

# Restrições fiscais versus direito social à saúde: um ensaio sobre os recursos necessários à realização do SUS



**Élida Graziane Pinto** [elida.pinto@fgv.br](mailto:elida.pinto@fgv.br)

Professora de Finanças Públicas na EAESP-FGV. Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo. São Paulo, Brasil.

## Introdução

O presente artigo explora algumas implicações constitucionais do afastamento temporário da tese da restrição fiscal para que o Ministério da Saúde tentasse minimamente fazer face às necessidades de saúde da população no contexto de enfrentamento da pandemia da Covid-19.

A calamidade pública, reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, evidenciou ser escolha política, ao invés de impossibilidade técnica, a decisão sobre o nível de recursos orçamentários e financeiros destinados à política pública de saúde no Brasil.

Daí decorre a indagação sobre a conformidade constitucional do reiterado descumprimento do art. 31 da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que determina que o orçamento da seguridade social destine ao Sistema Único de Saúde – SUS “**os recursos necessários à realização de suas finalidades**”. (grifo acrescido ao original)

A Lei Orgânica do SUS, em consonância com a Constituição de 1988, pautou relação de instrumentalidade entre as necessidades diagnosticadas no planejamento sanitário (fins) e os recursos destinados à política pública de saúde (meios), posicionando aquelas à frente desses. Ou seja, a equação entre disponibilidade de recursos e necessidades de saúde foi substantivamente orientada ao cumprimento das finalidades do SUS, sem imposição apriorística de restrição fiscal.

Assim, a dimensão protetiva do gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde – ASPS deveria resguardar custeio suficiente para as necessidades e finalidades do SUS, até porque a noção do que seja destinação mínima (piso) não pode ser degradada conceitualmente para passar a operar como fronteira contida pelo máximo de dotação disponível (teto).

Ocorre, contudo, que o tratamento formal do piso federal em ASPS tem sido historicamente manejado como limite ontológico à implementação efetiva do arranjo constitucional do SUS.

Desde 1988, a relação de proporcionalidade entre a arrecadação da União e o seu dever de gasto mínimo em saúde tem sido esvaziada. Daí decorre o descumprimento do dever de rateio federativo conforme o pactuado na Comissão Intergestores Tripartite -CIT e consonante o planejamento sanitário (art. 198, §3º, II da Constituição). A esse respeito, vale retomar o diagnóstico de frágil pactuação federativa no Acórdão 2888/2015, do Tribunal de Contas da União.

Houve a inversão da equação entre necessidades de saúde da população, de um lado, e disponibilidade de recursos, de outro, por meio do regressivo piso federal em ASPS. Assim, foram reduzidos o escopo e a exigibilidade das principais normas que mencionavam “compatibilização” entre as necessidades do SUS e os recursos a ele vertidos, com desarranjo federativo considerável ao longo da vigência da Constituição de 1988.

Cabