento são direitos fundamentais que perfazem um suporte fático e, quando devidamente preenchido, constituem

direitos definitivos que têm como consequência jurídica o dever de serem cumpridos/efetivados pelo Estado, sob pena de caracterizar omissão estatal infundada que dá margem à atuação judicial.

É sobre a atuação judicial que busca superar a omissão estatal infundada que este trabalho se dedicará neste momento. Verificado que o subfinanciamento das ações e serviços públicos de Saúde não possuem fundamento constitucional adequado para sua não consecução - que caracteriza omissão inconstitucional (segundo a análise do suporte fático dos direitos fundamentais sociais) e abre espaço para atuação judicial que vise superar essa omissão -, é que se faz necessário seu estudo. Mas não o estudo da atuação judicial que se dedica aos reclamos individuais e às demandas que deram ensejo àquilo que a doutrina denominou de “judicialização da Saúde”, que tem demandado os mais variados estudos a seu respeito.

Com efeito, esta pesquisa se dedicará a partir deste momento ao estudo do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Sobre o tema, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), em livro publicado oriundo de sua tese de doutoramento, realizou pesquisa de fôlego a respeito do ECI partindo de uma análise da omissão inconstitucional verificada pela doutrina constitucionalista pátria; avança pela falta de efetividade dos direitos fundamentais inscritos na CR/88, que deságua na declaração do ECI; apresenta proposta teórica para observação e declaração do referido mecanismo (ECI); discute o pretenso ativismo judicial que a doutrina do ECI pode caracterizar, e; encerra seu estudo apontando uma agenda para ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o ECI e sua utilização pela Corte Constitucional brasileira.

A doutrina estrangeira também tem se dedicado ao estudo do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Na América do Sul, é possível destacar, dentre outros doutrinadores, os trabalhos produzidos por César Rodríguez Garavito, que tem se dedicado ao estudo desse instituto jurídico e como ele tem funcionado nos tribunais sul-americanos para a resolução de problemas considerados “estruturais”, que exigem a atuação conjunta e coordenada dos Poderes da República para solucionar violações massivas e constantes de direitos fundamentais.

Com efeito e, observando que o ECI é mecanismo judicial criado pela Corte Constitucional da Colômbia baseado nas *structural injunctions* (injunções estruturais) norte-americanas, que propõem a promoção de ações judiciais estruturais no lugar de ações judiciais individuais e a prolação de sentenças dialógicas no lugar das

tradicionais sentenças declaratórias, constitutivas ou condenatórias [85] , Carlos Alexandre de Azevedo Campos apresenta seu conceito de Estado de Coisas Inconstitucional nos seguintes termos:

> [...] técnica de decisão por meio da qual Cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falha estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional (CAMPOS, 2016, p. 187).

Zambrano (2016, p. 93) observa que se houver uma vulneração repetida aos direitos fundamentais, que afeta inúmeras pessoas e cuja solução requer a intervenção de diferentes entidades para atender problemas estruturais, e a Corte Constitucional assim estima estar provado, declarará a existência de um Estado de Coisas Inconstitucionais com o objetivo de ordenar melhorias às pessoas que tenham interposto ações de tutela (e às que não a tenham interposto mas estão imersas na mesma situação), para alcançar a proteção de seus direitos fundamentais, de modo que a Corte Constitucional atua para evitar a vulneração de direitos fundamentais gerados a partir da omissão ou atuação ineficiente do Estado.

Para Páez (2012, p. 244), a doutrina do ECI se instituiu como uma solução que o juiz constitucional adota ante a constatação de que as causas de uma desproteção generalizada de direitos fundamentais decorre de causas estruturais do Estado, motivo pelo qual expede ordens às autoridades administrativas tendentes a remediar a situação inconstitucional e que obedeçam o entendimento manifestado pelo tribunal sobre as falidas ou inexistentes políticas públicas que deveriam ser aplicadas para garantir os direitos fundamentais violados.

Dos conceitos acima destacados, pode-se verificar que o ECI se trata de técnica decisória proferida por Cortes e juízes constitucionais que, diante situações de massiva e perene violação de direitos fundamentais derivada de omissão

---

[85] A respeito da classificação das sentenças, veja-se Daniel Amorim Assumpção Neves, Manual de direito processual civil – Volume único, 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 821, que explica: "Trata-se da teoria ternária (trinária) da sentença, defendida por substanciosa corrente doutrinária que segue as lições de Liebman. Contrapõe-se a essa tradicional corrente doutrinária a teoria quinaria (quíntupla) da sentença, defendida por doutrinadores que seguem as lições de Pontes de Miranda, fundada no entendimento de que, além das três espécies de sentença descritas pela teoria ternária, existem ainda as sentenças executivas *lato sensu* e as sentenças mandamentais, o que resultaria num total de cinco espécies de sentença.".

inconstitucional não justificada e que não materializa os objetivos descritos nos textos das Constituições, expedem ordens dialógicas aos demais órgãos e autoridades públicas buscando a superação da realidade inconstitucional.

Para o presente estudo, que analisa o descumprimento da União em investir o percentual mínimo em ASPS fixado pela Constituição, chama a atenção para a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional na Saúde Pública os seguintes pontos: **i)** a análise da omissão e inefetividade do texto constitucional de uma nova perspectiva, que supere a visão tradicional até aqui existente; **ii)** como essas omissão e inefetividade do texto constitucional caracterizam um ECI, principalmente quando se trata de direitos sociais, como o direito à saúde; **iii)** quais os pressupostos para a fixação do ECI derivado da omissão e inefetevidade inconstitucionais, sua estrutura, seus efeitos e quando esse Estado Inconstitucional poderá ser superado após sua declaração, e; **iv)** se a declaração de ECI pela Corte Constitucional é forma de ativismo judicial, ou passa mais pelo reconhecimento da necessidade uma jurisdição dialógica, inclusive com participação popular.

Tratando do aspecto da omissão e inefetividade dos direitos fundamentais inscritos na CR/88, que estão umbilicalmente interligadas, Campos (2016, pp. 59 e 65) verifica haver dois pontos que caracterizam omissão inconstitucional que podem dar ensejo à declaração de um ECI, quais sejam: a aludida inefetividade dos direitos fundamentais não decorre da estrutura de seus enunciados normativos, mas sim da atuação da norma constitucional, e; o problema perpassa pela efetividade dos direitos fundamentais, e não pela eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais.

Como observa o autor em referência, a estrutura dos enunciados normativos constitucionais e sua tipologia heterogênea (que a doutrina tradicional classifica como normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada)[86] possuem importância para identificação da omissão inconstitucional (da espécie omissão legislativa), mas não podem ser os únicos critérios para identificação dessa omissão, haja vista que, a lacuna estatal não viola apenas um enunciado normativo constitucional, mas impede a atuação concreta da norma constitucional correspondente e do direito fundamental a ela vinculado (CAMPOS, 2016, p. 56).

[86] Cf. nota 78, trazendo a classificação de José Afonso da Silva a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais. Para mais informações, veja-se SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Desta forma, aponta o referido autor que o primeiro grande equívoco cometido pela doutrina tradicional sobre omissão inconstitucional decorre da atenção dirigida exclusivamente aos enunciados normativos como objeto do processo de interpretação e aplicação da Constituição, e não como parte de um processo interpretativo que será preenchido por outros elementos (como a própria realidade social)[87], pois, por uma análise puramente gramatical, a omissão inconstitucional apenas pressuporia os preceptivos tipificados como de eficácia limitada, não autoaplicáveis e que preveem expressamente sua complementação legislativa (CAMPOS, 2016, p. 59). Assim, observa o mencionado autor que "a doutrina tradicional ignora que a efetividade dos direitos fundamentais depende mais das circunstâncias fáticas de aplicação do que das estruturas textuais mediante as quais são formulados" (CAMPOS, 2016, p. 59).

Pelo ponto de vista supracitado, a doutrina constitucionalista tradicional encerra vício metodológico que resulta em visão estreita, insuficiente e irreal sobre o tema, e enfraquece a proteção dos direitos fundamentais na medida em que "a estrutura semântica do enunciado constitucional nunca será garantia do implemento do direito fundamental enunciado" (CAMPOS, 2016, pp. 60; 62).

De fato, a concretização de direitos fundamentais não decorre apenas da estrutura semântica e gramatical dos preceptivos constitucionais, que indicariam haver omissão inconstitucional apenas e/ou principalmente quanto às chamadas normas de eficácia limitada ou normas programáticas. Isto porque a omissão legislativa inconstitucional pode pressupor enunciado constitucional de direitos fundamentais do tipo eficácia normativa plena e aplicabilidade imediata, pois a atuação concreta desses enunciados é modelada e condicionada pelas limitações fáticas e institucionais envolvidas nos processos de concretização (CAMPOS, 2016, p. 60). A este respeito, Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 230-233) já observou, ao

[87] A respeito, anota Friedrich Müller (2011, pp. 187;191-192): "A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria 'dado' com a forma linguística da disposição. A realidade como conglomerado de elementos heterogêneos juridicamente desordenados e a serem unidos pelo comando normativo pode ser, então, contraposta a uma 'norma' assim isolada. O âmbito normativo, não reconhecido pela teoria normativa como parte integrante da norma, pertence, portanto, indistintamente ao mundo abstratamente visto da facticidade. [...] O direito não é idêntico ao texto literal da disposição legal. [...] Principalmente no direito constitucional os pontos de vista da concretização devem frequentemente ser deduzidos do texto normativo apenas numa pequena escala. A aplicação, de modo decisivo, vai além do texto normativo; não vai, porém, além da norma, cuja normatividade concreta deve justamente ser salientada apenas para o caso particular.".

analisar o modelo tripartite elaborado por José Afonso da Silva de divisão das normas constitucionais segundo sua eficácia, não existir norma constitucional que não dependa de alguma espécie de regulamentação e que não seja suscetível de algum tipo de restrição, concluindo não existir, ao menos no plano da eficácia, “normas bastantes em si mesmas”.

Para exemplificar a proposição acima (na qual Carlos Alexandre de Azevedo Campos se aproxima), Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 232-233) propõe a seguinte pergunta: qual seria a diferença, no plano da eficácia estritamente jurídica (como descreve José Afonso da Silva), de um lado, uma norma que garanta o sufrágio universal e eleições livres, cujo voto tenha igual valor para todos (art. 14, CF) e, de outro, uma norma que garanta a todos o direito à saúde (art. 6º, CF)? Responde Virgílio Afonso da Silva:

> Segundo o modelo que se está aqui analisando – *eficácia* segundo José Afonso da Silva -, a diferença é bastante simples: a primeira seria uma norma de eficácia plena, e que não depende, portanto, de regulamentação para produzir os efeitos pretendidos; enquanto a segunda seria uma norma de eficácia limitada, cuja produção plena de efeitos depende de atuação estatal. Segundo a tese que aqui se defende, é possível dizer, em primeiro lugar, que no plano do texto constitucional nada as diferencia e, em segundo lugar, que no plano da possibilidade de produzir os efeitos desejados a diferença eventualmente existente não se encontra na dicotomia *necessidade/desnecessidade* de regulamentação e de ação estatal.
> [...]
> Como se percebe, nem uma nem outra das normas são *bastantes em si mesmas. Todas elas dependem da ação estatal para produzir efeitos.* A diferença básica entre elas está não no plano jurídico-analítico, mas no plano jurídico-empírico. No primeiro caso (*sufrágio*) as necessárias condições institucionais, legais e financeiras já existem, pois já existe um órgão que organiza eleições, já existem juntas e seções eleitorais, já existem funcionários para trabalhar nesses órgãos e pessoas para trabalhar nos dias de eleição, já existe dotação orçamentária suficiente para a organização das eleições etc. Preenchidas essas condições – *e somente assim* – é que a norma contida no art. 14 da constituição é ‘capaz de produzir efeitos’. Já no caso do *direito à saúde* as condições institucionais, legais e, sobretudo, financeiras não são ideais: faltam um plano de carreira e bons salários para atrair médicos, faltam recursos para comprar medicamentos e material hospitalar etc. Diante dessas condições – *e apenas por isso* -, a norma que garante o direito à saúde não é capaz de produzir os efeitos desejados (SILVA, 2010, pp. 232-234) (grifos do original).

Isto posto, o que diferencia o conteúdo das normas está mais relacionado a um dado da realidade (plano jurídico-empírico) do que a um dado semântico (plano jurídico-analítico), de modo que a omissão inconstitucional tem menos relação com a

estrutura do enunciado normativo e mais com a estrutura concreta necessária à eficácia do preceito da Constituição. Daí Campos (2016, pp. 60-61) observar que a doutrina tradicional se equivoca ao não distinguir ontologicamente enunciado normativo (fragmento do texto constitucional a ser interpretado) e norma jurídica (comando normativo resultado do processo interpretativo do texto legal) e em não relacionar a omissão legislativa inconstitucional à deficiência ou insuficiência da atuação da segunda (elaboração da norma jurídica aplicável ao caso concreto).

Sim, pois, independentemente da configuração semântica do dispositivo constitucional (eficácia plena, contida ou limitada), sua efetividade como norma jurídica não pode ser alcançada sem a intervenção legislativa (regulamentação), que capta apenas parcela da realidade para definição do âmbito normativo; contudo, apenas a partir da interpretação do preceptivo constitucional e seu encontro com o segmento da realidade por ele regulado e submetido à hipótese concreta é que se terá norma jurídica (CAMPOS, 2016, p. 62-63). E é a partir desse encontro entre texto normativo e parcela da realidade material que se verificará a eficácia das normas constitucionais: ainda que a norma seja de eficácia plena e autoaplicável, em não havendo os elementos materiais necessários para sua concretização, estar-se-á diante de lacuna legislativa que caracteriza omissão inconstitucional.

Disto decorre a observação de Campos (2016, p. 64), de que a omissão inconstitucional pressupõe a falta de condições materiais para o gozo dos direitos fundamentais no momento de atuação concreta da norma constitucional, ainda que a estrutura semântica dos enunciados normativos não exija complementação legislativa. Destaca o autor em comento:

> [...] o fenômeno da omissão inconstitucional deve vincular-se ao momento de atuação concreta das normas jurídico-constitucionais. Desse modo, a inércia ou a insuficiência no estabelecimento das condições necessárias, até mesmo imprescindíveis, diante de contextos sociais e institucionais particulares, para o gozo dos direitos fundamentais configuram inação normativa inconstitucional, inclusive a legislativa, passível de correção ou superação judicial, também nos casos de “normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata” (CAMPOS, 2016, p. 65).

Portanto, a omissão inconstitucional tem mais relação com a atuação da norma constitucional (elementos materiais para sua concretização) do que com a estrutura semântica e gramatical dos preceptivos constitucionais (eficácia plena, contida e limitada), pois, ainda que se trate de norma de eficácia plena, inexistindo os elementos materiais para sua concretização (v.g., a ausência de elementos concretizadores do

direito ao sufrágio), poderá haver omissão inconstitucional, legislativa e/ou político-administrativa, que poderá ser sanada por atuação judicial.

Intrinsicamente ligada à questão da estrutura dos enunciados normativos da Constituição, está a discussão da própria efetividade dos direitos fundamentais, que também vai além da avaliação da eficácia dos dispositivos constitucionais e tem mais relação com o propósito de dar concretização aos objetivos inscritos pelo legislador constituinte. Socorrendo-se uma vez mais de Konrad Hesse (1991, p. 14), “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.

A discussão sobre os aspectos jurídico-formais das normas constitucionais, por muito tempo, foi fundamento para uma limitação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, à medida em que se invocava a eficácia limitada ou o caráter programático dos preceptivos da Constituição para não se reconhecer um direito ou não impor ao Poder Público a concretização de suas diretrizes. Como observa Campos (2016, p. 66), é como se o caráter autoaplicável desses enunciados servisse de salvo-conduto para que o legislador, ou quem lhe fizesse às vezes, pudesse permanecer inerte na hipótese de fracasso da concretização dos direitos fundamentais.

Em verdade, a inefetividade dos direitos sociais se refere menos a um salvo-conduto ao legislador, mas, como observa Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 306), tem mais relação com a impossibilidade de elaboração de formulações de caráter concreto, que correm o risco de ser rapidamente superadas por mudanças na conjuntura socioeconômica e se encontrariam em constante conflito com a necessária estabilidade da Constituição.

Contudo, como observa Carbonell (2009, p. 68), não há dúvidas que a determinação do conteúdo dos direitos sociais são um obstáculo para sua efetividade, mas devem ser superadas para torná-los plenamente normativos, não sendo um problema insuperável, pois sua abertura semântica não pode significar, por si só, uma perda dos efeitos normativos que podem derivar dos direitos sociais.

De toda forma, no que tange aos direitos sociais e, especificamente ao direito à saúde, é necessário substituir o critério da eficácia jurídico-formal adotado pela doutrina tradicional para tratar da eficácia dessa espécie de direitos, por outro de inclinação mais material, que dê conta da amplitude de situações nas quais a

efetividade e/ou realização prática dos direitos fundamentais possa ser ameaçada (CAMPOS, 2016, p. 70). Essa amplitude de situações que prejudicam a efetividade dos direitos sociais pode ocorrer das seguintes maneiras, como observa Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

> No caso dos direitos sociais e econômicos, a falta de efetividade pode decorrer da ausência de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias, implicando a ineficiência de políticas públicas. As falhas de coordenação, a indiferença do legislador, a ineficiência da administração e a insuficiência orçamentária formam um conjunto de vícios estatais que impedem a efetivação desses direitos. São circunstâncias que podem implicar violações a direitos fundamentais independentemente do caráter semântico-estrutural das normas constitucionais sobre direitos sociais e econômicos (CAMPOS, 2016, p. 70).

Denota-se do excerto acima que falhas de coordenação, ineficiência administrativa e insuficiência orçamentária - esta última verificada ao longo desta pesquisa, que atingem as ASPS e prejudicam a concretização do direito à saúde previsto no texto constitucional, implicando violação ao direito fundamental à saúde -, caracterizam omissão inconstitucional que se relaciona mais com a efetividade da Constituição do que com os critérios semânticos-estruturais das normas de direitos sociais fundamentais. Ou seja, o critério de identificação da omissão inconstitucional deve se deslocar de considerações puramente formais para alcançar elementos materiais que permitam avaliar os efeitos negativos da ação omissiva, absoluta ou parcial, do legislador ou da administração pública quanto à concretização dos direitos fundamentais e dos direitos fundamentais sociais (CAMPOS, 2016, p. 70).

De fato, esse deslocamento dos aspectos semântico-estruturais para um aspecto de substância material, para fins de verificação da omissão inconstitucional, é fundamental ao estabelecimento de um novo paradigma de concretização dos direitos fundamentais sociais e do direito à saúde. Sob o prisma tradicional anterior (de análise apenas do texto normativo), os direitos sociais prestacionais já foram qualificados como direitos relativos, eis que colocados sob uma reserva do possível que os coloca na dependência da conjuntura socioeconômica para sua efetivação, donde houve quem falasse na doutrina alienígena até em relatividade fática ou os denominasse como direitos na medida da lei (SARLET, 2007, p. 307).

Por certo, como observa Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 312), tomando-se como exemplo o direito à saúde, verifica-se que assim como é correto deduzir da Constituição um direito fundamental à saúde, também parece certo que ao enunciar

que a Saúde é dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, nossa Lei Fundamental consagrou a promoção e proteção da Saúde para todos como um objetivo do Estado que, na condição de norma impositiva de políticas públicas, assume a condição de norma de tipo programático.

Porém, como observa o autor supracitado - que ao avançar em seu estudo do direito fundamental à saúde reconhece haver, ao menos em princípio, um direito subjetivo individual a prestações materiais (SARLET, 2007, p. 346) -, ainda que as normas referentes à proteção da Saúde possuam caráter programático, delas derivam verdadeiros direitos subjetivos a prestações independentemente ou para além da concretização pelo legislador, pois assume especial relevo sua íntima vinculação com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007, p. 373). A partir dessas considerações, conclui Ingo Sarlet:

> Além disso, é preciso ressaltar que ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também que a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental ou não). Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento), pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico, etc. (SARLET, 2007, p. 373).

Portanto, a necessidade de deslocamento das estruturas semântico-estruturais para a análise da concretização material dos direitos fundamentais, em geral, e do direito à saúde, em específico, é necessária não apenas para superar a visão tradicional encampada pela doutrina nacional mas também para que seja garantida ativamente a vida humana sob pena de, em última análise, poder se falar na retirada da vida pelo próprio Estado (quando deixa de promover meios materiais para a concretização da vida e do direito à vida). Trata-se de análise da omissão inconstitucional por novo espectro, que supera os métodos tradicionais de verificação da omissão legislativa apenas sob a óptica da eficácia dos normativos constitucionais.

Sim, pois, ao menos num Estado Democrático de Direito, quem governa é a Constituição, de maneira que aos poderes constituídos se impõe o dever de fidelidade às opções do Constituinte, quanto aos seus elementos essenciais, que sempre serão limites da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade do

administrador e dos órgãos jurisdicionais. E essa conformação do legislador e discricionariedade do administrador deve observar que as atividades estatais exigem a importância de um adequado planejamento a partir das prioridades enunciadas na Constituição, de modo a garantir que referido planejamento seja seguido de efetivos resultados (SARLET, 2007, pp. 377-382).

Destarte, a superação da análise da eficácia das normas constitucionais para uma análise de sua efetividade, especialmente no tocante aos direitos fundamentais e o direito à saúde, objeto desta pesquisa, mostra-se necessária e essencial para a concretização desses direitos. Toda vez que a União deixou de investir o percentual mínimo em Saúde estabelecido pela Constituição da República, sem justificar adequada e constitucionalmente suas escolhas e prejudicando o desenvolvimento das ASPS, ela (União) deixou de efetivar o comando constitucional e optou por agir de forma inconstitucionalmente omissa.

Com efeito, sob à análise da eficácia das regras constitucionais direcionadas ao direito à saúde e seu financiamento, não haveria que se falar em omissão, tendo em vista a iniciativa legislativa de elaboração de normas para concretização do programa (norma programática) inaugurado pelo Constituinte.

Entretanto, quando verificada a efetividade dessas regras constitucionais direcionadas à Saúde e ao seu regular financiamento, observa-se haver um “abismo” entre as iniciativas legislativas e elaboração de novas leis[88] e a concretização do direito à saúde. Esse “abismo” caracteriza omissão que reclama novo paradigma, passando do espectro da eficácia das normas constitucionais para sua efetiva materialização.

Essa mudança de paradigma foi, de certa maneira, observada por Peter Häberle (2019, p. 40) que, em palestra proferida em 1971, já observava que a

[88] Um exemplo de omissão que não decorre da ausência de legislação, mas da efetivação do arcabouço legislativo a despeito de uma “volúpia legislativa” existente, pode ser encontrado em AGUIAR, Luciene; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. A gestão do Sistema Único de Saúde e a Saúde do Trabalhador: o direito que se tem e o direito que se perde. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 106, p. 830-840, Set. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000300830&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 mai 2020. Observam os autores que embora o tema Saúde do trabalhador esteja previsto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS, a “volúpia legislativa” brasileira aborda em baixa frequência normas relativas à Saúde do trabalhador, assim como há pouca concretização das regras referentes a este tema, prejudicando a efetivação de políticas públicas de Saúde do trabalhador. Ainda sobre a baixa efetividade da legislação relativa à Saúde do trabalhador e como isso tem desencadeado uma judicialização da Saúde obreira, veja-se LEME, Renata Salgado; PAULA FILHO, Luiz Pinto de. A desproteção à Saúde do trabalhador e sua judicialização. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 3, 2018 p.289-306. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5621. Acesso em 10 mai 2020.

dogmática dos direitos fundamentais precisava, diante das relações em processo de transformação, ser reconhecida e processada permanentemente para evitar a estagnação de um *status quo* que não é mais justo do ponto de vista social (elasticidade da dogmática dos direitos fundamentais, para proteger novos direitos). Outrossim, declarava o mencionado autor:

> A dogmática tem que desenvolver – a serviço das garantias de direitos fundamentais – garantias de racionalidade para a decisão jurídico-científica; ela não vive de reprises do período clássico ou dos pós-glosadores e não é um objetivo em si mesma. A despedida de alguns dogmas **pode efetivar os direitos fundamentais** (HÄBERLE, 2019, pp. 40-41). (grifos nossos)

Desta maneira, a atualização de dogmas e a mudança do espectro de análise da omissão inconstitucional é que contribuirá para a efetivação dos direitos fundamentais ou, ao menos, que a verificação da omissão tida por inconstitucional seja realizada não mais sob um prisma de eficácia das normas da Constituição, mas pela efetivação do texto constitucional.

Valendo-se ainda das lições de Häberle (2019, p. 23), este autor já verificava quanto à administração prestacional (de um Estado Democrático de Direito) que ela realiza direitos fundamentais como objetivos constitucionais: redistribuindo, planejando, conduzindo, subvencionando, ela busca fazer os direitos fundamentais mais **efetivos** para todos, dirigindo o uso individual e coletivo dos direitos fundamentais no sentido da utilidade dos direitos fundamentais. Essa administração prestacional está inserida num Estado prestacional, que é aquele constituído pela Lei Fundamental (no caso brasileiro, pela Constituição da República), o qual, por meio de organização e procedimento, direta ou indiretamente, oferece prestações a cidadãos e grupos e as quais, em sentido amplo, têm relação primariamente com os direitos fundamentais – que precisam ser inseridos conjuntamente com o princípio do Estado social em uma sociedade para desfazer dependências desumanas e desigualdades sociais (HÄBERLE, 2019, pp. 25-27).

Em todo seu estudo a respeito dos direitos fundamentais e o Estado prestacional, Peter Häberle passa pela efetividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Verificado que a dogmática dos direitos fundamentais não deve permanecer estática, sob pena de perpetuar desigualdades impostas pelo Estado burguês, o autor avança verificando que o crescimento dos gastos do Estado deveria beneficiar a todos, no sentido de igualdade de oportunidades, ou seja, o

aumento da parcela dos gastos estatais no produto nacional bruto poderia efetivar direitos fundamentais, de maneira que “o Estado prestacional é um Estado que exige e distribui prestações, e assim, efetiva os direitos fundamentais [...] e ignora, em parte o princípio do mérito por razões de humanidade” (HÄBERLE, 2019, pp. 29-30)[89]. Conclui o ilustre constitucionalista: a atividade do Estado prestacional como política social é uma espécie de sucedâneo de direitos fundamentais, a saber, política de direitos funcionais torna direitos fundamentais efetivos por meio do princípio do Estado social (HÄBERLE, 2019, p. 35).

Isto posto e, verificado que a omissão inconstitucional sobre direitos econômicos, sociais e culturais deve ser verificada não mais por aspectos semântico-estruturais das normas constitucionais, mas pela efetivação desses direitos, e que mesmo a dogmática dos direitos fundamentais deve ser elastecida para que novos direitos sejam por ela alcançados e efetivados, depreende-se inicialmente que o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) poderá ser declarado quando verificada a existência de uma omissão inconstitucional que não possui justificação constitucional adequada (suporte fático dos direitos fundamentais sociais) e quando não há uma efetivação desses direitos previstos pela Constituição (superação da análise puramente gramatical e eficacial das normas constitucionais pela análise da materialização dessas normas), pois o que se procura, ao fim e ao cabo, é a efetivação dos direitos fundamentais sociais nela inscritos.

Aqui entra o segundo ponto anteriormente destacado, da inefetividade da Constituição que desafia a declaração do ECI. Observado que a falta de políticas públicas ou sua deficiência implica uma inobservância do mínimo existencial, estará configurada a omissão normativa inconstitucional independentemente da interpretação do enunciado normativo ou da estrutura semântica do enunciado constitucional correspondente, de maneira que, a ausência de lei ou de políticas públicas, ou a imperfeita construção de ambas, dá origem a uma proteção deficiente

[89] A respeito da meritocracia pura e irrestrita, em detrimento dos direitos fundamentais, Peter Häberle (2019, p. 31) afirma: “Aqui precisa valer: não ao crescimento econômico a qualquer preço dos direitos fundamentais! A sociedade meritocrática com seus, em parte darwinistas, excessos de desempenho não é um espaço sem direitos fundamentais.”. O destaque é importante pois, verificado que o desinvestimento em ações e serviços públicos de Saúde implica que bens e serviços não foram disponibilizados para a população (VIEIRA; PIOLA, 2016, pp. 38-39), visando promover a expansão da cobertura por planos e seguros privados de Saúde, mediante proposta de criação de planos populares (IPEA, 2018, pp. 111-112), fica evidente a promoção e prestígio de uma ideia de meritocracia em prejuízo de direitos fundamentais sociais que abrangem (ou devem abranger) toda a população, independentemente de suas condições econômicas e sociais.

dos direitos fundamentais sociais que deve ser julgada como omissão normativa inconstitucional (CAMPOS, 2016, pp. 73-81).

Como descrito anteriormente, Peter Häberle (2019, p. 27) desenvolveu estudo invocando a efetividade dos direitos fundamentais como meio de superação do princípio meritocrático imposto pelo Estado burguês, dando lugar a um Estado prestacional que, com base no princípio do Estado social, procura desfazer dependências desumanas e desigualdades sociais. Da mesma forma, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 373) descreveu que o compromisso do Estado é proteger ativamente a vida humana, e não apenas se isentar de tirá-la ao vedar a aplicação da pena de morte. Campos (2016, p. 92) também se manifesta nesse diapasão, ao observar que o compromisso último do Estado Democrático de Direito deve ser com a efetividade dos direitos fundamentais, cuja realização prática é a própria razão de ser do Estado.

Entretanto, constatada a falta ou deficiência de políticas públicas que efetivem os direitos fundamentais (em especial os direitos fundamentais sociais), encerrando proteção deficiente desses direitos, estar-se-á diante de omissão inconstitucional que dará ensejo à possível declaração de um ECI (CAMPOS, 2016, p. 93). Observe-se, assim, delinearem-se os pressupostos para a declaração do ECI: a omissão que decorre da não-efetivação dos direitos fundamentais (e não da eficácia dos textos normativos), e; a ausência ou deficiência de políticas públicas que efetivem os direitos fundamentais sociais, prejudicando sua materialização e alcance pela sociedade.

Essa ausência ou deficiência de políticas públicas, decorrente de seus ciclos de formação ou execução, acabam por gerar graves e sistemáticas violações de direitos que são originadas e agravadas por falhas estruturais nos procedimentos de criação, implementação, avaliação e financiamento dessas políticas. Essas falhas são denominadas pela doutrina como “falhas estruturais” (CAMPOS, 2016, p. 93).

Ditas falhas estruturais, que podem acarretar numa realidade de massiva e sistemática violação de direitos fundamentais decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos, permitem uma passagem da inconstitucionalidade por omissão (sanável pela via do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso) para um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) (CAMPOS, 2016, p. 58). A seu respeito, observa Campos:

> Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com

> uma realidade social necessitada de transformação urgentes e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial (CAMPOS, 2016, p. 96).

Extrai-se do conceito acima dois dos pressupostos necessários à caracterização de um ECI, quais sejam, a omissão inconstitucional e graves violações aos direitos fundamentais. Somam-se a estes pressupostos outros dois, totalizando quatro pressupostos [90] identificados por Campos (2016, pp. 180-185) como necessários para a declaração do ECI, a saber: **(a)** constatação de um quadro de violação massiva e contínua de diferentes diretos fundamentais, que afeta um número amplo de pessoas e que não se refere apenas a uma simples proteção deficiente, mas constitui grave problema jurídico e social; **(b)** omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, não bastando a inércia de uma única autoridade pública para caracterizar a omissão violadora, mas o funcionamento deficiente do Estado como um todo. Aqui se insere também a omissão inconstitucional sob a perspectiva material e

[90] Diferentemente dos quatro pressupostos identificados por Campos (2016, pp. 180-185), a Corte Constitucional da Colômbia, em sua *Sentencia T-025/04*, paradigmática quanto à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, identifica seis pressupostos necessários à caracterização do ECI, da seguinte maneira: *"Dentro de los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, cabe destacar los siguientes: (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial."*. Disponível em https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2004/T-025-04.htm. Acesso em 18 nov. 2017.

Em tradução livre do autor: "Entre os fatores avaliados pelo Tribunal para definir se existe um estado de coisas inconstitucional, cabe destacar: (i) a violação maciça e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) omissão prolongada das autoridades no cumprimento de suas obrigações de garantir direitos; (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado; (iv) a não emissão de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos. (v) a existência de um problema social cuja solução comprometa a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto de ações complexo e coordenado e requer um nível de recursos que exija um esforço orçamentário adicional significativo; (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema recorrerem à ação tutela para obter a proteção de seus direitos, haveria um maior congestionamento judicial.".

constitucionalmente injustificada descrita alhures[91]; **(c)** o terceiro pressuposto se refere à solução das violações massivas derivadas de omissões reiteradas, ou seja, haverá o ECI quando a superação dos problemas de violação de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses, quando a responsabilidade for atribuída a uma pluralidade de atores públicos, e; **(d)** o quarto e último pressuposto diz respeito à excessiva judicialização individual pleiteando direitos fundamentais. Diante da potencialidade de um número elevado de afetados judicializarem a violação de direitos, que se somariam às já existentes, haveria produção de grave congestionamento da máquina judiciária.

A identificação dos pressupostos acima apresentados permite o ajuizamento de um "processo estrutural" (*structural suit*), que é aquele onde um juiz, confrontando burocracias estatais com valores de dimensão constitucional, empreende reestruturar a organização para eliminar ameaças contra esses valores, reveladas por arranjos institucionais contemporâneos (FISS, 2003, p. 3 apud CAMPOS, 2016, p. 187). Os processos estruturais têm seu fundamento e estrutura nas *public law litigation* (litígios de direito público), onde as Cortes não são chamadas a resolver disputas entre indivíduos conforme princípios de direito privado, e sim para lidar com reivindicações, que podem ser deduzidas das leis e dos preceitos constitucionais, sobre mudanças sociais em larga escala, programas e políticas públicas (CHAYES, 1976, p. 1.281 apud CAMPOS, 2016, p. 188).

Garavito e Franco (2010, p. 16) observam se tratar o litígio estrutural de processos caracterizados por **(a)** afetarem um número amplo de pessoas que alegam violação de seus direitos, diretamente ou através de organizações que litigam em seu favor; **(b)** envolver várias entidades estatais como demandadas por serem responsáveis por falhas sistemáticas nas políticas públicas, e; **(c)** implicarem ordens de execução complexa, mediante as quais o juiz da causa instrui a várias entidades

[91] Segundo William A. Fletcher, o "ECI relaciona-se de perto com as chamadas 'questões policêntricas'. Policentrismo é 'a propriedade de um problema complexo com um número de 'centros' de problemas subsidiários, cada um relacionado com o outro, de modo que a solução de cada problema depende da solução de todos os outros'". Veja-se FLETCHER, William A. The Discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **Yale Law Journal.** Vol. 91 (4), 1982, p. 645. Para a resolução dos problemas policêntricos, Campos (2016, p. 183) ressalta que os remédios judiciais somente serão adequados nessa situação se conseguirem mobilizar e dirigir os agentes públicos responsáveis para que esses busquem a correção orquestrada de todos os centros particulares de forma a encontrar a solução do problema como um todo, oportunidade em que as sentenças estruturais se apresentam como remédio judicial adequado nesta hipótese.

públicas a empreender ações coordenadas para proteger toda a população afetada (não somente os demandantes do caso concreto)[92].

De toda forma, o litígio (ou processo) estrutural é, em essência, litígio de direito público e vincula a declaração do ECI à fixação de sentenças estruturais, que são comandos voltados a alcançar as mudanças institucionais que caracterizam essa espécie de litígio, determinando não apenas o cumprimento de obrigações de fazer dirigidas às autoridades públicas envolvidas, mas verdadeira reestruturação de instituições governamentais e alterações sistêmicas necessárias a assegurar a tutela de direitos fundamentais, que podem alcançar medidas legislativas, administrativas, regulatórias e orçamentárias (CAMPOS, 2016, p. 189).

Referidas sentenças estruturais, segundo Fletcher (1982, p. 639), pressupõem uma decisão judicial onde o juiz, geralmente, solicita às partes que concordem com um "plano" para solução do litígio estrutural e, se as partes concordarem, o juiz fixará uma decisão que incorporará esse acordo ao plano. Quando solicitar planos às partes ou os formular por conta própria, a Corte frequentemente buscará evidências adicionais e ouvirá o testemunho de experts sobre os possíveis efeitos das decisões a serem tomadas; às vezes, a Corte apontará seus próprios experts, peritos ou comitês, e; às vezes, ameaçará impor decisões draconianas que nem mesmo os autores desejam. Uma vez tomada a decisão, o juiz poderá apontar um perito especial para supervisionar sua implementação, e esta decisão geralmente vigora por muitos anos. Algumas vezes, a decisão pode ser emendada na medida em que as condições mudarem ou tornar-se aparente que a decisão original é inadequada para cumprir seu propósito.

Portanto, estabelecidos os pressupostos anteriormente destacados (violação massiva e contínua de direitos fundamentais; omissão reiterada de autoridades públicas na defesa e promoção de direitos fundamentais; decisão dirigida a diversos atores estatais para solução do problema complexo, e; possibilidade de excessiva judicialização reclamando direitos fundamentais), nasce a possibilidade de

[92] Tradução livre do autor de: *"Se trata de casos caracterizados por: 1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa, 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, y 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto)".* GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social – Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.* Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. p. 16.

instauração de um processo estrutural, cuja estrutura tem íntima relação com os litígios de direito público (*public law litigation*) norte-americanos e cuja sentença receberá o nome de sentença estrutural, que é utilizada em casos excepcionais para remediar complexos quadros de violação de direitos humanos, decorrentes do mau funcionamento de amplas estruturas governamentais (CAMPOS, 2016, p. 204).

Com relação aos efeitos que o ECI estabelece, Campos (2016, pp. 204-208) e Garavito e Franco (2010, p. 24) verificam haver dois efeitos diretos: um de caráter instrumental (desenho de política pública ordenada pela sentença estrutural) e um de caráter simbólico (definição e percepção do problema enfrentado como violação de direitos). Também verificam haver dois efeitos indiretos da declaração do ECI: um de caráter instrumental (formação de coalizões ativistas para incidir no tema da sentença) e um de caráter simbólico (transformação da opinião pública sobre a urgência e gravidade do problema). Os autores apresentam o quadro abaixo para melhor visualização do quanto referido:

Quadro 7 – Tipos e exemplos de efeitos das decisões judiciais que refletem no ECI

	DIRECTOS	INDIRECTOS
INSTRUMENTALES	Diseño de política pública ordenada por sentencia.	Formación de coaliciones activistas para incidir en el tema de la sentencia.
SIMBÓLICOS	Definición y percepción del problema como violación de derechos.	Transformación de la opinión pública sobre la urgencia y gravedad del problema.

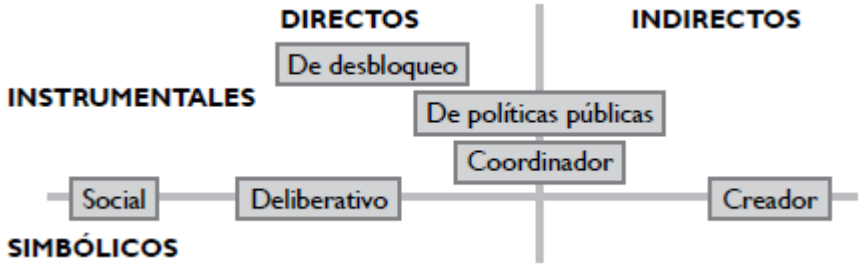
Fonte: Garavito e Franco (2010, p. 24)

Pela observação horizontal do quadro supra, vê-se haver das decisões judiciais efeitos diretos e indiretos: os primeiros consistem nas condutas ordenadas pela decisão e afetam aos atores do processo, sejam os litigantes, os beneficiários ou os destinatários dessas ordens; os segundos são toda classe de consequências que, sem estar estipuladas nas ordens judiciais, se derivam da sentença e afetam não somente aos atores do litígio, senão a qualquer outro ator social. Da observação vertical do referido quadro, observa-se que as decisões judiciais geram efeitos instrumentais ou simbólicos: os instrumentais implicam mudanças materiais na conduta de indivíduos ou grupos; os simbólicos consistem em mudanças nas ideias, percepções e imaginários sociais sobre o tema objeto do litígio (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 24).

A partir das assertivas acima e da análise da *Sentencia* T-025/04 (analisada no próximo tópico deste trabalho), os autores supracitados observam que os efeitos descritos, embora importantes, desconsideram outros efeitos também importantes constatados ao longo de seu estudo, como a aparição do problema do deslocamento forçado de pessoas na Colômbia na agenda pública; a mobilização social a favor dos direitos dos deslocados; a mudança da percepção da urgência e gravidade do deslocamento forçado na opinião pública, e; a transformação gradual do aparato estatal que atende à população deslocada (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 27).

Outrossim e, especificamente sobre os efeitos da *Sentencia* T-25/04 da Corte Constitucional da Colômbia, que declarou o ECI na situação de deslocamento forçado da população colombiana pela situação de violência, Garavito e Franco (2010, p. 64) identificaram que referida decisão apresentou efeitos diretos instrumentais e simbólicos, e efeitos indiretos instrumentais e simbólicos, apresentados no quadro abaixo e que confirmam os efeitos da declaração do ECI:

Quadro 8 – Efeitos da *Sentencia* T-25/04



Fonte: Garavito e Franco (2010, p. 64)

Campos (2016, p. 208) destaca, além dos efeitos anteriormente apontados, que as sentenças estruturais geram um ganho democrático decorrente de um processo aberto e participativo na fase de implementação das medidas contidas nessas espécies de sentenças, que é assegurado pelo monitoramento efetuado pelas Cortes Constitucionais sobre a execução de suas ordens, acompanhado pela própria sociedade civil.

Referido monitoramento, acima mencionado, é mecanismo de retenção da jurisdição pela Corte Constitucional para verificar a implementação da decisão declaratória do ECI, mediante criação de esquemas de supervisão que se tornam seus olhos e ouvidos durante o processo de materialização das ordens contidas nas sentenças estruturais, permitindo à Corte modificar suas ordens originárias durante a

fase executória para amoldar novos e imprevisíveis desenvolvimentos (CAMPOS, 2016, p. 208). Trata-se, portanto, de mecanismo de verificação das ordens expedidas pela Corte Constitucional a ser realizado pelos atores litigantes e sociedade civil.

Ainda a respeito do mecanismo de monitoramento, Garavito *et al.* (2009, p. 302) observam, a partir de estudos baseados na *Sentencia* T-25/04 da Corte Constitucional colombiana, que a Corte decidiu conservar sua competência até o momento que pudesse verificar que o Estado de Coisas Inconstitucional por ela declarado nessa sentença houvesse sido superado. O processo de seguimento ao cumprimento das ordens a partir dessa decisão tem sido levado a cabo a partir de uma série de autos de prosseguimento, nos quais a Corte colombiana tem ampliado prazos, modificado e emitido novas ordens às autoridades governamentais após análise minuciosa dos relatórios de cumprimento apresentados pelo governo da Colômbia, o que tem gerado um verdadeiro exercício de colaboração harmônica entre os poderes públicos, especialmente entre os Poderes Judiciário e Executivo.

Embora nem Campos (2016) nem Garavito e Franco (2010) incluam a fase de monitoramento[93] como um dos efeitos da sentença estrutural, é possível alocá-la como efeito direto simbólico (a partir da análise elaborada por Garavito e Franco) pois, verificado que o sistema de monitoramento é exercido pelos atores envolvidos no litígio estrutural e pela sociedade civil chamada a dele participar através de órgãos atuantes no campo analisado pelo caso concreto, tanto para os primeiros (partes/atores em litígio) quanto para os segundos (sociedade civil responsável pelo monitoramento) a sentença estrutural criará uma percepção do problema como violação de direitos (efeito direto simbólico).

Da mesma forma, é possível considerar o monitoramento da sentença estrutural como um de seus efeitos, quando se verifica que a partir dela (sentença estrutural): **(a)** são formadas coalizões de ativistas para atuarem no tema da sentença, demandando envolvimento da sociedade civil (efeito instrumental indireto), e; **(b)** a divulgação do trabalho de ativistas e sociedade civil, do conteúdo da sentença, etc., transforma a opinião pública sobre a urgência e gravidade do problema (efeito simbólico indireto). Verificado que estes dois efeitos podem decorrer do ato de

[93] Como se verá no próximo tópico deste trabalho, o mecanismo de monitoramento foi essencial para o desenvolvimento de uma teoria do ECI pela Corte Constitucional da Colômbia e efetividade de suas decisões estruturais.

monitoramento da sentença estrutural, pode-se então considerar o mecanismo de monitoramento como um dos efeitos da declaração de ECI.

Verificados os pressupostos, estrutura e efeitos da declaração do ECI, faz-se necessário estudar quando ele (ECI) poderá ser considerado superado, ou seja, em que momento é possível considerar que a sentença estrutural proferida no litígio estrutural foi cumprida e a situação inconstitucional foi superada.

Campos (2016, p. 211), a partir dos estudos desenvolvidos por César Rodríguez Garavito, verifica que para este último autor a avaliação sobre as condições de superação do ECI deve combinar dois tipos de indicadores: **(a)** indicadores de processo (diagnóstico sobre a redução ou eliminação das falhas estruturais nos processos de políticas públicas), e; **(b)** indicadores de resultados (exame do avanço na proteção dos direitos fundamentais em favor da população afetada). A partir destes indicadores, é proposto um teste numérico para superação do ECI, que variará de 0 (zero) a 100 (cem) pontos e através do qual se estabelecerá seja o ECI superado ou não. Advirta-se que para Garavito *et al.* (2009, pp. 485-486) deve ser estabelecido um padrão alto de pontuação para superação do ECI, que alcance ao menos dois terços da pontuação global (66/100); no caso de uma pontuação considerada intermediária para o autor (60/100), a Corte Constitucional deverá declarar a continuidade do ECI.

Os cinco passos que permitem aferir a pontuação necessária à superação do ECI, desenvolvidos por César Rodríguez Garavito, são assim apresentados por Campos (2016, pp. 212-213):

> 1º passo – fixação dos tipos de indicadores pertinentes para medir a superação: critérios de processo e de resultado;
> 2º passo – fixação da lista de indicadores dentro de cada dimensão: dimensão do processo (indicadores de desenho, implementação e avaliação das políticas públicas) e dimensão do resultado (indicadores de gozo efetivo de cada um dos direitos fundamentais envolvidos);
> 3º passo – determinação dos valores distintos das dimensões de processo e de resultado: necessário determinar qual valor relativo será atribuído a cada uma das duas dimensões, devendo-se dar maior peso à dimensão do resultado do que a do processo, tanto porque a proteção eficaz dos direitos é a própria razão de ser do ECI, quanto porque as políticas públicas são instrumentais em relação ao resultado de proteção suficiente dos direitos fundamentais [...];
> 4º passo – determinação dos valores de cada indicador dentro de cada uma das dimensões: necessário qualificar numericamente cada indicador dentro dos limites de valores de cada uma das duas dimensões; no caso da dimensão do resultado, não é possível atribuir valores distintos a cada um dos direitos fundamentais envolvidos em razão da “indivisibilidade dos direitos e o valor intrínseco de cada um”,

> o que a ser ainda mais evidente ante a tutela do mínimo existencial [...];
> 5º passo – fixação do limiar de superação do ECI: trata-se da definição dos próprios parâmetros de resultado do teste que, para o autor [Garavito], deve ser um somatório da pontuação individual dos indicadores de forma a declarar-se superado o ECI quando alcançada uma "qualificação relativamente alta" que, segundo sua formulação, deve ser sessenta e seis pontos dos cem possíveis.

Desta maneira e, preenchidos os passos acima destacados que permearão o sistema de pontuação a ser utilizado para superação do ECI – referido processo de pontuação deve ser realizado periodicamente, devido o ECI ser figura constitucional temporária cujo objetivo é se fazer desnecessário mediante a solução da situação que o ocasionou (GARAMITO *et al.*, 2009, p. 487) -, ressalta Campos (2016, p. 214) que nas ocasiões em que for realizado o teste de pontuação, é desejável que seja realizado através de audiências públicas com ampla participação de órgãos públicos, setores da sociedade civil e peritos, bem como lastreado em relatórios analíticos e conclusivos sobre os indicadores das dimensões de processo e de resultado que permitam avaliar, de maneira segura e objetiva, a superação do ECI pelos tribunais constitucionais.

Isto porque, verificado que a declaração de ECI implica numa intervenção do Poder Judiciário em outros Poderes republicanos para a solução de omissão inconstitucional massiva e reiterada por estes últimos, é importante que todo o processo seja realizado de maneira transparente, pois quanto menor a intervenção do primeiro (Poder Judiciário) - seja sob o aspecto da profundidade, seja quanto ao tempo de sua duração -, menor será a acusação de ilegitimidade da atuação judicial, tema que permeia e condiciona o debate em torno do ECI (CAMPOS, 2016, p. 214).

Finalmente, a questão que remanesce diz respeito à discussão se a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pela Corte Constitucional se trata de ativismo judicial ilegítimo, ou se trata-se de atuação judicial legítima que possui respaldo legal e doutrinário.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos, com a propriedade de ter desenvolvido estudo de fôlego sobre o tema, é peremptório: "a atuação judicial envolvida na afirmação do ECI é exemplo destacado de ativismo judicial. Isso não significa, contudo, que seja ilegítima". E emenda mais adiante em seu estudo: o ECI é manifestação legítima de ativismo judicial estrutural dialógico (CAMPOS, 2016, pp. 219 e 226).

De acordo com o autor supracitado, a declaração do ECI pela Corte Constitucional é “senha de acesso” às tutelas estruturais (CAMPOS, 2016, p. 184), que encontram seu fundamento nas *public law litigation* (litígio de direito público) e são, como ensina Chayes, litígios onde as Cortes são, “inevitavelmente, lançadas a um papel afirmativo, político – ativista, se assim entender-se importante dizer -, um papel que contrasta com a postura judicial passiva que aprendemos a esperar” (CHAYES, 1976, pp. 1.281-1.316 apud CAMPOS, 2016, p. 188).

Campos apresenta em seu estudo as principais objeções ao denominado ativismo judicial, que são prioritariamente de ordem democrática (a autorrestrição judicial de James B. Thayer; o autogoverno popular de Jeremy Waldron, e; o constitucionalismo popular de Larry Kramer) e de ordem institucional (capacidade institucional e interpretativa de Adrian Vermeule) (CAMPOS, 2016, pp. 226-239).

No Brasil também houve críticas ao ECI, como se verifica de artigo publicado por Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo (2015) em jornal de grande alcance, e também pelo artigo de Lenio Luiz Streck (2015), este publicado em mídia digital. Em ambos os trabalhos, as críticas repousam sobre a violação de poderes que a declaração do ECI pode encerrar, bem como sobre o próprio ativismo judicial que é, segundo Luís Roberto Barroso:

> [...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p. 25).

Destaque-se, desde já, que para este estudo a declaração do ECI não perfaz um ativismo judicial, como entende Campos (2016), Garavito e Franco (2010), ou os articulistas supracitados. Ao revés, o ECI diz respeito à democracia deliberativa e dialógica descrita por Gargarella (2013, pp. 279-294) e que é forma de expansão de uma justiça dialógica, onde, mais do que a intervenção de um poder (Poder Judiciário) noutro (Poderes Executivo e/ou Legislativo), o que é natural num sistema de freios e contrapesos adotados pela maioria das constituições nacionais, propõe a instituição de diálogos institucionais para a concretização dos direitos fundamentais e, na espécie, para a concretização do direito à saúde e ao seu regular financiamento.

A respeito do ativismo judicial, que é a forma como Campos observa o ECI, ressalta este autor que ao utilizar o instrumento da declaração do ECI, a Corte

Constitucional deixa de se restringir à função de garantidora de direitos individuais em casos particulares e assume papel mais ativo de formular ou contribuir à formulação de políticas públicas e de assegurar sua implementação e controle de sua execução (CAMPOS, 2016, p. 97). Ao agir assim, a Corte supera um ativismo judicial antidialógico e uma passividade judicial para propor uma relação interinstitucional mais equilibrada e dialógica para superar as omissões inconstitucionais massivas e reiteradas (CAMPOS, 2016, pp. 74-76).

Desta forma e, ainda dentro de sua visão do ECI como ativismo judicial estrutural dialógico, o autor supracitado entende que a realização de diálogos institucionais é boa resposta às objeções de ordem democrática e institucional contra a expansão de poder por juízes e Cortes. E entende dessa maneira por enxergar que, em certas situações (como as que demandam a declaração do ECI), é necessário haver incentivos judiciais à atuação legislativa e administrativa, sendo reservados espaços de decisão aos poderes políticos mesmo nesses casos (CAMPOS, 2016, pp. 240-241).

Ainda de acordo com Campos (2016, pp. 246-256), no ECI operam estruturas políticas fracassadas, políticas públicas ineficientes, de resultados indesejados que implicam violação generalizada de direitos fundamentais, de modo que é necessário superar bloqueios institucionais e aumentar a deliberação e participação popular para que se ultrapasse a situação de massiva e reiterada omissão inconstitucional e ocorra a concretização de direitos fundamentais. Isto será possível mediante o processo judicial dialógico, onde, ao invés de se expedir decisões detalhadas sujeitas à execução se desrespeitadas, é preferível a emissão de ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisionada, em que os juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e do Executivo (CAMPOS, 2016, p. 251).

Garavito e Franco (2010, pp. 55-56) entendem também que a declaração do ECI importa num ativismo dialógico, que apresenta três características para superar as objeções, alhures demonstradas, ao ativismo judicial tradicional: **i)** as sentenças dialógicas tendem a ditar ordens mais abertas que as ordens do ativismo clássico, alimentando a discussão de alternativas de políticas públicas para solucionar o problema estrutural detectado na decisão; **ii)** a implementação das decisões ocorre mediante mecanismos de acompanhamento periódicos e públicos, em que a Corte pode expedir novas decisões conforme os avanços e retrocessos do processo, além

de alimentar a discussão entre os atores do caso em audiências públicas e deliberativas, e; **iii)** por isso, as decisões dialógicas tendem a envolver um espectro mais amplo de atores sociais no processo de acompanhamento das decisões, de maneira que sua implementação envolve todos aqueles que, direta ou indiretamente, são afetados ou têm interesse legítimo no resultado do caso estrutural.

Como dito anteriormente, esse estudo não entende o ECI como forma de ativismo judicial, como defendido pelos autores anteriormente mencionados. Pelo contrário, entende que o ECI é forma de democracia deliberativa onde as decisões públicas devem ser adotadas após um processo amplo de debate coletivo e, ainda, que o processo deliberativo requer a intervenção de todos os potencialmente afetados pela decisão de que se trate (GARGARELLA, 2013, p. 284).

Segundo Roberto Gargarella (2013, p. 281), os países recém independentes abandonaram uma ideia de separação estrita de poderes, para adotar um sistema de freios e contrapesos que foi adotado pelas constituições das nações recém-criadas e pelo qual a interferência de juízes nos comandos dos outros Poderes não constitui um problema em si, eis que é obrigação do Poder Judicial submeter as ações de outros Poderes ao seu controle. Desta forma, a pergunta que surge não é se a intervenção judicial é possível ou não, pois, de acordo com o sistema de freios e contrapesos, ela é possível; a questão é saber contra qual concepção de democracia a atuação judicial interventiva atenta? A atuação ativa, e não meramente passiva do Poder Judiciário, ofende a todas as concepções de democracia?

Após analisar a atuação judicial nos modelos democráticos rousseauniano[94] e pluralista[95], Gargarella destaca que a visão deliberativa de democracia é e tem sido considerada um enfoque crucial para a tomada de decisões públicas justificáveis, em especial no que se refere a áreas tão importantes e sensíveis como as vinculadas aos direitos sociais (GARGARELLA, 2013, p. 285).

Aqueles que aderem à noção de democracia deliberativa sustentam que, em direitos sociais, é importante garantir que todos os potencialmente afetados pelas

[94] Segundo Gargarella (2013, p. 282), este modelo é adotado principalmente por juízes franceses e norte-americanos para se recusarem a intervir na área dos direitos sociais, ao argumento de que a democracia exige que os juízes não intervenham em questões políticas e que qualquer interferência judicial com temas orçamentários implica uma ofensa a este sistema.

[95] Gargarella (2013, p. 283) observa que esta interpretação da democracia é comumente adotada pelos juízes, docentes e investigadores dos Estados Unidos da América, e propõe que a única missão dos juízes consiste em proteger a Constituição, sem substituir da vontade do povo pela sua. Também é utilizada pelos juízes norte-americanos para resistir a qualquer tipo de intervenção judicial em matéria de direitos sociais.

decisões as debatam e acordem a respeito delas. Outrossim, os democratas deliberativos não respaldam nem o ativismo nem a passividade judicial em todos os casos, mas propõem uma intervenção ativa do Poder Judiciário em certas ocasiões e de modos específicos e justificados, quando verificados os seguintes pressupostos: **i)** a conexão entre certos direitos básicos e a preservação do procedimento democrático; **ii)** a conexão íntima entre direitos sociais e participação política, e; **iii)** a necessidade de respeitar a Constituição, em particular quando inclui de maneira explícita direitos sociais como ocorre na maioria das constituições da América Latina. Agindo dessa forma, juízes resguardam a natureza inclusiva do processo de tomada de decisões, preservam o caráter deliberativo desse procedimento e garantem o estado de igualdade de quem participa do processo democrático (GARGARELLA, 2013, p. 285).

Desta maneira, a atuação judicial, conforme Gargarella (2013, p. 285), a partir de uma visão de democracia deliberativa não corresponde a um ativismo judicial como proposto por outros autores anteriormente mencionados, mas importa na realização de sua missão institucional exigida pela democracia e os ideais que a fundamentam. Ou seja, a atuação judicial aqui significa muito menos ativismo e mais a garantia de que as normas legais sejam produto de um debate coletivo e inclusivo, e não apenas imposição daqueles que têm voz no parlamento. Neste sentido, os tribunais dispõem de lugar de destaque para dar voz aqueles que antes não a tinham, revisando o modo de criação e aplicação das leis e garantindo que o processo deliberativo de criação e ulterior aplicação das leis tenha obedecido o princípio de participação popular que deve reger sua elaboração.

Sim, pois, com frequência o processo legislativo está organizado de maneira que exclui pontos de vista pertinentes do debate de uma norma, oportunidade em que os juízes poderão decidir pela intervenção no processo de elaboração de normas, com a finalidade de garantir o respeito ao processo deliberativo e oportunizar que não somente políticos, mas atores com conhecimento do assunto a ser legislado participem do processo de formação das leis. Também poderão os tribunais desempenhar papel decisivo para assegurar que as normas legislativas sejam produto de um intercâmbio de argumentos, e não a mera imposição de um grupo de interesse ou setor da sociedade sobre os demais, hipótese em que as Cortes poderão solicitar aos legisladores que abram ao público o processo de tomada de decisões com o fim de evitar ou reduzir a influência de grupos de interesse, ou podem ainda requerer às

autoridades políticas que convoquem audiências públicas para supervisionar aspectos cruciais da aplicação da lei (GARGARELLA, 2013, pp. 286-290).

As duas hipóteses acima ventiladas, que importam numa intervenção judicial no processo legislativo para garantir possibilidade de maior deliberação a respeito da criação de normas, obedecendo ao princípio democrático de participação popular, encerra não um ativismo judicial mas a realização desta democracia deliberativa que permite que mais atores participem do processo de tomada de decisões, principalmente no que corresponde aos direitos sociais, que são mais sensíveis a este processo e que dele dependem para sua materialização e efetividade. Noutras palavras: a democracia deliberativa é meio para que os direitos sociais (direitos fundamentais sociais) sejam visualizados como essenciais e, a partir dessa visualização, possam ser concretizados. Nesse ponto, a participação popular apregoada pela democracia deliberativa se aproxima do *status activus processualis*[96] de Peter Häberle, no qual o indivíduo possui direito à participação no procedimento de tomada de decisão pelo Poder Público, podendo influenciar e ter sua posição levada em consideração na adoção de determinada decisão (RAMOS, 2014, meio digital).

Gargarella (2013, pp. 291-292) destaca que, além das situações de participação popular no processo legislativo como formas de democracia deliberativa, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) também é uma hipótese de exercício da democracia deliberativa, em situações onde os tribunais podem obrigar aos legisladores que se ocupem de problemas estruturais que políticos desconsideram de maneira sistemática. Embora caiba aos políticos, e não aos juízes, a definição de quais políticas públicas serão promovidas e quais problemas reclamam maior urgência na solução, é fato que há ramos políticos que não se dedicam a certas questões estruturais que podem se converter na origem de violações permanentes, massivas e manifestas de direitos.

Em tais situações, o fato do Poder Judiciário não contar com a legitimidade para definir o remédio exato para essas violações de direitos em nada impede sua participação no processo de busca de soluções ao problema, afinal é dever do ramo

[96] A respeito da teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek, veja-se ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais - 2. ed., 5. tir. – São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 254 e segs. Sobre a teoria do *status activus processualis,* recomenda-se a leitura de HÄBERLE, Peter. Direitos fundamentais no estado prestacional – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 53 e segs.

judicial, dentro de uma democracia, colaborar com o desenho das soluções tendo em vista seus poderes, capacidades, recursos e lugar institucional, compartilhando da responsabilidade por qualquer violação sistemática de direitos que tenha lugar na comunidade. Pode, inclusive, por força do mesmo princípio democrático, convocar audiência pública com a finalidade de promover debate visando encontrar a solução adequada para uma violação de direitos (GARGARELLA, 2013, p. 292).

Desta forma, e diante dos conceitos desenvolvidos ao longo deste tópico, entende-se o Estado de Coisas Inconstitucional como processo dialógico, derivado de uma democracia deliberativa, onde após a declaração do estado inconstitucional decorrente de omissões massivas e constantes de direitos fundamentais (e direitos fundamentais sociais, especialmente), serão convocados todos os atores envolvidos no litígio estrutural ou que por ele podem ser afetados ou, ainda, que podem contribuir para a solução do problema estrutural, para participarem da fase de execução da sentença estrutural mediante apresentação de relatórios de acompanhamento, visando verificar o estágio de cumprimento desta sentença e a possibilidade de superação do estado inconstitucional.

Toda a explanação até aqui realizada a respeito do ECI, como dito alhures, encontra muitos de seus fundamentos na criação desta figura processual (ECI) pela Corte Constitucional da Colômbia, que é tida como a precursora e pioneira na aplicação da teoria do ECI naquele país, visando resolver situação de perene e ostensiva violação de direitos fundamentais descritos na Constituição colombiana e muitas vezes desrespeitados. Esta pesquisa se dedica, no próximo tópico, a apresentar de maneira sucinta e não-exaustiva (até porque há diversos livros e doutrinas que têm se dedicado a isto) à criação do ECI pela Corte Constitucional da Colômbia.

3.4 A EVOLUÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA

Como dito alhures, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) tem raiz nos *structural remedies* (remédios estruturais) dos Estados Unidos da América e foi declarado pela Corte Constitucional da Colômbia, pela primeira vez, em processo que envolveu direitos previdenciários e de Saúde de professores municipais (CAMPOS, 2016, p. 99). Embora a *Sentencia* T-25/04 - que declarou o ECI no caso dos

deslocados pela violência - seja a decisão mais destacada e que apresente uma maturidade no uso do ECI para solução de litígios estruturais, ela não foi a primeira decisão da Corte Constitucional colombiana nesse sentido.

Neste tópico será apresentada, de maneira breve, a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia até o desenvolvimento da *Sentencia* T-25/04, decisão que alcançou maior repercussão e tem sido objeto de estudo pelo direito comparado. Toda essa apresentação não tem nenhuma pretensão de esgotar a análise e estudo da *Sentencia* T-25/04 (daí a brevidade mencionada), haja vista que seu objeto e seus efeitos têm sido estudados mundo afora e gerado diversas obras a seu respeito, como as desenvolvidas por Garavito *et al.* (2009), Garavito e Franco (2010) e Campos (2016), entre tantos outros.

De acordo com Campos (2016, pp. 121-125), a primeira vez que a Corte Constitucional colombiana declarou o ECI foi na *Sentencia* SU-559/1997, em que quarenta e cinco professores tiveram seus direitos previdenciários recusados por autoridades municipais, a despeito de contribuírem para um fundo previdenciário denominado *Fondo de Prestación Social,* não recebendo cobertura de Saúde ou de seguridade social nem sendo filiados ao fundo de seguridade.

Após ajuizamento de ação perante a Corte, esta reconheceu que os professores não estavam gozando dos direitos de que eram titulares e foram além, investigando as falhas estatais que estavam por trás das violações de direitos buscando sua superação, defendendo assim a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Realizada robusta investigação a respeito das causas que ensejaram a violação de direitos dos docentes e que a solução da situação passava por órgãos estatais variados, a Corte procurou resolver os defeitos de origem a fim de minimizar os problemas em geral, ao invés de assegurar apenas os interesses individuais dos professores demandantes. Outrossim, a Corte colombiana declarou o ECI, determinou que os municípios que se encontrassem em situação similar de violação de direitos corrigissem a inconstitucionalidade em prazo razoável e ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos membros do CONPES social, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências.

A segunda oportunidade em que a Corte constitucional colombiana voltaria a declarar o ECI ocorreu na *Sentencia* T-068/1998, envolvida mora da Caixa Nacional

de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças de verbas previdenciárias (CAMPOS, 2016, p. 125). Depois da Caixa Nacional de Previdência apresentar sua resposta, a Corte colombiana concluiu estar diante de quadro insuportável de ineficiência administrativa: verificou que durante os anos de 1995, 1996 e 1997 foram ajuizadas mais de catorze mil ações de *tutela* perante a Corte, o que representava quase 16% (dezesseis por cento) do total de *tutelas* do país, sendo a instituição mais demandada. Desta forma e ao verificar se tratar de problema estrutural de ineficiência e inoperância administrativa, a Corte Constitucional colombiana declarou o ECI; ordenou à Caixa de Previdência que resolvesse a situação dos demandantes em quarenta e oito horas; ordenou que a declaração de ECI fosse comunicada a órgãos do Poder Executivo, e; determinou a órgãos do Poder Judiciário vigiassem o cumprimento da sentença (CAMPOS, 2016, pp. 125-128).

Outro caso notório em que a Corte Constitucional da Colômbia declarou o ECI foi na *Sentencia* T-153/1998, que envolvia o problema da superlotação carcerária e condições desumanas existentes nas Penitenciárias Nacionais de Bogotá e Bellavista de Medellín. Neste caso, a Corte, apoiada em dados e estudos empíricos, constatou haver situação generalizada de violação de direitos na Colômbia, estando presente nas demais instituições carcerárias do país. Diante da situação de omissão inconstitucional massiva e perene, a Corte identificou estarem presentes os elementos necessários à declaração do ECI, os juízes constitucionais declararam o ECI, determinando a notificação do Presidente da República e outros órgãos do Poder Executivo; a notificação de membros do Poder Legislativo e Poder Judiciário responsáveis por atuarem junto ao Sistema Penitenciário Nacional, determinando fossem desenvolvidas políticas públicas e orçamentárias para a solução do problema em questão. Embora o ECI tenha sido declarado e membros dos Poderes da República tenham sido notificados a apresentarem medidas de resolução da questão carcerária, a ausência de um mecanismo de monitoramento eficaz (que seria melhor desenvolvido na *Sentencia* T-025/04) impediu que a sentença estrutural expedida surtisse os efeitos desejados, de modo que nas *Sentencia* T-388/2013 e *Sentencia* T-762/2015, a Corte Constitucional colombiana afirmou ainda haver uma situação inconstitucional no sistema carcerário (CAMPOS, 2016, p. 128-135).

Houve outras oportunidades em que a Corte colombiana teria oportunidade de declarar o ECI, destacando-se, entre outras, a *Sentencia* SU-250/1998, que discutia

não convocação de concurso público para notários que, embora prevista no artigo 131 da Constituição da Colômbia, o Estado se omitia em organizar o certame; a *Sentencia* T-590/1998, que tratava da prisão de defensor de direitos humanos que havia denunciado violações desses direitos durante massacres ocorridos nos territórios de Cauca e Trujillo, e foi encarcerado em instituição que estavam presas muitas das pessoas que denunciou, gerando ameaças constantes de mortes contra ele. Após solicitar transferência para uma prisão de segurança máxima ou prisão, teve seu pedido negado, o que fez com que a Corte colombiana, quando acionada, declarar o ECI pela omissão do Estado em proteger defensores de direitos humanos; ainda, a Corte Constitucional declarou o ECI na *Sentencia* T-525/1999, correspondente à discussão sobre o atraso sistemático de verbas de aposentadoria e pensões perpetrado pelo Departamento de Bolívar, tendo os juízes constitucionais identificado violação ao direito ao mínimo existencial dos aposentados e pensionistas, cabendo ao Estado diligenciar a qualquer custo para superar dificuldades financeiras e efetuar os pagamentos (CAMPOS, 2016, pp. 135-142).

Na *Sentencia* T-25/2004, a Corte Constitucional colombiana revisou 108 (cento e oito) demandas, ajuizadas em 22 (vinte e duas) cidades por 1.150 (um mil, cento e cinquenta) famílias com uma média de quatro pessoas por núcleo familiar, em que o fundamento dos reclamos era descumprimento do Estado em seu dever de proteção à população deslocada apresentar respostas efetivas às suas petições (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 81). A Corte enfrentou omissão estatal, inclusive legislativa, e declarou o ECI devido a proteção deficiente das pessoas deslocadas violadora de direitos fundamentais básicos, inovando quanto suas declarações anteriores ao reter jurisdição sobre o litígio para assegurar a total implementação de suas ordens. Ou seja, a Corte não se limitou a determinar fossem elaboradas e implementadas políticas públicas rígidas a superar a violação de direitos, mas também supervisionou o cumprimento da decisão (CAMPOS, 2016, pp. 142-153).

Após apresentar o conteúdo da declaração do ECI e a determinação de notificação de membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Campos (2016, p. 152) ressalta que a principal marca da *Sentencia* T-25/04 talvez não seja seu conteúdo, e sim a forma como a Corte cuidou de sua implementação, retendo sua jurisdição para monitorar as providências adotadas pelo Governo e realizando, ao longo de dez anos, vinte audiências públicas com a presença das autoridades

envolvidas e dos setores interessados da sociedade civil, nas quais deliberou sobre a adequação, andamento e aperfeiçoamento das políticas públicas formuladas.

Diante de todas as decisões acima apresentadas e com base na doutrina alienígena, Campos (2016, pp. 163-164) apresenta três fases distintas da evolução da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia durante a construção do ECI: **i)** uma primeira fase, denominada de "iluminismo constitucional", que se estendeu de 1997 a 2000 e alcançou as decisões sobre os docentes não filiados ao *Fondo de Prestación Nacional,* a mora da Caixa Nacional de Previdência quanto aos pedidos de revisão de aposentadorias e pensões, o quadro de superlotação das penitenciárias do país e controvérsia decorrente de dívidas hipotecárias contestadas pelos devedores (oportunidade em que não houve declaração de ECI); **ii)** a segunda, denominada "tenebrismo constitucional", abrangeu os anos de 2000 a 2004 e alcançou uma decisão sobre a mora de pagamento de pensões, uma nova decisão acerca do sistema carcerário e uma manifestação tímida relativa aos problemas das pessoas deslocadas, e; **iii)** a terceira, ainda em andamento, denominada "etapa do renascimento", que possui como marco inicial a *Sentencia* T-25/2004, sobre o deslocamento forçado de pessoas.

A doutrina do ECI desenvolvida pela Corte colombiana tem sido aplicada por Cortes Constitucionais de outros países, encontrando maior ressonância na América do Sul, como é possível verificar em decisões da Corte Constitucional do Perú (*Expediente* 2579-2003HD/TC), da Argentina (caso *Mendoza,* que discute violações do direito à saúde por contaminação ambiental perpetrada por empresas em Buenos Aires), mas também encontrada em decisões da Corte Constitucional da Índia, em que tem sido utilizada para redimensionar políticas de combate à fome (CAMPOS, 2016, pp. 168-205).

É possível perceber, do que se descreveu até aqui, que a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte colombiana derivou de uma evolução na construção dessa teoria, a permitir que o processo de instauração dos litígios estruturais e expedição de sentenças estruturais fosse amadurecido para encontrar seu ápice na *Sentencia* T-25/2004, em que a Corte conseguiu reunir de maneira deliberativa diversos atores atingidos pela situação de deslocamento e encontrou uma maneira de zelar pelo cumprimento de sua decisão, através do mecanismo de monitoramento das decisões.

No Brasil, a figura do ECI foi aplicada de forma ainda tímida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dependendo de maior discussão e amadurecimento a seu respeito para que encontre a ressonância e importância que já lhe é dada por outras Cortes Constitucionais mundo afora. Sobre a utilização do ECI no Brasil é que o próximo tópico desta pesquisa se dedicará.

3.5 O Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil

Enquanto a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) decorreu de um processo de evolução e maturação no seu uso, pela Corte Constitucional da Colômbia, no Brasil a adoção desta teoria ainda é incipiente e não tem encontrado amplo espaço de utilização no âmbito da Corte Constitucional brasileira, a saber, Supremo Tribunal Federal (STF).

Conforme descrevem Taquary e Leão (2019, pp. 204-205), no Brasil a adoção do ECI foi adotada em dois momentos distintos e em duas ações diferentes: **i)** a primeira vez que essa doutrina foi utilizada pelo STF ocorreu no julgamento de Medica Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADFP-MC) 347/2015 (doravante ADPF 247), em que se requereu o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Nacional; **ii)** a segunda oportunidade em que o STF discutiu a existência de um ECI ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252 (doravante RE 580.252), em que se discutia direito a responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes da superlotação carcerária.

Desde então, pesquisa realizada no site do STF utilizando o termo “estado de coisas inconstitucional” apresenta 25 (vinte e cinco) acórdãos como resultado da referida pesquisa apontando, a princípio, haver pouca discussão e utilização desse mecanismo pela Corte Constitucional brasileira. Por certo a utilização do ECI pelo STF pode ser objeto de novas pesquisas relacionadas ao tema, que por ora fogem ao trabalho proposto nesta pesquisa, motivo pelo qual não será aqui aprofundado.

Outrossim e, voltando às duas situações em que o ECI foi utilizado pelo STF, anteriormente mencionadas, a primeira ocasião de declaração do ECI ocorreu no julgamento da ADPF 347, em que se discutiu o sistema carcerário. Trata-se de ação ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) requerendo o reconhecimento, pelo STF, de um ECI relativo ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de

providências estruturais diante de lesões a preceitos fundamentais dos detentos, derivado de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, Estados e Distrito Federal. Ademais, o PSOL argumentou que com a declaração do ECI, o STF poderia impor aos Poderes Públicos a tomada de medidas urgentes e necessárias à superação de violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação dessas medidas (CAMPOS, 2016, p. 285).

A relatoria da ADPF 347 coube ao Ministro Marco Aurélio, que deferiu parcialmente Medida Cautelar pleiteada. Submetida a ação ao plenário do STF, a Corte, por maioria, deferiu-a parcialmente para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis[97] e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos[98], realizassem, em até 90 (noventa) dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento do recolhimento, e à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN) para a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos da verba dele disponível (CAMPOS, 2016, p. 289).

Conforme observa Campos (2016, p. 290), por ocasião do julgamento da ADPF 347, a maioria dos Ministros reconheceu, expressamente, estar presente um ECI, tendo o relator apontado a violação sistemática de diversos direitos fundamentais dos presos, o quadro de falhas estruturais e de falência de políticas públicas, autorizando o STF a tomar medidas estruturais, caracterizando um Estado de Coisas Inconstitucional. Neste aspecto, os Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski também reconheceram textualmente a vigência de um ECI, tendo todos esses Ministros concordado que, ante a violação massiva de direitos fundamentais, o Tribunal deveria intervir, inclusive, sobre a escolha orçamentária de contingenciamento de recursos.

[97] Artigo 9.3, PIDCP: Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

[98] Artigo 7.5, CIDH: Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A despeito do avanço que a decisão proferida cautelarmente na ADPF 347 trouxe, Bruno Baía Magalhães (2019, p. 31) adverte que ela não contribui para um debate dogmático dos pressupostos necessários à declaração de um ECI pelo STF, destacando que as cautelares deferidas nessa ação são inócuas, há injustificada demora no julgamento de seu mérito, os Poderes apresentaram respostas tacanhas que seguem a mesma natureza das políticas tradicionalmente desenvolvidas no Brasil e, por isso, a capacidade da Corte Constitucional brasileira mudar um estado fático de coisas por meio do direito é posta em dúvida.

Por outro lado, o debate havido em torno do RE 580.252 se apresentou como avanço na utilização do ECI pelo STF, nem tanto pelo seu resultado prático, mas porque os debates travados ao longo de seu julgamento a fim de serem estabelecidos critérios para a caracterização de um ECI e da Corte assumir postura mais ativa quanto ao direcionamento de políticas públicas se mostrou profícuo.

O RE 580.252 teve como pano de fundo análise da responsabilidade civil do Estado pela submissão de cidadão preso à condição degradante, existente nos presídios brasileiros. Após voto do relator, Ministro Teori Zavascki, que decidiu por reconhecer a responsabilidade civil estatal e aplicação de indenização em valor módico, foi solicitada vista do processo pelo Ministro Roberto Barroso e, ao votar, acompanhou o voto do relator quanto ao reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, mas avançou na discussão para afirmar haver um ECI no sistema prisional brasileiro que permitiria o ajuizamento de ações individuais buscando a reparação pecuniária decorrente da situação degradante experimentada por todo cidadão preso, de maneira que não bastaria apresentar solução para o caso individual, mas era necessária a prolação de decisão estrutural, em que os demais Poderes da República fossem chamados a superar a situação de degradação carcerária.

De acordo com o Ministro Roberto Barroso:

> [...] Nesse processo, entendo que a jurisdição constitucional não pode desempenhar o papel de mero expectador. Ao contrário, o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este Supremo Tribunal Federal assuma uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve a política prisional no país.
> [...] (BRASIL, 2017).

Infere-se do excerto acima que, verificada a situação de violação massiva e constante decorrente da omissão inconstitucional existente na situação carcerária, a

jurisdição constitucional não pode permanecer passiva, assistindo às violações contínuas de direitos fundamentais da população carcerária e se manifestando somente quanto chamada a decidir sobre algo a respeito: deve agir de maneira mais propositiva e procurando encontrar soluções concretas.

Como destacam Taquary e Leão (2019, p. 208), os fundamentos adotados pelo Ministro Barroso em seu voto-vista ressaltam a importância da jurisdição constitucional na defesa da Constituição e no desempenho do processo, seja para impor diretamente o respeito aos direitos mais básico da população carcerária, seja para provocar os demais Poderes a adotarem medidas concretas para erradicar as violações constatadas.

Embora, como dito alhures, os debates e utilização do ECI no Brasil ainda sejam, a princípio, incipientes e dependam de maior aprofundamento pela Corte Constitucional e pela academia - que é parte importante do processo de evolução e otimização dos meios para seu uso processual -, não se pode dizer que as discussões brasileiras travadas ao redor de seu uso não contribuíram para resultados práticos: Taquary e Leão (2019, p. 210) ressaltam que foi a partir da adoção da tese do ECI que surgiu a figura da audiência de custódia para todos os presos em flagrante, oportunidade em que o juiz criminal analisa a necessidade de continuidade da prisão ou a possibilidade de concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares.

Portanto, sem embargo das críticas que a utilização do ECI pelo STF tem suscitado, parece prematuro afirmar, perfunctoriamente, que o instituto não possa ser utilizado no Brasil ou que sua utilização não trará resultados práticos, pois, como observou Garamito e Franco (2010, p. 64), a declaração do ECI pela Corte Constitucional da Colômbia gerou efeitos concretos e simbólicos - a respeito dos efeitos concretos, Ministro Roberto Barroso, em seu voto-vista anteriormente mencionado, os reconheceu, afirmando que após a declaração do ECI pela Corte colombiana em ação que tratava da situação carcerária degradante lá havida, foram criadas vinte mil vagas em presídios -, tendo ambos sido significativos para o desenvolvimento da teoria naquele país.

Por certo o instituto do ECI não é mecanismo pronto e acabado, que pode ser usado indistintamente sem considerar as peculiaridades e especificidades regionais políticas, legislativas, orçamentárias e judiciárias, devendo ser desenvolvido de acordo com as possibilidades verificadas em cada país que se propõe a avançar na

materialização de direitos fundamentais. A partir de debates realizados pelas Cortes Constitucionais e, entre nós, pelo STF, e estudos amplos e aprofundados sobre seu cabimento, pressupostos e funcionalidades é que se alcançará maturidade que permitirá seu uso mais efetivo como instrumento de debate dialógico entre os Poderes e como mecanismo de concretização de direitos fundamentais, que é o objetivo para o qual foi criado e é utilizado pelas Cortes Constitucionais mundo afora.

3.6 O Estado de Coisas Inconstitucional na Saúde Pública brasileira

Diante de todos os dados apresentados ao longo desta pesquisa que demonstraram, ao menos inicialmente, haver um descumprimento da União em investir o percentual constitucionalmente estabelecido às ações e serviços públicos de Saúde (ASPS); dos argumentos despendidos que apontam para a possibilidade de se reconhecer o financiamento da Saúde como um direito tão fundamental quanto o próprio direito à saúde, e; da apresentação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) como instrumento utilizado por Cortes Constitucionais para a solução de litígios estruturais, que envolvem os Poderes republicanos para solução de falhas estruturais implicadoras de violação massiva e contínua de direitos fundamentais por uma sociedade como um todo, resta verificar, neste momento, se existe um ECI na Saúde Pública brasileira que permita sua declaração pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a convocação dos Poderes Executivo e Legislativo para coordenarem uma solução a eventual estado inconstitucional na Saúde Pública.

Consigne-se, de antemão, que a proposta aqui ventilada não é nova e já foi aventada por Élida Graziane Pinto ao menos em duas oportunidades: em artigo elaborado para o Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, a mencionada autora apontava haver um Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de Saúde brasileira, a permitir sua declaração pelo STF e instauração de uma “macrojustiça” que suscite discussões à Saúde Pública para além das demandas individuais que têm chegado ao Poder Judiciário (PINTO, 2016). Na segunda oportunidade, em artigo escrito para a revista jurídica digital Consultor Jurídico (Conjur), a autora apontou existir um ECI tanto na Saúde, quanto na educação e no sistema prisional, observando que diante das crises existentes nesses sistemas custeados pelo Estado há, em todos eles, um Estado de Coisas Inconstitucional “na fragilidade e na descontinuidade das suas próprias políticas públicas” (PINTO, 2017).

Entretanto, nos dois trabalhos supracitados, a possibilidade de declaração de um ECI na Saúde Pública brasileira não foi enfrentada a partir dos pressupostos fixados nesta pesquisa e que possuem fundamento no trabalho de Campos (2016), motivo pelo qual este trabalho apresenta relevância: verificar, a partir dos dados levantados e doutrinas pesquisadas se os pressupostos para a declaração do ECI foram/estão preenchidos, e estabelecer parâmetros para que se verifique quando o ECI poderá ser declarado.

Registre-se, por oportuno, que os parâmetros aqui utilizados para verificar o preenchimento dos requisitos necessários à declaração de um ECI não são os únicos visualizados pela doutrina. Bruno Baía Magalhães (2019), em artigo que analisou a decisão liminar proferida pelo STF na ADPF 347/2015, que tratou do sistema penitenciário brasileiro, observou não ser possível estabelecer a partir dessa decisão uma construção dogmática que permita identificar quando é possível declarar um ECI. A partir de sua pesquisa, o autor identificou que, segundo a decisão liminar expedida na ADPF 347, haveria para o STF quatro requisitos necessários à declaração do ECI, a saber: (1) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; (2) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação identificada; (3) que a superação das transgressões exija a atuação de todas as autoridades políticas e; (4) existência de um bloqueio político capaz de resolver a situação violadora de direitos fundamentais[99].

Da análise acima realizada, Magalhães então verifica que, no caso do direito à saúde, segundo os pressupostos estabelecidos na decisão prolatada na ADPF 347 não seria possível haver a declaração de um ECI, pois, se o bloqueio político é requisito essencial à declaração do ECI (e o autor verifica ser esse um requisito fundamental segundo a decisão do STF), “o simples fato de o Direito à Saúde figurar como bandeira político-partidária e estar na pauta de preocupações do brasileiro

[99] Magalhães (2019, p. 26), a respeito deste último requisito, observa que ele pode ser subdividido em dois, quais sejam: (a) sub-representação parlamentar da população atingida pela violação generalizada, e (b) a impopularidade social dos atingidos pelas violações. Contudo, afirma: “Os dois últimos requisitos poder ser substituídos, como alternativa, pela fórmula ‘existência de bloqueio político’, sugerida mais acima.”. Para mais, veja-se MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, p. e32760, set. 2019. ISSN 1981-3694. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760. Acesso em 24 nov. 2019.

médio tem o condão de afastar os pressupostos de cabimento do ECI [100] " (MAGALHÃES, 2019, p. 26).

Outrossim e, diante da assertiva supra, mostra-se mais necessário verificar se, pelos pressupostos adotados neste trabalho como necessários à instauração do ECI, eles foram/estão preenchidos para que se declare um Estado de Coisas Inconstitucional na Saúde Pública brasileira ou, ao revés e segundo os pressupostos verificados por Magalhães (2019, p. 26), não é possível se falar em ECI na situação sanitária nacional.

Com efeito, o primeiro pressuposto a ser verificado é a constatação de um quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais (e não mera proteção deficiente desses direitos), que afeta a um número amplo de pessoas e se apresenta não apenas como problema jurídico, mas social, deve-se verificar se esse primeiro pressuposto está preenchido de acordo com a pesquisa desenvolvida.

Verificou-se, no capítulo 2, as contas prestadas pelo Ministério da Saúde (MS) dos anos de 2014 a 2016 (RAGs 2014, 2015 e 2016), e as análises dessas contas pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) do mesmo período (Análise-RAGs 2014, 2015 e 2016), oportunidade em que se observou haver, nos anos avaliados, investimento em ações e serviços públicos de Saúde (ASPS) pelo MS abaixo dos valores orçamentários disponibilizados para investimentos em ASPS. Embora nos anos de 2014 e 2015 o CNS não tenha reprovado as contas prestadas pelo MS – que estariam de acordo com o percentual de investimento da União definido pela Constituição da República para esses períodos -, isso não significou que a aprovação das mencionadas contas passasse ilesa de ressalvas que identificaram uma série de investimentos abaixo dos valores disponíveis aos fins que se destinavam. Sobre isso, vejam-se a Tabela 5 (p. 125) e o Quadro 4 (p. 135), que apresentam as rubricas que receberam investimentos abaixo dos valores disponíveis em orçamento para cada uma delas: em 2014, programas como atenção à Saúde da mulher, criança e adolescente, combate às carências nutricionais, fomento à pesquisa em ciência e tecnologia e ações de vigilância epidemiológica deixaram de receber valores que lhes

[100] Segundo Magalhães (2019, p. 26), a sub-representação parlamentar da população carcerária os impede de votar e serem votados, segundo a decisão do STF, não gozando de representação política no Congresso a permitir que seus interesses sejam defendidos parlamentarmente. Daí que, se a sub-representação política é requisito para a instauração de um ECI, estando o Direito à Saúde na pauta político-partidária e na preocupação do cidadão médio com capacidade política, faltará um requisito necessário para que seja declarado o Estado de Coisas Inconstitucional na Saúde brasileira.

estavam disponibilizados, para fins de superávit das contas públicas; no ano de 2015, programas como aquisição de medicamentos para DST/AIDS, vacinas e vacinação, aquisição de medicamentos estratégicos e ações de vigilância epidemiológica receberam valores menores que os disponíveis no orçamento.

Desta forma e como defendido anteriormente, embora a União tenha aplicado nos anos de 2014 e 2015 os percentuais mínimos fixados pela CR a serem investidos em ASPS cumprindo a regra constitucional, segundo as Análises-RAG destes anos elaboradas pelo CNS, a inscrição de valores vultosos como Restos a Pagar (RAPs) nestes anos, somados aos RAPs de anos anteriores, coloca em dúvida se o investimento mínimo constitucional foi cumprido pela União nesse período.

Quanto ao ano de 2016, a Análise-RAG do CNS verificou que os valores investidos pelo MS em ASPS ficaram abaixo do percentual mínimo de 15% (quinze por cento) da Receita Corrente Líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro (art. 198, §2º, I), descumprindo a regra prescrita pela CR como piso de investimento (investimento de 14,7% da RCL como apontado no item 2.3.3 dessa pesquisa), o que levou o órgão social de controle a reprovar as contas do Poder Executivo correspondentes a esse período, identificando uma série de rubricas que receberam valores inadequados, intoleráveis e inaceitáveis de empenhamento e liquidação, conforme se constata no Quadro 6 (p. 152) e que apresentam programas como Saúde indígena, aquisição e distribuição de medicamentos de DST/AIDS, atenção à Saúde da mulher, criança e adolescente, ações de vigilância epidemiológica, fomento à pesquisa em ciência e tecnologia e combate às carências nutricionais receberam investimentos muito abaixo dos valores disponíveis em orçamento.

Sendo assim, não apenas foi descumprido o investimento mínimo estabelecido pela CR (15% da RCL do respectivo exercício financeiro), como também não houve investimento mínimo (considerado que os valores inscritos no orçamento configuram o mínimo a ser investido a partir do mínimo estabelecido pela CR) compartimentalizado em cada uma das rubricas descritas no Quadro 6 supracitado, indicando que não houve o devido financiamento do direito fundamental à saúde conforme prescrito pela Constituição da República.

Contudo, remanesce a pergunta: o primeiro requisito, de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta número amplo de pessoas, está preenchido segundo a pesquisa aqui empreendida?

Ao que tudo indica, parece que a resposta à indagação supra é positiva.

Isso porque, a ausência de investimentos mínimos em ASPS, nos termos prescritos pelo texto constitucional, caracteriza violação massiva e contínua de direitos fundamentais que atinge número amplificado de pessoas, pois: **i)** o descumprimento do investimento mínimo global descrito pela CR, que implicou perdas de bilhões de reais que deveriam ter sido investidos em Saúde Pública (considerando os RAPs, R$ 7,1 bilhões deixaram de ser investidos em 2014; R$ 7,6 bilhões deixaram de ser investidos em 2015, e; R$ 439 milhões não foram investidos em 2016) caracteriza violação massiva, seja pelos vultosos montantes que deixaram de ser aplicados, seja porque o desinvestimento em Saúde prejudica a um sem número de pessoas que não podem ser identificadas e que não fazem parte de uma minoria ou grupo vulnerável; **ii)** a inobservância do investimento mínimo em rubricas específicas também caracteriza violação inconstitucional massiva, pois, embora alguns grupos possam ser identificados (como o desinvestimento em Saúde indígena), o subfinanciamento de programas voltados à carência nutricional, à Saúde de mulheres, crianças e adolescentes e às ações de vigilância epidemiológica, entre outros, atinge grande parcela da população que depende desses investimentos para terem acesso à Saúde; **iii)** afora a violação massiva (por volume de dinheiro não investido e quantidade de pessoas atingidas), o descumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS perpetrado pelo Governo Federal durante anos seguidos (neste estudo, o período de 2014 a 2016), caracteriza violação contínua a direitos fundamentais de toda uma população difusa e que depende desse investimento para ter um mínimo de acesso à Saúde Pública, e; **iv)** finalmente, pelo que se expôs até aqui, é possível identificar violação a diferentes direitos fundamentais, como o direito fundamental social à Saúde, umbilicalmente ligado ao direito à vida; direito à dignidade da pessoa humana, eis que, sem um mínimo de Saúde, não se pode viver uma vida digna; direito fundamental à infância e juventude (na hipótese de não-investimento em programas voltadas a essa população); direito fundamental à proteção da Saúde (na hipótese de não-investimento em ações de vigilância epidemiológica), interligado ao próprio direito à saúde, etc.

Por todos os pontos acima destacados, é possível se verificar o preenchimento do primeiro pressuposto necessário à instauração e declaração do ECI (quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a número amplo de pessoas).

Entretanto, no caso de se considerar o financiamento regular da Saúde como um direito fundamental - como exposto no item 3.1 dessa pesquisa onde, a partir da utilização do conceito de suporte fático amplo desenvolvido por Robert Alexy, inclui-se no âmbito de proteção de cada princípio e regra de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção (ALEXY, 2017, p. 322) -, então não é necessário recorrer à violação a cada rubrica das ASPS que receberam investimentos em níveis inaceitáveis, inadequados e intoleráveis para se visualizar a ofensa a diferentes direitos fundamentais. Se o direito ao regular financiamento da Saúde é direito fundamental, como aqui se defende, então toda vez que ele receber investimento em nível menor que o estabelecido pela CR/1988 haverá uma violação ao direito fundamental ao correto e regular financiamento da Saúde, que ensejará uma violação ao direito fundamental à saúde, que acarretará numa violação ao direito à dignidade da pessoa humana e, em última instância, implicará numa violação do direito à vida [rememore-se a pertinente lição de Sarlet (2007, p. 373), de que ao Estado não basta apenas não tirar a vida, mas também a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana], caracterizando o preenchimento do primeiro pressuposto necessário à declaração do ECI na Saúde Pública brasileira: ofensa a diferentes direitos fundamentais.

Isto posto e, verificado que pelo até aqui apresentado é possível constatar haver violação massiva (caracterizada pelos valores não-investidos que demonstram possível descumprimento ao investimento mínimo estabelecido constitucionalmente a ser observado pela União e que atinge, assim, número indefinido de pessoas); contínua (decorrente do não-investimento em Saúde de acordo com os moldes constitucionais estabelecidos por anos seguidos e ininterruptos); de diferentes direitos fundamentais (partindo das premissas estabelecidas no item 3.1 dessa pesquisa, violação do direito fundamental ao regular financiamento da Saúde, do próprio direito à saúde, da dignidade da pessoa humana e, finalmente, do direito à vida); que afeta número amplo de pessoas (observado que o não-investimento de acordo com a CR importa em prejuízo de acesso à Saúde a um sem número de pessoas, que não podem ser identificadas e que acarreta prejuízos[101] a todos cidadãos e ao Brasil), há

[101] Utiliza-se aqui o substantivo pois, segundo estudo elaborado pelo IPEA no ano de 2011, que apurou resultados para efeitos econômicos de gastos sociais realizados Governo Federal, para cada R$ 1,00 (um real) gasto com Saúde, há um retorno de R$ 1,70 (um real e setenta centavos) para o Produto Interno Bruto (PIB), demonstrando que, quando se deixa de investir em Saúde como se procura demonstrar neste trabalho acadêmico, há prejuízos à sociedade e ao próprio país. Para mais

indicativos que permitem concluir pelo preenchimento do primeiro pressuposto essencial para ser declarado um ECI na Saúde Pública brasileira pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Passa-se, agora, à análise do segundo pressuposto necessário ao estabelecimento de um ECI, qual seja, a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. Para verificação do preenchimento desse pressuposto, é oportuno recorrer ao modelo de análise do suporte fático desenvolvido por Virgílio Afonso da Silva (2010) e apresentado no item 3.2 deste trabalho, quando se analisou o não-investimento em Saúde à luz do conceito de suporte fático dos direitos fundamentais sociais.

Segundo as premissas estabelecidas no item 3.2 supracitado, para Virgílio Afonso da Silva há dois conceitos de suporte fático, a saber, suporte fático abstrato e suporte fático concreto[102]. A partir desses dois conceitos, o autor em referência propõe modelo amplo de suporte fático dos direitos fundamentais, que será composto por âmbito de proteção, intervenção estatal e ausência de fundamentação constitucional na intervenção, de maneira que, em havendo fundamento constitucional para a intervenção estatal (quando se tratar de liberdades públicas), não se tratará de intervenção injustificada mas sim restrição de direitos fundamentais; em se tratando de direitos fundamentais sociais, em que as ações estatais devem fomentar a realização desses direitos, a fundamentação constitucional procura justificar porque houve omissão estatal ou ação insuficiente para a materialização desses direitos pelo Estado.

Assim e, a partir da utilização do modelo de suporte fático acima mencionado, é possível constatar haver uma omissão inconstitucional injustificada quanto ao direito fundamental ao financiamento da Saúde Pública e ao próprio direito à saúde, pois, como já observado em outro ponto desta pesquisa (pp. 205-206):

> [...] se o conceito de suporte fático dos direitos sociais é composto de (1) âmbito de proteção (direito fundamental à saúde, em específico ao

informações, veja-se Comunicados do IPEA nº 75, fevereiro/2011 – Gastos com a política social: alavanca para o crescimento com distribuição de renda. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7110. Acesso em 24 mai. 2020, p. 11.

[102] Como explicado no item 3.2, p. 203, com base em Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 67), suporte fático abstrato diz respeito aos "fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica"; suporte fático concreto se refere à ocorrência concreta dos fatos ou atos que a norma jurídica abstrata juridicizou.

> regular financiamento das ações e serviços públicos de Saúde), de (2) intervenção estatal (nos direitos sociais, a ausência de fomento e concretude destes direitos) e de (3) fundamentação constitucional (em direitos sociais, o fundamento constitucional deve ser para explicar a omissão ou insuficiência estatal), ao se verificar que o financiamento da Saúde Pública está abaixo do quanto determinado pela CR/1988, seja pelas regras da EC 29/2000 (variação nominal do PIB) ou da EC 86/2015 (15% da Receita Corrente Líquida do respectivo exercício financeiro), sem um devido e correto fundamento constitucional para que regras estabelecidas pela Constituição sejam efetivamente cumpridas, constata-se uma violação a direitos fundamentais à Saúde e ao seu financiamento [...].
>
> O resultado do descumprimento do texto constitucional, que estabelece percentual mínimo de aplicação em ações e serviços públicos de Saúde, à luz do conceito de suporte fático dos direitos fundamentais demonstra haver violação do direito fundamental à saúde e ao seu financiamento, garantido pela CF/1988 (âmbito de proteção), sem a correspondente fundamentação constitucional que dê suporte a esta omissão estatal (intervenção) ou explique os investimentos abaixo do nível prescrito pelo constituinte.
>
> No mesmo diapasão, a constatação pelo CNS de que os valores aplicados em Saúde Pública ficaram aquém dos níveis determinados pela CR/1988 corroboram a ideia de violação do direito à saúde e ao seu correto financiamento, pois, partindo do conceito de suporte fático dos direitos sociais, não há fundamentação constitucional que explique o investimento abaixo dos níveis previstos pela legislação de regência (CF/88 e LC 141/12), caracterizando intervenção estatal derivada de sua omissão em fomentar este direito social.
>
> Portanto, e à luz do conceito de suporte fático dos direitos fundamentais sociais, verifica-se haver violação dos direitos fundamentais à Saúde e ao seu financiamento não apenas pela previsão do primeiro (Saúde) no rol dos direitos constitucionais (o que seria suficiente para sua proteção), e do caráter de direito fundamental que possui o segundo (financiamento das ações e serviços públicos de Saúde). A violação aqui indicada decorre da demonstração lógica de que estes direitos constituem um suporte fático, composto de elementos que, quando preenchidos, concretizam uma consequência jurídica.

Verificado, à luz do conceito de suporte fático dos direitos fundamentais sociais, que não há fundamentação constitucional que justifique a União investir em ASPS níveis menores que os estabelecidos pela Constituição da República, e observado que segundo os dados pesquisados essa omissão tem se mostrado persistente, eis que ao menos em três exercícios financeiros (2014, 2015 e 2016) os investimentos em Saúde estiveram abaixo dos percentuais constitucionalmente estabelecidos, mostra-se preenchido o segundo pressuposto necessário à declaração de um ECI na Saúde Pública brasileira, desafiando a instauração de litígio estrutural que permita aos Poderes Executivo e Legislativo, por iniciativa do Poder Judiciário, debater questões orçamentárias e administrativas (falhas estruturais) que permitam a concretização do

direito fundamental ao financiamento das ASPS pela União e, como corolário lógico, a concretização do próprio direito constitucional à saúde.

Quanto ao preenchimento do terceiro pressuposto - que se relaciona com o segundo e diz respeito à superação de falhas estruturais por diversos órgãos, devendo a responsabilidade das referidas falhas ser atribuída a uma pluralidade de atores públicos -, novamente se recorre às premissas definidas ao longo do capítulo 2 desta dissertação, haja vista que, conforme procurou lá se demonstrar, o descumprimento do investimento mínimo em ASPS, abaixo dos parâmetros estabelecidos no art. 198, §2º, I, da CR/1988, repousa em grande parte no Poder Executivo, que apresenta justificativas variadas para não investir os valores previstos em orçamento destinados à Saúde Pública (como necessidades de superávit, inscrições injustificadas de verbas em Restos a Pagar, tergiversações jurídicas e etc.).

Porém, também é possível encontrar responsabilidade no Poder Legislativo, ao impedir maior participação popular e ampla deliberação com a sociedade a respeito do orçamento público que envolve, entre outros assuntos, o financiamento da Saúde Pública (que é meio de concretização do direito à saúde). Embora possa haver alguma dificuldade de compreensão, pela sociedade, dos mecanismos públicos orçamentários, a experiência do Orçamento Participativo mencionada no capítulo 2 se mostrou meio de participação democrática direta que buscava não apenas atender aos anseios da sociedade, mas também conscientizá-la da importância do orçamento público e como os interesses coletivos podem se sobrepor a interesses individuais. Ademais, e como observou Kiyoshi Harada (2016, meio digital), a participação no processo de elaboração de leis orçamentárias pela sociedade, assim como o acompanhamento de sua execução, mostra-se instrumento de cidadania, e a cidadania se faz presente também pelo orçamento.

De toda sorte, o descumprimento do investimento mínimo constitucional em Saúde, pela União, apresentado no capítulo 2 dessa dissertação através do enfrentamento das contas prestadas pelo MS e sua análise pelas Análises-RAGs elaboradas pelo CNS, referente ao período de 2014 a 2016 (inclusive com a reprovação das contas do MS correspondentes ao último ano), pressupõe a necessidade de expedição de ordens judiciais a mais de um órgão ou Poder (essencial a discussão do orçamento público pelo Poder Legislativo e da sua execução pelo Poder Executivo), para uma adequação do investimento em ASPS de acordo com os percentuais mínimos fixados pela Constituição da República. E, em sendo assim,

então se apercebe o preenchimento do terceiro pressuposto de declaração do ECI na Saúde Pública brasileira (emissão de ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses).

Finalmente, o quarto e último pressuposto para a declaração do ECI, potencialidade de ações judiciais individuais reivindicando o direito fundamental desrespeitado - que se somam às ações já existentes e produzem grave congestionamento da máquina judiciária -, há de se observar que este fenômeno já ocorre no Brasil, por força da denominada "judicialização da Saúde".

De acordo com pesquisa realizada por Clenio Jair Schulze (2017, meio digital), baseada no Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), havia no Brasil, até 31/12/2016 (período compreendido por esta pesquisa), 1.346.931 (um milhão, trezentos e quarenta e seis mil, novecentos e trinta e um) processos tramitando em todas as esferas judiciais pleiteando algum aspecto do direito fundamental à saúde[103]. Embora este número contenha ações discutindo relações de direito privado (derivadas de demandas consumeristas e trabalhistas), a maior parte destes processos têm relação com direito público e algum aspecto relacionado ao financiamento da Saúde Pública (fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos pelo SUS, hospitais e outras Unidades de Saúde, etc.), demonstrando já se ter passado de um estágio inicial de discussão do direito à saúde e ao seu financiamento para ingressar na necessidade de um macrodebate sobre este assunto, para se buscar sua resolução.

Portanto, pelo dado empírico supracitado - que demonstra haver um excessivo número de ações discutindo o direito à saúde pelos tribunais brasileiros e sua relação com o financiamento constitucionalmente adequado das ASPS -, parece estar preenchido o quarto requisito necessário para que seja declarado o ECI na Saúde Pública brasileira pelo STF, devendo este debate avançar no âmbito da Corte Constitucional pátria, a fim de que se encontre uma solução às falhas estruturais identificadas na presente pesquisa acadêmica.

---

[103] Atualmente, tramitam no Brasil 2.228.531 (dois milhões, duzentos e vinte e oito mil, quinhentos e trinta e um), segundo SCHULZE, Clenio Jair. Números de 2019 da judicialização da Saúde no Brasil. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil. Acesso em 25 mai. 2020.

A declaração do ECI, pelo STF, pode ocorrer através do ajuizamento de ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)[104], como defende Élida Graziane Pinto (2016, p. 6), ou mesmo através de Recurso Extraordinário (RE)[105], como proposto pelo Ministro Roberto Barroso quando do julgamento do RE 580.252, no qual se discutiu responsabilidade civil do Estado pela submissão de encarcerado a situações degradantes em estabelecimentos carcerários.

Diante de todo o exposto e, verificado estarem preenchidos os pressupostos necessários para a declaração do ECI pelo STF, bem como haver indícios robustos do descumprimento da União em cumprir o investimento mínimo estabelecido pela CR a ser aplicado em ASPS, parece ser possível ser instaurado o litígio estrutural apto a desencadear um ECI na Saúde Pública brasileira, buscando a expedição de ordens para mais de um órgão ou Poder da República a fim de sanar as falhas estruturais aqui apresentadas e que prejudicam a concretização dos direitos fundamentais ao regular financiamento da Saúde Pública e, por consequência, do direito à saúde prescrito na Carta Magna.

Como observa Élida Graziane (2016, p. 7), no caso do direito fundamental à saúde parece ser inadiável o diagnóstico do Estado de Coisas Inconstitucional quanto à fragilidade e à descontinuidade das políticas públicas que deveriam lhe assegurar efetividade, até para evidenciar impasses e omissões históricas na federação brasileira que desfragmentaram este direito desde sua inserção no texto constitucional, bem como para que sejam implementadas rotas de pactuação intergovernamental que não sejam preteridas ou fraudadas.

---

[104] A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista pelo art. 102, §1º, da CR/1988 e regulamentada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), tem por objeto "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público" (art. 1º, Lei 9.882/99). Ainda, de acordo com o parágrafo único do referido art. 1º da Lei 9.882/99, a ADPF também é cabível "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição." Finalmente, destaque-se que segundo o art. 2º da Lei 9.882/99 são legitimados para propor a ADPF os mesmos legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). A respeito da ADPF, observam Mendes e Branco (2015, p. 1.276) que ela "vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade) poderão ser objeto de exame do âmbito do novo procedimento."

[105] Prevê o art. 102, inciso III, alíneas "a", "b", "c" e "d" da CR/1998 que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, e; julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

A pretensão da declaração de um ECI na Saúde Pública brasileira, nos moldes aqui delineados, tem muito menos a intenção de inaugurar inovação jurídica ou ser a melhor resposta para um problema que se apresenta perene e de difícil resolução. O que se propõe é um diálogo constitucional entre os três poderes, pois, como observa Virgílio Afonso da Silva (2007, pp. 167-181 apud SILVA, 2010, p. 251):

> Se [...] juízes não devem distribuir medicamentos ou benefícios similares aos indivíduos, eles devem estar aptos a canalizar pretensões individuais e, em uma espécie de processo de diálogo constitucional, exigir justificações objetivas e transparentes acerca da alocação de recursos públicos por meio de políticas públicas, de forma a poder, sempre que necessário, discutir e contestar tais alocações com os poderes políticos.

Esta é a ideia que permeia a proposta de estabelecimento de um ECI na Saúde Pública brasileira pelo STF: a possibilidade de instauração de uma justiça dialógica, embasada numa democracia deliberativa, que permita um amplo debate entre todos os atores envolvidos e/ou afetados pelas políticas públicas de Saúde descumpridas pela ausência de investimentos mínimos prescritos pela Constituição da República, de modo que constante e paulatinamente sejam encontradas soluções que permitam a efetivação do direito fundamental ao regular financiamento da Saúde Pública e, consequentemente, a efetivação do direito à saúde.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a investigar se a União cumpriu, durante o período pesquisado (2014, 2015 e 2016), o comando constitucional de aplicação de recursos mínimos em ação e serviços públicos de saúde previsto no art. 198, §2º, da Constituição da República (inserido por força da Emenda Constitucional 29/2000), e quais os efeitos que eventual descumprimento da referida regra constitucional podem acarretar.

Para cumprir este objetivo, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo se dedicou ao estudo do regime jurídico de aplicação de recursos mínimos em saúde, destacando-se as regras aplicáveis ao Governo Federal, por se tratar do ente federado pesquisado neste trabalho. Outrossim, neste capítulo foram estudados os contextos históricos e as determinações de aplicações de recursos em ASPS definidos pela Emenda Constitucional 29/2000 (EC 29/2000); pela Lei Complementar 141/2012 (LC 141/2012), que regulamentou as regras da EC 29/2000; a Emenda Constitucional 86/2015 (EC 86/2015), que alterou dispositivos da Constituição para definir novos critérios de aplicação em ASPS pela União; e, por fim, este capítulo abordou as novas regras prescritas pela Emenda Constitucional 95/2016 (EC 95/2016), que estabeleceu novo método de cálculo para o investimento mínimo federal em ASPS e caracterizou, conforme demonstrado, redução e congelamento dos montantes a serem investidos pela União em saúde pública nos próximos vinte anos.

No segundo capítulo, procurou-se verificar se a União investiu, durante o período pesquisado, o percentual determinado pela Constituição da República em ASPS. Para tanto, o capítulo estuda inicialmente o dever do Chefe do Poder Executivo de prestar contas do uso dos dinheiros públicos; prossegue verificando o direito da sociedade de exigir e fiscalizar as contas públicas, concentrando-se no exercício deste direito pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), órgão oficial de atuação social junto ao Ministério da Saúde; após estabelecer o dever governamental de prestação de contas e o direito social de fiscalização dos dinheiros públicos, apresentam-se as contas prestadas pelo Ministério da Saúde e a análise dessas contas realizadas pelo CNS, oportunidade em que se constatou o descumprimento da regra constitucional de investimentos mínimos em ASPS pelo Governo Federal, como doravante se descreverá; por fim, o capítulo apresenta alguns dos efeitos que o referido

descumprimento do texto constitucional pode acarretar ao Chefe do Poder Executivo, tanto no âmbito interno (crime de responsabilidade e improbidade administrativa) quanto externo (denúncia perante a Organização dos Estados Americanos – OEA, e perante a Organização das Nações Unidas – ONU).

Por fim, o terceiro e último capítulo deste trabalho se dedica ao estudo do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) enquanto efeito ampliado do descumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS. Para se chegar à conclusão de sua existência e aplicabilidade na saúde pública brasileira, o capítulo se inicia com uma abordagem do financiamento constitucional da saúde como direito fundamental e dotado de força normativa; analisa o não-investimento em ASPS segundo as diretrizes constitucionais, à luz do conceito de suporte fático dos direitos fundamentais sociais; apresenta o ECI como efeito da omissão estatal ao descumprir a regra constitucional de investimento mínimo em ASPS, sua evolução na Colômbia (país tido como berço deste mecanismo) e como tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, e; finaliza-se com a demonstração do preenchimento dos requisitos necessários, segundo a doutrina utilizada neste trabalho, para a caracterização de um ECI na saúde pública brasileira pelo STF, diante do descumprimento da União em investir em ASPS o percentual mínimo estabelecido pela Constituição da República.

Desta forma, pelo Capítulo 1 conclui-se que o financiamento da saúde pública sempre encontrou dificuldades para se concretizar segundo os moldes idealizados pelos precursores da Reforma Sanitária e pelo constituinte originário. Isto porque **(i)** desde a ideia inicial pré-Constituição de 1988, definida na oitava Conferência Nacional de Saúde, de que 10% do Produto Interno Bruto (PIB) fosse destinado à saúde (SANTOS, 2016, p. 92); **(ii)** passando pela alocação de 30% do orçamento da seguridade social (OSS) a ser destinado pela União às ASPS, o que não ocorreu devido parte desses recursos ter sido utilizado para pagamento de despesas de outras áreas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 47); **(iii)** a necessidade do Ministério da Saúde ter de contrair empréstimo com o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) em 1992 para poder financiar despesas da saúde por não possuir recursos para tanto (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013, p. 48); **(iv)** até a implementação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) em 1994, a fim de fomentar o financiamento da Seguridade Social e da saúde especificamente, o que se verificou é que a área da saúde sempre encontrou dificuldades para se consolidar no Brasil.

Essas dificuldades foram parcialmente superadas com a promulgação da Emenda Constitucional 29/2000, que estabeleceu regras para a progressiva provisão de recursos às ASPS e definiu aporte anual mínimo de verbas a serem investidas nessa área (ASPS) pela União, vinculando parte de suas receitas ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Referida superação parcial assim permaneceu com a promulgação da Lei Complementar 141/2012, que regulamentou as regras constitucionais de investimento mínimo anual em saúde pelos entes federados, especificou o que são ações e serviços públicos de saúde e outros aspectos (como as penas aplicáveis pela não-investimento em ASPS pelos entes federados, etc.), e tornou permanentes as regras transitórias do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) ao definir que a União aplicará anualmente em ASPS o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos da referida Lei Complementar e acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

Contudo, a saúde pública voltou a sofrer um golpe em seu orçamento com a promulgação da EC 86/2015, que estabelecia regime progressivo de investimento em ações e serviços públicos de saúde e partiria de um percentual 13,2% da Receita Corrente Líquida (RCL) da União em 2016; avançaria para 13,7% em 2017; 14,1% em 2018; 14,5% em 2019, e apenas em 2020 alcançaria o percentual de 15% da RCL da União a ser investido em ASPS. Segundo a pesquisa realizada, o regime progressivo de investimentos em ASPS pela União estabelecido pela EC 86/2015 caracterizou retrocesso social, pois de acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), quando a EC 29 entrou em vigor no ano 2000 os gastos da União com saúde correspondiam a 14% de sua RCL. Este mesmo nível de investimentos em ASPS, nos moldes preconizados pela EC 86, só seria alcançado pela União no ano de 2018, quando deveria investir 14,1% de sua RCL (IPEA, 2016, p. 182). Ante tal retrocesso, coube ao Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595 (ADI 5.595), que discutia a constitucionalidade da EC 86/2015, declarar liminarmente a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da referida EC 86, que versavam sobre o financiamento da saúde, observando que a Constituição da República veda a possibilidade de retrocesso de direitos sociais, ainda que transitoriamente. Enquanto aludida decisão liminar aguarda o julgamento de seu

mérito, o STF definiu caber à União investir em ASPS 15% de sua RCL do respectivo exercício financeiro.

Ainda de acordo com o Capítulo 1 deste trabalho, verificou-se que embora o STF tenha determinado caber à União investir 15% de sua RCL do respectivo exercício financeiro em ações e serviços públicos de saúde (ASPS), novo retrocesso social pôde ser verificado com a promulgação da EC 95/2016, que sob a alcunha de Novo Regime Fiscal (NRF) estabeleceu teto de gastos para as despesas primárias a ser atualizado anualmente apenas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) durante vinte anos, caracterizando congelamento da aplicação de recursos em ASPS a partir do ano de 2017 (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 8; ROSSI; DWECK, 2016, p. 1). Ademais, referido teto de gastos implica desvinculação do piso de investimentos em ASPS estabelecidos pelas Emendas Constitucionais anteriores (EC 29/2000 e EC 86/2015), além de ensejar redução das transferências do Ministério da Saúde para Estados, Distrito Federal e Municípios, afetando o financiamento das ações de saúde desenvolvidas pelas esferas subnacionais (BRASIL DEBATE, 2018, p. 30). Tal situação de austeridade nos investimentos em ASPS levou alguns autores a identificarem que o NRF se desvencilhou do projeto social originariamente concebido na CR/1988 (MARIANO, 2017), enquanto outros declararam haver verdadeiro “estado de sítio fiscal” devido o Novo Regime afastar por quase duas décadas a relação de proporcionalidade existente entre arrecadação e destinação obrigatória aos direitos sociais à saúde e educação (PINTO; XIMENES, 2018, pp. 980-1.003). Em conclusão, verifica-se da leitura do Capítulo 1 que os debates referentes ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde nunca foram pacíficos, nem convergiram para o estabelecimento de regras que permitissem à saúde realmente gozar de prestígio e recursos suficientes para sua manutenção. Ao revés, o que se depreende da pesquisa realizada é haver conflitos sobre o financiamento da saúde, sobre a alocação de recursos destinados às ASPS e sua manutenção, dificuldades de implementação de regras que vinculem recursos destinados exclusivamente à saúde e interesse no desvirtuamento e esvaziamento do financiamento das ASPS, de modo a dificultar o acesso da sociedade a esse direito constitucionalmente garantido e protegido.

A conclusão apresentada no Capítulo 1 - de conflitos e dificuldades para a alocação de recursos à saúde e às ações e serviços públicos de saúde (ASPS) - é confirmada pelo Capítulo 2 da presente pesquisa. Embora se verifique haver um dever

do Chefe do Poder Executivo de prestar contas à sociedade pelo uso dos dinheiros públicos (art. 84, XXIV, CR/88) e o direito da sociedade de exigir aludida prestação de contas (*ex. gr.,* art. 31, §3º e art. 74, §2º, CR/88), esses mecanismos essenciais ao exercício do princípio democrático de participação popular no poder político nem sempre se mostram eficazes a ponto de garantir a efetiva disposição de recursos públicos à saúde e às ASPS.

Isto porque, a despeito do dever de prestação de contas pelo Chefe do Poder Executivo, o que a pesquisa em questão verificou é que o exercício do controle social das contas públicas – que no âmbito federal, objeto desta pesquisa, compete ao Conselho Nacional de Saúde (CNS) -, por vezes não é levado em consideração quando contraria os interesses do Poder Executivo, como se verifica do quadro constante da página 108, onde é possível visualizar que Resoluções do CNS não foram homologadas pelo Ministério da Saúde, como determina a legislação de referência (art. 1º, Decreto 5.839/2006), por reprovarem as contas do Ministério da Saúde (como é o caso da Resolução nº 551 do CNS). Essas Resoluções do CNS são essenciais ao exercício do princípio democrático e controle das contas públicas pela sociedade, pois são através delas que se verificam, como foi verificado no âmbito deste trabalho acadêmico, que o Governo Federal nem sempre aplicou em ASPS os percentuais mínimos estabelecidos pela Constituição da República como piso mínimo de investimento em saúde pública.

Nesse sentido, as Análises dos Relatórios Anuais de Gestão realizadas pelo CNS (Análise-RAG/CNS), a partir dos Relatórios Anuais de Gestão do Ministério da Saúde (RAG/MS), confirmam a informação supracitada de que nem sempre o Governo Federal cumpriu a norma constitucional de aplicação de recursos mínimos em ASPS. Como é possível verificar da pesquisa empreendida, que analisou e comparou os dados constantes dos RAG/MS e das Análises-RAG/CNS dos anos de 2014, 2015 e 2016 (delimitação temporal da pesquisa), observou-se que **nos anos de 2014 e 2015 a União aplicou em ASPS o montante mínimo** estabelecido pela Constituição da República; contudo, **no ano de 2016 a União aplicou em ASPS percentual menor que o fixado pela CR/88,** segundo a Análise-RAG/CNS, respondendo à questão que deu origem à pesquisa em tela, a saber, se a União cumpriu, no período pesquisado, o comando insculpido no art. 198, §2º, I, da CR/1988, de aplicação anual em ASPS de percentuais mínimos calculados segundo as regras vigentes às épocas pesquisadas

No que se refere ao ano de 2014, ainda estavam em vigor as regras da EC 29/2000, regulamentadas pela LC 141/2012, disciplinando caber à União aplicar, anualmente, em ASPS o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos da referida Lei Complementar e acrescido de no mínimo o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Dessa maneira, segundo o RAG2014/MS a União aplicou em ASPS R$ 92,243 bilhões, o que representou aumento de 11,06% em relação aos investimentos ocorridos em 2013, acarretando numa aplicação de R$ 284,4 milhões acima do piso constitucional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, p. 5). Essa informação é confirmada pela Resolução nº 505/2015 do CNS e Análise-RAG2014/CNS que a acompanha, que aprovou com ressalvas as contas prestadas pelo MS e considerou o valor aplicado regular ao apontar que ele representou um nível de execução orçamentária de 94,2% da dotação atualizada e está dentro da faixa de investimentos tidos como regulares pelo CNS (faixa entre 90% e 98% de investimentos) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2015, p. 6). Portanto, e de acordo com a pesquisa efetuada, no ano de **2014 a União aplicou em ASPS o percentual/montante mínimo estabelecido pela CR/1988.**

Também pela pesquisa realizada para a elaboração deste trabalho, verificou-se que as contas prestadas pelo MS em seu RAG/2015 foram aprovadas com ressalvas pelo CNS, através de sua Resolução nº 533/2016 e respectiva Análise-RAG/CNS. A prestação de contas contida no RAG2015/MS observou as regras da EC 29/2000 e LC 141/2012, pelas quais cabia à União aplicar anualmente em ASPS o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos da referida Lei, acrescido de no mínimo o percentual correspondente à variação nominal do PIB ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Assim e, segundo o RAG2015/MS, a União aplicou em ASPS R$ 100,055 bilhões, o que representou aumento de 8,87% em relação aos investimentos ocorridos em 2014 e acarretou numa aplicação de R$ 1,746 milhão acima do piso constitucional (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 7). Essa informação é confirmada pela Análise-RAG2015/CNS, que aprovou com ressalvas as contas do MS e considerou o valor aplicado regular, segundo seus critérios, ao apontar que ele representou um nível de execução orçamentária de 91,0% da dotação atualizada e está dentro da faixa de investimentos tidos como regulares pelo CNS (faixa entre 90% e 98% de investimentos) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2016, p. 4). Portanto,

e de acordo com a pesquisa efetuada, no ano de **2015 a União aplicou em ASPS o percentual/montante mínimo estabelecido pela CR/1988.**

Ressalte-se, contudo, que segundo pesquisa do IPEA que embasa este trabalho, a aplicação de recursos em ASPS nos moldes e até mesmo acima do montante mínimo estabelecido pela Constituição da República, conforme descrito pelo MS em seus RAG2014 e RAG2015, pode ser questionada quando se observa que a apuração do piso de gastos em ASPS com base na despesa empenhada, nos termos da EC 29/2000, permitiu que vultosos valores fossem inscritos como Restos a Pagar (RP) pelo MS e posteriormente cancelados, resultando em aplicação efetiva inferior ao mínimo constitucional nos anos em as ordens de empenho foram emitidas (PIOLA; BENEVIDES; VIEIRA, 2018, p. 28). Este dado permite colocar em dúvida se nos anos de 2014 e 2015 houve, de fato, o cumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS, a despeito do entendimento perfilhado pelo CNS em suas análises e aprovações das contas do Ministério da Saúde dos respectivos anos.

De toda sorte, se os dados concretos extraídos dos RAG/MS e das Análise-RAG/CNS, dos anos de 2014 e 2015, permitem concluir que a União aplicou em ASPS o montante mínimo estabelecido pela CR/1988, o mesmo não pode ser dito sobre o investimento realizado no ano de 2016. Com efeito, ao analisar a prestação de contas do MS correspondentes ao ano de 2016, o CNS pela **primeira vez em sua história** decidiu por **reprovar** as contas da União, **ao identificar investimentos em ASPS abaixo dos percentuais prescritos pela Constituição da República.**

A decisão do CNS de reprovar as contas do MS ocorreu após longos debates havidos em seu interior com especialistas em contas públicas, onde se discutiu se após a promulgação da EC 95/2016, o ano de 2016 deveria ser considerado como início de vigência para aplicação mínima de 15% da RCL da União em ASPS, como entendia o CNS; ou se deveriam ser investidos 13,2% da RCL da União, conforme texto da EC 86/2015 (posteriormente declarado inconstitucional, em sede liminar, pelo STF) e segundo o entendimento do Ministério da Saúde.

Após os debates supracitados, o CNS decidiu **reprovar** as contas do MS, através de sua Resolução nº 551/2017 e respectiva Análise-RAG2016, ao considerar que em 2016 já vigorava a regra constitucional de aplicação mínima de 15% da RCL da União em ASPS e o Governo Federal ter investido apenas **14,96% de sua RCL em ASPS, caracterizando descumprimento da aplicação mínima constitucional em ASPS** (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 49).

Dessa forma, enquanto o MS aponta em seu RAG2016 ter aplicado em ASPS o montante de R$ 106,236 bilhões (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017, p. 7), o CNS destaca que nesse montante faltou aplicar R$ 253 milhões, caracterizando aplicação de 14,96% da RCL da União em ASPS, percentual menor que os 15% da RCL prescritos pela CR/1988 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 2).

A decisão perpetrada pelo CNS de reprovar as contas do MS, por estarem abaixo do percentual prescrito pela Constituição, foi acompanhada pelo Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo (MPC/SP) e pelo Ministério Público de Contas da União (MPC/União), no âmbito do processo nº 011.936/2017-7 que tramitou perante o Tribunal de Contas da União (TCU). De acordo com as respectivas Promotorias de Contas, quando a EC 95/2016 entrou em vigor ela **revogou** as disposições da EC 86/2015 e os percentuais mínimos de aplicação em ASPS por ela fixados, independentemente de sua entrada em vigor ter ocorrido em 15/12/2016. A área técnica do TCU discordou do entendimento perfilhado pelas Promotorias de Contas afirmando que deveria prevalecer o entendimento do MS de investir em ASPS 13,2% da RCL da União, nos termos da EC 86/2015. Este foi o entendimento que prevaleceu no TCU e que fundamentou o acórdão nº 1.048/2018 (BRASIL, 2018), relator Ministro Bruno Dantas, para quem no ano de 2016 deveria ser aplicado em ASPS 13,2% da RCL da União, nos termos da EC 86/2015.

Todavia, sem embargo da decisão do TCU acima mencionada, pode-se concluir pela pesquisa desenvolvida que a União **descumpriu** o percentual mínimo de aplicação em ASPS definido pela CR/1988, no ano de 2016 pois, segundo pesquisa desenvolvida por profissionais do IPEA, a União tem deixado de aplicar em ASPS o percentual mínimo fixado pela Constituição ao inscrever valores empenhados e não pagos como Restos a Pagar (RP) e, posteriormente, cancelá-los e não compensá-los, resultando em aplicação efetiva inferior à aplicação mínima nos anos aos quais pertencem esses RPs cancelados (VIEIRA; PIOLA; BENEVIDES, 2018, p. 21). Essa hipótese é verificada no ano de 2016, quando a União deixou de compensar RPs cancelados em 2015 no importe de R$ 439 milhões) (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, p. 53). Também há pesquisa, desenvolvida por Élida Graziane Pinto (2015) com dados dos anos de 2003 a 2008, que apontam para o descumprimento da aplicação do piso mínimo em saúde pela União (PINTO, 2015, p. 220), que reforçam o sentimento desta pesquisa de descumprimento do investimento mínimo em ASPS pela União.

Isto posto, pode-se concluir que no ano de 2016 a União **não cumpriu a regra constitucional de aplicação mínima em ASPS, ao investir 14,96% de sua RCL em detrimento da regra constitucional de aplicação de 15% da RCL em ASPS.** Embora tenha havido discussão a respeito da interpretação do início de vigência e aplicação das regras da EC 95/2016, a discussão a respeito dos RPs dos anos anteriores e mesmo a pesquisa desenvolvida por Élida Graziane Pinto (2015), que aponta para um reiterado descumprimento da União em investir em ASPS o percentual mínimo prescrito pela Constituição da República, reforçam o entendimento esposado por este trabalho de descumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS pelo Governo Federal.

O descumprimento verificado neste trabalho, e acima descrito, caracteriza infração descrita no art. 46 da LC 141/2012 e será punida de acordo com o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/1950), pela Lei de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto-Lei 201/1967) e Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). Sendo assim, o Capítulo 2 é concluído com a apresentação dos efeitos da reprovação das contas da União pelo CNS, apontando que referida reprovação derivada do descumprimento do texto constitucional pode implicar em **(i)** crimes de responsabilidade perpetrados pelo Presidente da República (Lei 1.079/1950, Decreto-Lei 201/1967 e Decreto-Lei 2.848/1940 – Código Penal); **(ii)** caracterização de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), haja vista que a não aplicação de recursos mínimos em ASPS, como determinado pela CR/1988, pode implicar em ato ímprobo que faz incidir as regras da referida Lei, e; **(iii)** o descumprimento da determinação constitucional de investimento mínimo em ASPS, pela União, pode ocasionar a realização de denúncia internacional tanto perante a Organização dos Estados Americanos (OEA) quanto perante a Organização das Nações Unidas (ONU), respeitadas as respectivas regras de apresentação de denúncia perante estes dois órgãos internacionais.

Finalmente, se o Capítulo 1 permitiu concluir haver dificuldades para a alocação de recursos às ASPS desde a promulgação da Constituição da República, em 1988, e o Capítulo 2 demonstrou que o dever de prestação de contas pelo Chefe do Poder Executivo e o direito da sociedade em exigir referida prestação não tem sido suficientes para o efetivo cumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS – inclusive ficando documentalmente comprovado que no ano de 2016 a União aplicou em ASPS percentual menor que o definido pela CR/1988 -, o que pode

desencadear efeitos penais, administrativos e internacionais à figura do Presidente da República, o Capítulo 3 demonstra que o investimento em ASPS abaixo do nível constitucionalmente estabelecido pode desencadear um efeito ampliado, diverso dos efeitos anteriormente descritos (penais, administrativos e internacionais), encerrando efeitos constitucionais que a doutrina publicista denominou de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Para se concluir que o descumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS pode desencadear aludido ECI, primeiro se demonstrou que o regular financiamento da saúde, nos moldes delineados pela CR/1988, constitui direito fundamental e com força normativa. Fundamentado nas obras de Robert Alexy e Konrad Hesse, essa pesquisa verificou que o financiamento da saúde descrito no art. 198, §2º, I, da Constituição (embora não esteja inserido no Título II da Carta Magna destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, nem figure entre os direitos inalteráveis descritos no art. 60, §4º, IV, da CR), pode assim ser considerado seja por se tratar de uma norma de direito fundamental, seja por se tratar de um princípio, seja ainda por se tratar de uma norma de direito fundamental atribuída (segundo a *Teoria dos Direitos Fundamentais*), conforme demonstrado ao longo desse trabalho. Também é possível concluir que o direito ao financiamento da saúde possui força normativa que, enquanto lei, como lei deve ser aplicada (CANOTILHO, 2003, p. 1.150), devendo ser obedecida sob pena de aplicação de sanção (BARROSO, 2001, pp. 87-89) e, ademais, porque a discussão a respeito da eficácia das normas constitucionais (normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada) é superada quando se verifica que toda norma constitucional importa algum custo e sofre alguma limitação em sua eficácia (SILVA, 2010, pp. 238-242). O próprio STF já reconheceu que as normas constitucionais possuem força normativa ao julgar os ED-RE 328.812/AM, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes.

A pesquisa desenvolvida também procurou demonstrar que se pode verificar haver um ECI na saúde pública brasileira ao se analisar o descumprimento do investimento constitucional mínimo em ASPS à luz do conceito de suporte fático dos direitos fundamentais sociais. Novamente o trabalho que dá fundamento a este ponto é a *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, porém agora acompanhada da pesquisa desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva (2010) e das variações que ela traz ao referido conceito de suporte fático dos direitos sociais. Por estes dados, pode-se observar que o descumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS,

sem a devida fundamentação constitucional, caracteriza omissão estatal em relação ao dever de investir percentuais mínimos em ASPS, fixados pela Constituição. Mencionada omissão não fundamentada constitucionalmente importa em violação do direito fundamental à saúde e ao seu financiamento, que são garantidos pela CR/1988, bem como demonstra não haver fundamentação constitucional que explique o investimento abaixo dos níveis previstos pela legislação de regência (CR/1988 e LC 141/2012), reforçando a conclusão de omissão estatal no fomento deste direito fundamental social (direito à saúde).

Outrossim, observado haver uma omissão estatal não fundamentada, que prejudica o cumprimento do direito à saúde e ao seu regular financiamento – direitos fundamentais e com força normativa, como já demonstrado -, ocorre o efeito ampliado do descumprimento do investimento mínimo constitucional em ASPS, qual seja, o estabelecimento de um ECI. Essa conclusão é reforçada quando são apresentados os requisitos para a caracterização de um ECI, que, segundo a doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), se constituem em quatro: **(i)** constatação de um quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais e não se refere apenas a uma simples proteção deficiente, mas constitui grave problema jurídico e social; **(ii)** omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, não bastando a inércia de uma única autoridade pública para caracterizar a omissão violadora, mas o funcionamento deficiente do Estado como um todo; **(iii)** a superação dos problemas de violação de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas a um conjunto de órgãos públicos responsáveis pela realização da política pública, e; **(iv)** a omissão estatal contribui para a construção de uma excessiva judicialização individual de direitos fundamentais.

Todos estes efeitos foram verificados ao longo da pesquisa desenvolvida e são apresentados no item 3.6 do Capítulo 3 deste trabalho, quando se verifica haver um ECI na saúde pública brasileira, decorrente do preenchimento de todos os requisitos acima descritos. Sem se prender nos aspectos processuais para a declaração do ECI (ação constitucional necessária para sua declaração, efeitos da sentença, etc.) – embora se apresente a posição de Élida Graziane Pinto (2016, p. 6), para quem a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é a ação adequada para a declaração do ECI -, verificou-se no Capítulo 2 ter sido descumprido o percentual constitucional mínimo de aplicação em ASPS no ano de 2016 (havendo

dúvida quanto ao seu cumprimento nos anos anteriores) que encerra violação massiva e contínua de direitos fundamentais que atinge número amplificado de pessoas. Também se pôde verificar pela pesquisa em apreço que, com base no conceito de suporte fático dos direitos fundamentais sociais, há omissão estatal não fundamentada constitucionalmente que ampare a inércia estatal de aplicar os percentuais constitucionais mínimos em ASPS. Ademais, referida inércia do Estado se mostra reiterada pelos dados apresentados no Capítulo 2, baseados em trabalho de pesquisadores do IPEA (VIEIRA; PIOLA; BENEVIDES, 2018, p. 21) e de Élida Graziane Pinto (2015), que demonstram que o descumprimento do investimento constitucional mínimo em ASPS perdura há anos.

O terceiro requisito para declaração de um ECI, anteriormente descrito (superação da violação por diversos atores públicos), também é demonstrado no Capítulo 2, quando descrito que o descumprimento do investimento mínimo em ASPS, abaixo dos parâmetros estabelecidos no art. 198, §2º, I, da CR/1988, repousa em grande parte no Poder Executivo, que apresenta justificativas variadas para não investir os valores previstos em orçamento destinados à Saúde Pública, mas também ressoa no Poder Legislativo, ao impedir maior participação popular e ampla deliberação com a sociedade a respeito do orçamento público que envolve, entre outros assuntos, o financiamento da Saúde Pública (que é meio de concretização do direito à saúde). Quanto ao quarto e último requisito, da judicialização individual excessiva de direitos fundamentais, observou-se que segundo pesquisa realizada por Clenio Jair Schulze (2017, meio digital), baseada no Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), havia no Brasil, até 31/12/2016 (período compreendido por esta pesquisa), 1.346.931 (um milhão, trezentos e quarenta e seis mil, novecentos e trinta e um) processos tramitando em todas as esferas judiciais pleiteando algum aspecto do direito fundamental à saúde. Atualmente há 2.258.531 (dois milhões, duzentos e cinquenta e oito mil, quinhentos e trinta e um) processos tramitando em alguma esfera judicial versando sobre o direito à saúde (SCHULZE, 2019, meio digital). Estes dados confirmam a hipótese de haver um ECI na saúde pública brasileira.

Por todos os dados e elementos apresentados ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar haver um Estado de Coisas Inconstitucional na saúde brasileira. Esta constatação não tem a pretensão de inaugurar inovação jurídica nem ser a melhor resposta para um problema que se apresenta perene e de difícil

resolução. Ao contrário, pretende que o estabelecimento de um ECI na saúde brasileira dê início à instauração de uma justiça dialógica, embasada numa democracia deliberativa, que permita um amplo debate entre todos os atores envolvidos e/ou afetados pelas políticas públicas de Saúde descumpridas pela ausência de investimentos mínimos prescritos pela Constituição da República e que contribua à efetivação do direito fundamental ao regular financiamento da saúde e, por conseguinte, à efetivação do direito à saúde.

Afinal, as normas constitucionais não podem se tornar promessas inconsequentes e o direito à saúde possui caráter fundamental que impõe ao Poder Público prestá-lo positivamente, tendo-o por cumprido somente quando alcançada a **satisfação efetiva** da determinação ordenada pelo texto constitucional (RE 271.286 AgR, Segunda Turma, STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/2000).

POSFÁCIO

Após a colheita e análise dos dados utilizados nesta pesquisa acadêmica - prestação de contas do Ministério da Saúde (MS) dos anos de 2014, 2015 e 2016, disponíveis em seus Relatórios Anuais de Gestão (RAGs/MS), e verificação dessas contas pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS), através de suas Análises dos Relatórios Anuais de Gestão (Análise-RAGs/CNS) dos respectivos anos, por se tratar do órgão de controle social das ações e serviços públicos de saúde (ASPS) no âmbito federal -, o CNS publicou duas novas Resoluções **reprovando** as contas prestadas pelo MS.

Em 11 de outubro de 2018 o CNS publicou sua Resolução nº 599 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2018), através da qual reprovou o RAG2017/MS e, em 08 de novembro de 2019 foi publicada sua Resolução nº 637 (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2019), pela qual decidiu reprovar o RAG2018/MS. Ambas Resoluções são acompanhadas de Pareceres Conclusivos elaborados pela Comissão de Orçamento e Financiamento do Conselho Nacional de Saúde (COFIN/CNS), onde são apresentados os fundamentos para reprovação das contas do MS.

As duas Resoluções acima apresentadas **confirmam** a decisão do CNS, estampada na Análise-RAG2016/CNS, de **reprovação** das contas do MS e que foi demonstrada no Capítulo 2 do presente trabalho. Contudo, os motivos das reprovações anteriormente mencionadas são parcialmente **diferentes** dos motivos que levaram o CNS a reprovar o RAG2016/MS: enquanto as contas de 2016 do MS apresentavam investimentos em ASPS **abaixo** dos percentuais definidos pela CR/1988 - conforme exaustivamente demonstrado nessa dissertação e confirmaram que a União descumpriu o comando do art. 198, §2º, I, da Constituição, ensejando um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) -, a prestação de contas do MS dos anos de 2017 e 2018 do MS demonstraram **cumprimento** da regra constitucional de investimento mínimo em ASPS pela União e investimentos **superiores** ao percentual mínimo constitucional.

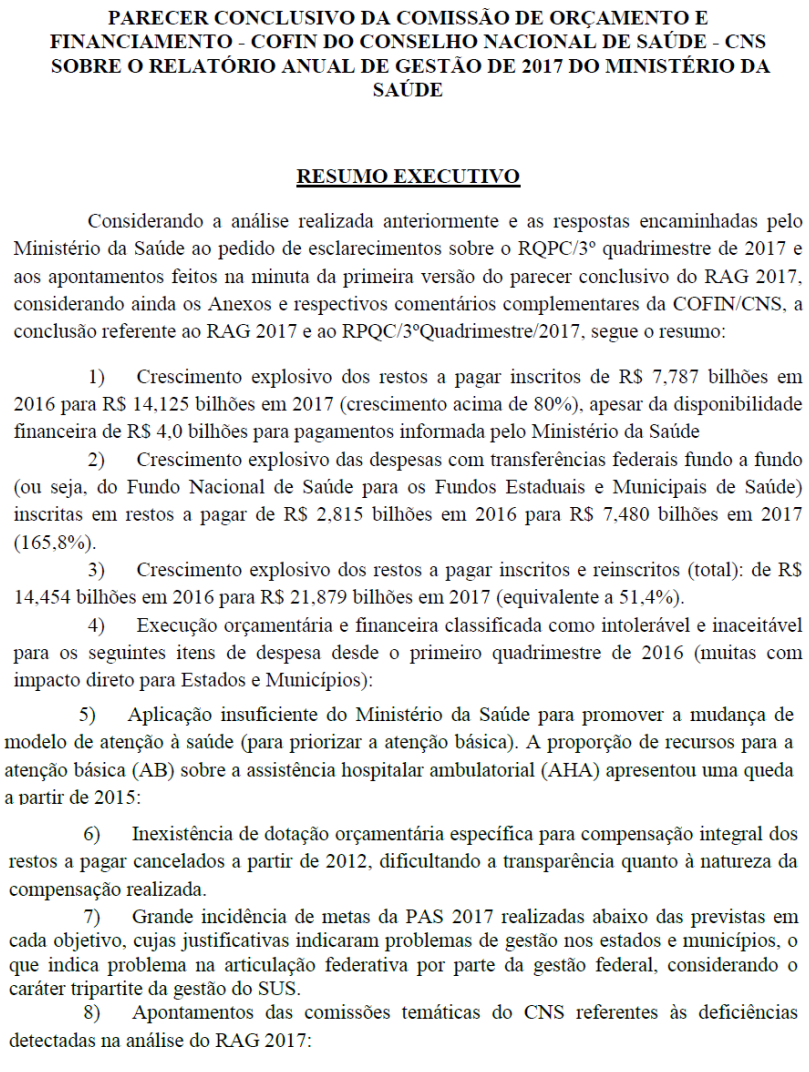
De fato, a Análise-RAG2017/CNS destaca que a União investiu, no ano de 2017, 15,67% de sua Receita Corrente Líquida (RLC) em ASPS, percentual superior aos 15% da RCL prescritos pela CR/1988. Observa o CNS que o valor aplicado em ASPS foi de R$ 114 bilhões (equivalente a 15,67%), ficando R$ 4,9 bilhões acima do

piso de R$ 109,1 bilhões correspondente a 15% da RCL (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2018, meio digital).

Já a Análise-RAG2018/CNS aponta que a União investiu em ASPS, no ano de 2018, R$ 116,82 bilhões, ficando R$ 4,46 bilhões **acima** do piso constitucional de R$ 112,36 bilhões, caracterizando cumprimento da regra constitucional de investimento mínimo em ASPS (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2019, pp. 2-3).

Dessa maneira, a reprovação das contas do MS dos anos de 2017 e 2018 decorreram não de investimentos em ASPS inferiores aos constitucionalmente prescritos (como ocorreu no ano de 2016 e verificado ao longo dessa pesquisa), mas por outros motivos abaixo discriminados, apresentando-se primeiro os fundamentos para a reprovação do RAG2017/MS constantes da Análise-RAG2017/CNS:

Figura 2 – Resumo Executivo – Análise-RAG2017/CNS



PARECER CONCLUSIVO DA COMISSÃO DE ORÇAMENTO E FINANCIAMENTO - COFIN DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE - CNS SOBRE O RELATÓRIO ANUAL DE GESTÃO DE 2017 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

RESUMO EXECUTIVO

Considerando a análise realizada anteriormente e as respostas encaminhadas pelo Ministério da Saúde ao pedido de esclarecimentos sobre o RQPC/3º quadrimestre de 2017 e aos apontamentos feitos na minuta da primeira versão do parecer conclusivo do RAG 2017, considerando ainda os Anexos e respectivos comentários complementares da COFIN/CNS, a conclusão referente ao RAG 2017 e ao RPQC/3ºQuadrimestre/2017, segue o resumo:

1) Crescimento explosivo dos restos a pagar inscritos de R$ 7,787 bilhões em 2016 para R$ 14,125 bilhões em 2017 (crescimento acima de 80%), apesar da disponibilidade financeira de R$ 4,0 bilhões para pagamentos informada pelo Ministério da Saúde

2) Crescimento explosivo das despesas com transferências federais fundo a fundo (ou seja, do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos Estaduais e Municipais de Saúde) inscritas em restos a pagar de R$ 2,815 bilhões em 2016 para R$ 7,480 bilhões em 2017 (165,8%).

3) Crescimento explosivo dos restos a pagar inscritos e reinscritos (total): de R$ 14,454 bilhões em 2016 para R$ 21,879 bilhões em 2017 (equivalente a 51,4%).

4) Execução orçamentária e financeira classificada como intolerável e inaceitável para os seguintes itens de despesa desde o primeiro quadrimestre de 2016 (muitas com impacto direto para Estados e Municípios):

5) Aplicação insuficiente do Ministério da Saúde para promover a mudança de modelo de atenção à saúde (para priorizar a atenção básica). A proporção de recursos para a atenção básica (AB) sobre a assistência hospitalar ambulatorial (AHA) apresentou uma queda a partir de 2015:

6) Inexistência de dotação orçamentária específica para compensação integral dos restos a pagar cancelados a partir de 2012, dificultando a transparência quanto à natureza da compensação realizada.

7) Grande incidência de metas da PAS 2017 realizadas abaixo das previstas em cada objetivo, cujas justificativas indicaram problemas de gestão nos estados e municípios, o que indica problema na articulação federativa por parte da gestão federal, considerando o caráter tripartite da gestão do SUS.

8) Apontamentos das comissões temáticas do CNS referentes às deficiências detectadas na análise do RAG 2017:

Fonte: Análise-RAG2017/CNS (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2017, meio digital)

Por outro lado, os fundamentos que levaram o CNS a reprovar o RAG2018/MS constam do Parecer Conclusivo da Análise-RAG2018/CNS abaixo demonstrada:

Figura 3 – Parecer Conclusivo – Análise-RAG2018/CNS

PARECER CONCLUSIVO SOBRE O RELATÓRIO ANUAL DE GESTÃO 2018 DO MS	
PONTOS ANALISADOS PELA COFIN/CNS	**RESULTADO DA ANÁLISE COFIN/CNS**
1.Cumprimento da Aplicação ASPS Mínima (Piso) Constitucional: (Critério de análise: EC 95/2016)	**Cumpriu em 2018 - aplicação acima do piso:** Valor Empenhado (A): R$ 116,82 bilhões Valor do Piso (B): R$ 112,36 bilhões Diferença (A-B): R$ 4,46 bilhões
2.Despesas Empenhadas ASPS como proporção da Receita Corrente Líquida-comparação anual (Critério de análise: definição CNS em anos anteriores)	**Redução do % empenhado em 2018:** (2017 = 15,77%) X (2018 = 14,51) Perda em 2018: R$ 10,2 bilhões
3.Compensação integral dos restos a pagar cancelados em 2017 (Critério de análise: LC 141 e definições do CNS em anos anteriores)	**Não cumpriu formalmente (em dotação específica):** Cancelado em 2017 (A): R$ 979,9 milhões Compensado em 2018 (B): R$ 638,8 milhões Diferença (A-B): R$ 341,1 milhões **Observação 1: houve o cumprimento informal referente a 2018 porque a aplicação acima do piso (item 1) foi maior que essa diferença não compensada formalmente** **Observação 2: não houve compensação de restos a pagar cancelados desde 2000 que fizeram parte do cômputo da aplicação em ASPS nesses anos anteriores** **Observação 3: não houve apresentação da análise de viabilidade técnica e financeira de execução dos restos a pagar antigos (2017 e anos anteriores), nem dos efeitos para o atendimento às necessidades de saúde da população decorrentes dessas despesas reinscritas em restos a pagar;**
4.Empenhos ASPS a pagar do exercício (inscrição restos a pagar) (Critério de análise: Resolução CNS 505/2015)	**Não cumpriu:** 31/12/2016: R$ 7,8 bilhões - 8% do empenho total ASPS 31/12/2017: R$14,1 bilhões - 12% do empenho total ASPS 31/12/2018: R$11,8 bilhões - 10% do empenho total ASPS Parâmetro CNS: 5% do empenho total ASPS
5.Estoque total de Restos a Pagar ASPS e Não ASPS (inscrição e reinscrição) (Critério de análise: definições do CNS em anos anteriores)	**Queda em 2018 manteve o estoque de RP próximo do valor de 2017 e não retornou ao de 2016:** 2016 para execução em 2017: R$ 14,5 bilhões 2017 para execução em 2018: R$ 21,9 bilhões 2018 para execução em 2019: R$ 20,9 bilhões
6.Critérios de escolha para a execução parcial ou total da despesa	**Não informado pelo MS**
7.Demonstração da alocação de recursos suficientes para a mudança do modelo de atenção à saúde para priorizar a atenção básica como a ordenadora da rede de atenção à saúde (Critério de análise: definições do CNS em anos anteriores e a Resolução CNS para o estabelecimento de prioridades em 2018)	**Não cumprido:** Queda real de 3,4% das despesas na subfunção atenção básica em 2018 comparada a 2017 Queda da participação das despesas na subfunção atenção básica em relação ao total das despesas do MS (20,3% em 2014, 18,9% em 2015, 19,0% em 2016, 18,4% em 2017 e 17,9% em 2018) **Observação: os representantes do Ministério da Saúde justificaram essa queda em 2018 na última reunião da Cofin/CNS (realizada no dia 30 de agosto de 2019) como consequência da metodologia adotada para classificação orçamentária das despesas das emendas parlamentares (que não foram separadas por subfunção), ou seja, esse valor na subfunção 301 Atenção Básica está subestimado (ver Anexos 3 e 4).**
8.Transferências Fundo a Fundo para Estados e Municípios e avaliação dos impactos nas condições de saúde da população (Critério de análise: definições do CNS em anos anteriores)	**Não foi informada a avaliação de impacto.** Queda real de 2,0% da dotação atualizada para empenhos e manutenção dos valores empenhados das transferências fundo a fundo para Estados, Distrito Federal e municípios em 2018 em comparação a 2017. Aumento real de cerca de 8,0% das despesas liquidadas e pagas ocorridas no mesmo período foi decorrência da base de comparação comprimida de 2017 (quando houve um recorde de restos a pagar inscritos). Empenhos a pagar (ASPS + Não ASPS) no valor de R$ 2,6 bilhões
9.Comprovação de disponibilidade financeira para os empenhos a pagar do exercício (Critério de análise: LC 141)	**Disponibilidade financeira não comprovada** **Observação: o Ministério da Saúde apresentou nos esclarecimentos prestados para a Cofin/CNS um conjunto de novas informações (com cópia de documentos internos) de natureza contábil e financeira que evidenciam esse compromisso, ainda que de forma distinta àquela estabelecida pela LC 141**
10.Avaliação do cumprimento das metas previstas na PAS 2018 (Critério de análise: LC 141 e definições do CNS em anos anteriores)	**Houve avaliação parcial** Houve grande incidência de metas realizadas abaixo das previstas para 2018 em cada Objetivo, mas sem avaliação dos efeitos disso para o atendimento às necessidades de saúde da população
11.Nível de execução das despesas liquidadas (Critério de análise: LC 141 e definições do CNS em anos anteriores)	**Houve reincidência em 2018 da baixa execução (pelo nível de liquidação – "intolerável" e "inaceitável") de itens de despesas, o que foi objeto de alerta quando da avaliação dos relatórios de prestação de contas (1º e 2º quadrimestres) pelo CNS.** **Existência de um padrão que evidencia reincidências de execução no período do 1º Quadrimestre de 2016 ao 3º de 2018, conforme ilustrado nos Quadros A, B e C a seguir:**

Fonte: Análise-RAG2018/CNS (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2019, pp. 2-3)

Como se verifica das duas figuras acima destacadas, os motivos adotados pelo CNS para reprovação das contas do MS nos anos de 2017 e 2018 foram parcialmente distintos dos fundamentos que ensejaram a reprovação do RAG2016/MS. Entretanto, alguns dos pontos suscitados na Análise-RAG2016/CNS e que levaram à reprovação do RAG2016/MS persistem e continuam sendo perpetrados pela União, quais sejam: **(i)** ausência de compensação integral de Restos a Pagar (RPs); **(ii)** execução financeira classificada como intolerável e inaceitável para itens de despesa em ASPS; **(iii)** ausência de comprovação de disponibilidade financeira para os empenhos a pagar do exercício, entre outros.

Assim, as Análises-RAG dos anos de 2017 e 2018, realizadas pelo CNS, confirmam a tendência verificada na Análise-RAG2016/CNS e demonstrada nessa pesquisa, de **reprovar** as contas do Ministério da Saúde por investimentos abaixo da previsão constitucional. Entretanto, enquanto na Análise-RAG2016/CNS o principal fundamento adotado para a reprovação do RAG2016/MS foi o investimento em ASPS abaixo do percentual mínimo constitucional, nas Análises dos anos de 2017 e 2018 os principais fundamentos para a reprovação dos RAGs do MS foram o aumento dos valores inscritos como RPs e o subfinanciamento inadequado e intolerável em diversas rubricas de saúde – fundamentos que também faziam parte da Análise-RAG2016/CNS e serviram também para a reprovação do RAG2016/MS, eis que indicavam investimento em ASPS inferior à determinação constitucional, confirmando os dados apresentados nesse trabalho acadêmico.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro - 5. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. Finanças públicas, Democracia e *Accountability*. *In:* BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo. Economia do setor público no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público - 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AGUIAR, Luciene; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. A gestão do Sistema Único de Saúde e a Saúde do Trabalhador: o direito que se tem e o direito que se perde. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 106, p. 830-840, Set. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042015000300830&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 mai. 2020.

ALBUQUERQUE, C.; MEDEIROS, M.; FEIJÓ, P. H. **Gestão de finanças públicas**. 2. ed. - Brasília: Gestão Pública Editora e Treinamentos Ltda., 2008 apud VIEIRA, Fabiola Sulpino; PIOLA, Sérgio Francisco. Implicações do contingenciamento de despesas do Ministério da Saúde para o financiamento federal do Sistema Único de Saúde (Texto para Discussão 2260). Brasília: IPEA, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29199&Itemid=406. Acesso em 10 dez. 2019.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais - 2. ed., 5. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ANDRADE, Adriano; MASSOM, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

ARISTÓTELES. A Política - 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARNS, Paulo Evaristo, Brasil nunca mais. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1989.

AVELINO, Daniel Pitangueira de. Participação da comunidade no Sistema Único de Saúde: juridicidade e controle. *In:* SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Org.). Coletânea direito à saúde: institucionalização. Brasília: CONASS, 2018.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARBALHO, João. Constituição Federal Brasileira – Commentarios. Rio de Janeiro: Ed. Rio de Janeiro, 1902 *in:* ROCHA, Brochado da. Prestação de contas do Presidente da República - Parecer aprovado pelo Tribunal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 42, p. 302-309, out. 1955. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15254. Acesso em 05 nov. 2019.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697. Acesso em 30 dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira - 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis,** Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, pp. 23-32. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388. Acesso em 18 mai 2020.

BOBBIO, Norberto. Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política, 2. ed. rev. e ampl., tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. UNESP, 2001.

BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales;* traducción Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. Lei nº, de 13 de janeiro de 1937. Dá nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-378-13-janeiro-1937-398059-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em 05 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 1.920, de 25 de julho de 1953. Cria o Ministério da Saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L1920.htm. Acesso em 22 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 34.596, de 16 de novembro de 1953. Aprova o regulamento do Ministério da Saúde, criado pela Lei de nº 1.920, de 25 de julho de 1953, e dá outras providências. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-34596-16-novembro-1953-328248-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em 22 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 34.347, de 8 de abril de 1954. Aprova o Regimento do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/99357-aprova-o-regimento-do-conselho-nacional-de-saude.html. Acesso em 23 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 45.913, de 29 de abril de 1959. Modifica o Regimento do Conselho Nacional de Saúde, aprovado pelo Decreto nº 35.347, de 8 de abril de 1954. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-45913-29-abril-1959-385052-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em 23 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos

Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm. Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. Decreto nº 93.933, de 14 de janeiro de 1987. Dispõe sobre a organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93933impressao.htm. Acesso em 25 nov. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8028.htm. Acesso em 25 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990. Dispõe sobre a organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99438impressao.htm. Acesso em 25 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 02 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da Saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em 25 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 30 dez. 2019.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 06 jan. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional 12, de 15 de agosto de 1996. Outorga competência à União, para instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc12.htm. Acesso em 23 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de

Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9311.htm. Acesso em 23 fev. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 05 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm#:~:text=102%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.,Art.&text=102%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20ser%C3%A1,de%20ato%20do%20Poder%20P%C3%BAblico. Acesso em 20 jun. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em 20 fev. 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde - CNS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm. Acesso em 05 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 04 nov. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de Saúde; 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; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm. Acesso em 04 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.858, de 9 de setembro de 2013. Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e Saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da

Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12858.htm. Acesso em 29 fev. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm. Acesso em 20 fev. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 08 out. 2018.

BRASIL. Decreto nº 9.795, de 17 de maio de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Saúde, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9795.htm. Acesso em 25 nov. 2019.

BRASIL DEBATE E FUNDAÇÃO FRIEDRICH EBERT. Austeridade e retrocesso: impactos sociais da política fiscal no Brasil. – São Paulo: Brasil Debate e Fundação Friedrich Ebert, 2018. Disponível em: http://brasildebate.com.br/wp-content/uploads/DOC-AUSTERIDADE_doc3-_L9.pdf. Acesso em 1º mar. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. O Financiamento da Saúde (Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011, 2). Brasília: CONASS, 2011.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Financiamento público de Saúde (Série Ecos – Economia da Saúde para a Gestão do SUS; Eixo 1, v. 1). Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.069.810/RS. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 06/11/2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1276750&num_registro=200801389284&data=20131106&formato=PDF. Acesso em 19 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJe 01/09/2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%285595%2ENUME%2E+OU+5595%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y64qzta8. Acesso em 13 nov. 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 206.889/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 13.06.1997. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240778. Acesso em 10 out. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538. Acesso em 18 ago. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 580.252/MS, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 08.09.2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623. Acesso em 10 out. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 328.812-1/Amazonas, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 02/05/2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=524429. Acesso em 18 ago. 2019.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1048/2018, j. 09/05/2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/aplica%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520e%2520m%25C3%25ADnima%2520e%2520sa%25C3%25BAde%2520e%2520emenda%2520e%2520constitucional%2520e%252095/%2520%2520COPIARELATOR%253A%2522BRUNO%2520DANTAS%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/19/%2520?uuid=52b6c890-1f65-11ea-9c63-a967558bb3d1. Acesso em 15 dez. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul. 1992. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45286/47723. Acesso em 11 out. 2019.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M.. O cumprimento da Emenda Constitucional nº. 29 no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 7, p. 1613-1623, Julho 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000700012&lng=en&nrm=iso. Acesso em 04 out. 2017.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30 a 50, jun. 1990. ISSN 1982-3134. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049. Acesso em 05 nov. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha. A diretriz constitucional de participação social no SUS. *In:* SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Org.). Coletânea direito à saúde: institucionalização. Brasília: CONASS, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição – 7. ed., 11. reimp. Portugal: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. *Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. In:* COURTIS, Christian y SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *La protección judicial de los derechos sociales.* 1. ed. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

CARVALHO, Antônio Ivo de. Conselhos de Saúde no Brasil: participação cidadã e controle social. Rio de Janeiro: FASE/IBAM, 1995 apud CORREIA, Maria Valéria Costa. O Conselho Nacional de Saúde e os rumos da política de Saúde brasileira: mecanismo de controle social frente às condicionalidades dos organismos financeiros internacionais (Tese de Doutorado). Recife: O Autor, 2005. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/9680. Acesso em 16 set. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo - 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CHAYES, Abram. *The role of the Judge in Public Law Litigation.* **Harvard Law Review** Vol. 89 (7), 1976, pp. 1.281-1.316 apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016.

COHN, Amélia. Descentralização, Saúde e cidadania. **Lua Nova**, São Paulo, n. 32, p. 05-16, Apr. 1994. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 22 nov. 2019.

COHN, Amélia. Participação social e conselhos de políticas públicas. Brasília: CEPAL/IPEA, 2011. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/publicaciones/28158-participacao-social-conselhos-politicas-publicas. Acesso em 21 nov. 2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da República da Colômbia. *Sentencia T-025/04.* Sala Tercera de Revisión. Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil. 22/01/2004. Disponível em https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2004/T-025-04.htm. Acesso em 18 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 407, de 12 de setembro de 2008. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2008/res0407_12_09_2008.html. Acesso em 25 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução 161, de 03 de agosto de 1995. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_95.htm. Acesso em 25 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Nota Técnica n. 001/2009 – CNS. A natureza deliberativa e a executoriedade das decisões do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em http://unasus.org.br/imagens/Nota%20Tecnica%20-%20CNS%20-%20Versao%20Final.pdf. Acesso em 23 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 505, de 12 de novembro de 2015. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2015/Reso_505.pdf. Acesso em 13 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 533, de 19 de agosto de 2016. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso533.pdf. Acesso em 13 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 551, de 06 de julho de 2017. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso551.pdf. Acesso em 12 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 599, de 11 de outubro de 2018. Disponível em: https://www.conselho.saude.gov.br/resolucoes/2018/Reso599.pdf Acesso em 10 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº 637, de 08 de novembro de 2019. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2019/Reso637.pdf Acesso em 10 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CNSS). Brasil: legislação do SUS. Brasília: Ministério da Saúde/CNSS, 2003 apud VICTORA, Cesar Gomes *et al.* Condições de Saúde e inovações nas políticas de Saúde: o caminho a percorrer. *In:* VICTORA, Cesar Gomes *et al.* Saúde no Brasil: a série The Lancet. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2011.

CORREIA, Maria Valéria Costa. O Conselho Nacional de Saúde e os rumos da política de Saúde brasileira: mecanismo de controle social frente às condicionalidades dos organismos financeiros internacionais (Tese de Doutorado). – Recife: O Autor, 2005. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/9680. Acesso em 16 set. 2019.

CÔRTES, Soraya Vargas *et al.* Conselho Nacional de Saúde: histórico, papel institucional e atores estatais e societais. *In:* CÔRTES, Soraya Vargas (Org.). Participação e Saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2009.

CÔRTES, Soraya Vargas *et al.* Conselhos e conferências de Saúde: papel institucional e mudança nas relações entre Estado e sociedade. *In:* FLEURY, Sonia e LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa (org.). Participação, Democracia e Saúde. Rio de Janeiro: CEBES, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em 09 out. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo - 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009 apud ANDRADE, Adriano; MASSOM, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

FAVERET, Ana Cecília de Sá Campello. A vinculação constitucional de recursos para a Saúde: avanços, entraves e perspectivas. **Ciênc. Saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 371-378, 2003. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232003000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 23 fev. 2020.

FISS, Owen M. *The Law as it could be.* New York: New York University Press, 2003 apud CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: JusPodivm, 2016.

FLETCHER, William A. *The Discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy.* **Yale Law Journal.** Vol. 91 (4), 1982. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol91/iss4/1/. Acesso em 15 mai 2020.

FLEURY, Sonia. Reforma dos serviços de Saúde: movimentos sociais e sociedade civil. *In:* VICTORA, Cesar Gomes *et al.* Saúde no Brasil: a série The Lancet. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2011.

FORTES, Fátima Beatriz. A emenda constitucional n. 29 de 2000 e os governos estaduais. **Lua Nova**, São Paulo, n. 87, p. 167-202, 2012. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452012000300008&lng=en&nrm=iso. Acesso em 23 fev. 2020.

FUNCIA, Francisco R. implicações da Emenda Constitucional n. 86/2015 para o processo de financiamento do Sistema Único de Saúde. Revista Consensus, primeiro trimestre 2015. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/revistaconsensus_15.pdf. Acesso em 13 nov. 2017.

FUNCIA, Francisco R. Subfinanciamento e orçamento federal do SUS: referências preliminares para a alocação adicional de recursos. Futuros do Brasil: Ideias para ação. Disponível em: http://www.cee.fiocruz.br/sites/default/files/Artigo_Funcia_0.pdf. Acesso em 22 fev. 2020.

FUNCIA, Francisco R. Subfinanciamento e orçamento federal do SUS: referências preliminares para a alocação adicional de recursos. **Ciênc. Saúde coletiva**, Rio de

Janeiro, v. 24, n. 12, p. 4405-4415, Dez. 2019. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232019001204405&lng=en&nrm=iso. Acesso em 10 dez. 2019.

GARAVITO, César Rodríguez *et al. Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Edíciones Uniandes, 2009.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y cambio social – *Como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia.* Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *Justicia dialógica em la ejecución de los derechos sociales: algunos argumentos de partida.* In:YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri. *La lucha por los derechos de salud: ¿Puede la justicia ser uma herramienta de cambio?* – 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2013.

GENRO, Tarso. Estado globalizado e esfera pública civil. Folha de São Paulo. 18 jul. 1995 *in:* LYRA, Rubens Pinto. Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/413. Acesso em 30 out. 2019.

GENRO, Tarso. Orçamento Participativo: a experiência de Porto Alegre. Porto Alegre: Fundação Perseu Abramo, 1997 *in:* OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

GERSCHMAN, Silvia. A Democracia Inconclusa: um estudo da Reforma Sanitária brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2004.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. Estado de Coisas Inconstitucional. *Opinião,* jornal Estado de São Paulo, 19 de setembro de 2015. Disponível em: https://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043. Acesso em 19 nov. 2017.

GOMES, Ana Suelen Tossige; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. O estado de exceção no Brasil republicano. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1760-1787, Julho 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000301760&lng=en&nrm=iso. Acesso em 05 out. 2019.

HÄBERLE, Peter. Direitos fundamentais no estado prestacional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário - 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos* - 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Políticas Sociais – acompanhamento e análise nº 10, fevereiro 2005. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/politicas_sociais/bps_10.pdf. Acesso em 23 fev. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Boletim de Políticas Sociais: acompanhamento e análise, n. 24, 2016 – Brasília: IPEA, 2000. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30091&Itemid=9. Acesso em 27 fev. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Boletim de Políticas Sociais: acompanhamento e análise, n. 25, 2018 – Brasília: IPEA, 2000. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=31656&Itemid=9. Acesso em 27 fev. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Comunicados do IPEA nº 75, fevereiro/2011 – Gastos com a política social: alavanca para o crescimento com distribuição de renda. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=711. Acesso em 24 mai. 2020.

LABRA, Maria Eliana. Política Nacional de Participação na Saúde: entre a utopia democrática do controle social e a práxis predatória do clientelismo empresarial. *In:* FLEURY, Sonia e LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa (org.). Participação, Democracia e Saúde. Rio de Janeiro: CEBES, 2009.

LAMY, Marcelo. Metodologia da pesquisa: técnicas de investigação, argumentação e redação. São Paulo: Matrioska, 2020.

LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Leme: EDIJUR, 2012.

LEME, Ernesto. O artigo 63 da Constituição. São Paulo: São Paulo Ed., 1926 *in:* ROCHA, Brochado da. Prestação de contas do Presidente da República -Parecer aprovado pelo Tribunal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 42, p. 302-309, out. 1955. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/15254. Acesso em 05 nov. 2019.

LEME, Renata Salgado; PAULA FILHO, Luiz Pinto de. A desproteção à Saúde do trabalhador e sua judicialização. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 3, 2018 p.289-306. Disponível em:

https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5621. Acesso em 10 mai. 2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Dificuldade econômica não afasta proibição do retrocesso social. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/lewandowski-dificuldade-economica-nao-afasta-proibicao-retrocesso. Acesso em 24 jun 2020.

LIMA, Carlos Vital Tavares Corrêa. As dificuldades do SUS. Disponível em: http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27574:as-dificuldades-do-sus&catid=46. Acesso em 30 dez. 2019.

LIMBERGER, Têmis. Transparência Administrativa e Novas Tecnologias: o Dever de Publicidade, o Direito a ser Informado e o Princípio Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 244, p. 248-263, jan. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42471. Acesso em 02 nov. 2019.

LÔBO, Paulo. Metodologia do Direito Civil Constitucional. *In:* RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski *et al.* Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

LOBO, Thereza. Descentralização: conceitos, princípios, prática governamental. **Cadernos de Pesquisa,** São Paulo, (74): 5-10, agosto 1990. Disponível em: http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/1078/1083. Acesso em 22 nov. 2019.

LYRA, Rubens Pinto. Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/413. Acesso em 30 out. 2019.

MAIO, M.C. & LIMA, N.T. Fórum. O desafio SUS: 20 anos do Sistema Único de Saúde. Introdução. Cadernos de Saúde Pública, 7:1.611-1613, 2009 apud PAIM, Jairnilson Silva *et al.* O Sistema de Saúde Brasileiro. *In:* VICTORA, Cesar Gomes *et al.* Saúde no Brasil: a série The Lancet. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2011.

MAGALHÃES, Breno Baía. A incrível doutrina de um caso só: análise do Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, p. e32760, set. 2019. ISSN 1981-3694. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760. Acesso em 24 nov. 2019.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50289. Acesso em 1º mar. 2020.

MATIAS-PEREIRA, José. Finanças públicas: foco na política fiscal, no planejamento e orçamento público - 6. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAZZUOLI, Valeria de Oliveira. Curso de direito internacional público - 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRA, Silvio. Federalismo e centralização. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 81-94, jul. 1979. ISSN 0034-8023. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/view/59899. Acesso em 22 nov. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro - 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 445 *in:* ABRAHAM, Marcus. Curso de direito financeiro brasileiro – 5. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional – 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional – 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório Anual de Gestão (RAG) 2014. – Brasília: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/RAG_2014_20150331.pdf. Acesso em 13 nov. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório Anual de Gestão (RAG) 2015. – Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/rag_2015_20160330.pdf. Acesso em 12 nov. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Relatório Anual de Gestão (RAG) 2016. – Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_anual_gestao_rag_2016.pdf. Acesso em 12 nov. 2017.

MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito -3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações constitucionais - 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único, 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional - 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. A Dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. Revista do Revista do Advogado, ano XXVII, nº 95, dezembro de 2007.
O'DONNELL, Guillermo. Sobre o Estado, a democratização e alguns problemas conceituais. **Novos Estudos,** nº 36, julho 1993, p. 123-145. Disponível em: http://novosestudos.uol.com.br/produto/edicao-36/. Acesso em 22 nov. 2019.

OLIVEIRA, Danilo de; SOUZA, Luciano Pereira de; LAMY, Marcelo. Violação das obrigações estatais na área da Saúde: a diferença mínima entre as obrigações mínimas e as esperadas. **Caderno de Relações Internacionais,** vol. 7, nº 13, ago-dez. 2016. Disponível em: https://faculdadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/416. Acesso em 13 ago. 2018.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro - 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

ORBAGE DE BRITTO TAQUARY, Eneida; COSTA LEAO, Wangle Samuel. O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o "Estado de Coisas Inconstitucional". **Rev. secr. Trib. perm. revis.**, Asunción, v. 7, n. 13, p. 193-212, Mar. 2019. Disponível em: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872019001300193&lng=en&nrm=iso. Acesso em 24 nov. 2019.

PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. *La doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en Colombia: novidades del neoconstitucionalismo y "la inconstitucionalidade de la realidad".* **Revista de Derecho Publico Iberoamericano,** nº 1, pp. 243-264 (octubre 2012). Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5640552. Acesso em 03 dez. 2019.

PAIVA, Andrea Barreto *et al.* Nota Técnica nº 27 – O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a política de assistência social no Brasil. Brasília: IPEA, 2016.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal - 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEDERIVA, João Henrique. *Accountability,* Constituição e Contabilidade. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a. 35, n. 140, out./dez. 1998. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/414. Acesso em 30 out. 2019.

PINTO, Élida Graziane; FLEURY, Sonia. Custeio do direito à saúde: em busca da mesma proteção constitucional conquistada pelo direito à educação. **Revista de Direito Sanitário**, v. 13, n. 1, p. 54-80, 19 jun. 2012. Disponível em https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/55693. Acesso em 17 nov. 2017.

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. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto. Acesso em 18 nov. 2017.

PINTO, Élida Graziane; XIMENES, Salomão Barros. Financiamento dos Direitos Sociais na Constituição De 1988: do “pacto assimétrico” ao “estado de sítio fiscal”. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 39, n. 145, p. 980-1003, Dez. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302018000400980&lng=en&nrm=iso. Acesso em 13 nov. 2017.

PINTO, Élida Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da Saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional,** Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016.

PINTO, Élida Graziane. Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PINTO, Élida Graziane. Instrumentalidade da responsabilidade fiscal em prol do custeio constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais. *In:* BUISSA, Leonardo; RIEMANN, Simon; MARTINS, Rafael Lara. Direito e finanças públicas nos 30 anos da constituição: experiências e desafios nos campos do direito tributário e financeiro - 1. ed. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018.

PINTO, Élida Graziane. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de Saúde brasileira. Futuros do Brasil textos para debate. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz. Número 10, Junho/2016. Disponível em: https://cee.fiocruz.br/sites/default/files/10_Elida%20Graziane_estado%20de%20coisas%20inconstitucional.pdf. Acesso em 05 ago. 2019.

PINTO, Élida Graziane. Da Saúde ao sistema prisional, vivemos um Estado de Coisas Inconstitucional. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jan-31/contas-vista-saude-aos-presidios-temos-estado-coisas-inconstitucional. Acesso em 1º dez. 2017.

PIOLA, Sérgio Francisco; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Consolidação do gasto com ações e serviços públicos de Saúde: trajetória e percalços no período de 2003 a 2017 (Texto para Discussão 2439). Rio de Janeiro: IPEA, 2018.

PIOLA, Sérgio Francisco *et al.* Financiamento público da Saúde: uma história à procura de rumo. (Texto para Discussão 1846). Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

PIOLA, Sérgio Francisco; FRANCA, José Rivaldo Mello de; NUNES, André. Os efeitos da Emenda Constitucional 29 na alocação regional dos gastos públicos no Sistema Único de Saúde no Brasil. **Ciênc. Saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 411-422, Feb. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000200411&lng=en&nrm=iso. Acesso em 23 fev. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos: A Convenção Americana de Direitos Humanos *in* O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. Coordenação Luiz Flávio Gomes, Flávia Piovesan. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

PISCITELLI, Tathiane. Direito financeiro - 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

PONTES, João Batista; PEDERIVA, João Henrique. Contas prestadas pelo Presidente da República: apreciação pelo Congresso Nacional. Textos para Discussão 14, Brasília, agosto/2004. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-14-contas-prestadas-pelo-presidente-da-republica-apreciacao-do-congresso-nacional. Acesso em 30 out. 2019.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, v. II - 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. – 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo : Saraiva, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social - 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na Saúde e educação. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, e00194316, 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200501&lng=en&nrm=iso. Acesso em 13 nov. 2017.

SANTOS, Ricart César Coelho dos. Financiamento da Saúde Pública no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais – 10. ed., 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010 apud SCAFF, Fernando Facury. Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional – 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Surge o orçamento impositivo à brasileira pela Emenda Constitucional 86. Consultor Jurídico. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/contas-vista-surge-orcamento-impositivo-brasileira-ec-86. Acesso em 13 nov. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. Emenda orçamentária 86 foi declarada inconstitucional. E daí? Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-05/contas-vista-emenda-orcamentaria-86-foi-declarada-inconstitucional-dai. Acesso em 13 nov. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. PEC do Teto de Gastos também deveria limitar arrecadação de impostos. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/contas-vista-pec-teto-gastos-deveria-limitar-arrecadacao-impostos. Acesso em 13 nov. 2017.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde Pública vem sendo atacado pelo Direito Financeiro. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/contas-vista-direito-saude-publica-vem-sendo-atacado-direito-financeiro. Acesso em 1º mar. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. Números atualizados da judicialização da Saúde no Brasil. Disponível em: emporiododireito.com.br/backup/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze/. Acesso em 13 out. 2017.

SCHULZE, Clenio Jair. Números de 2019 da judicialização da Saúde no Brasil. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil. Acesso em 25 mai. 2020.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais - 2. ed. São Paulo: Ed. Verbatim, 2012.

SERVO, Luciana Mendes Santos *et al.* Financiamento e gasto público de Saúde: histórico e tendências *in* MELAMED, Clarice; PIOLA, Sérgio Francisco. Políticas Públicas e financiamento federal do Sistema Único de Saúde – Brasília: IPEA, 2011.

SILVA, Berenice Temoteo da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Análise política da composição do Conselho Nacional de Saúde (2015/2018). **Physis**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 1, e290113, 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312019000100612&lng=en&nrm=iso. Acesso em 08 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. Ação popular constitucional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968 *in:* JUCÁ, Roberta Laena Costa. A ação popular como instrumento de participação política: necessária revisão do conceito de cidadão. **Pensar,** Fortaleza, v. 8, n. 8, p. 75-81, fev. 2003. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/740/1602. Acesso em 11 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais - 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo – 41. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

SILVA, Marcelo Kunrath *et al.* A dinâmica das relações sociais no Conselho Nacional de Saúde. *In:* CÔRTES, Soraya Vargas (Org.). Participação e Saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia - 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares - 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *The Limits of Constitutional Law: Public Policies and the Constitution. In:* SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia - 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Observatório Constitucional, Revista Consultor Jurídico (Conjur). 24 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo. Acesso em 19 nov. 2017.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. *Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy.* Disponível em: http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy_Index_2018.pdf&mode=wp&campaignid=Democracy2018. Acesso em 05 out. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. V: o orçamento na Constituição - 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário - 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 198.

V-DEM INSTITUTE. *Democracy facing global challenges: V-Dem Annual Democracy Report 2019.* Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/99/de/99dedd73-f8bc-484c-8b91-44ba601b6e6b/v-dem_democracy_report_2019.pdf. Acesso em 29 mai 2019.

VIANNA, Solon Magalhães. A seguridade social, o sistema único de Saúde e a partilha dos recursos. **Saude soc.**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 43-58, 1992. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901992000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 23 fev. 2020.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. Nota Técnica nº 28 – Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Brasília: IPEA, 2016.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; PIOLA, Sérgio Francisco. Implicações do contingenciamento de despesas do Ministério da Saúde para o financiamento federal do Sistema Único de Saúde (Texto para Discussão 2260). Brasília: IPEA, 2016.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; PIOLA, Sérgio Francisco; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Notas de política social**: controvérsias sobre o Novo Regime Fiscal e a apuração do gasto mínimo constitucional com Saúde. (Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise, n. 25). Brasília: IPEA, 2018.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. As inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” instituído pela PEC nº 55, 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados. **Boletim do Legislativo,** n. 53, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/525609. Acesso em 1º mar. 2020.

ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés. *La dimensión jurídica del Estado de Cosas Inconstitucional en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado en Colombia.* **Revista Diálogos de Saberes,** (45), (julio-diciembre, 2016), pp. 89-106. Universidad Libre (Bogotá). Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5965738. Acesso em 03 dez. 2019.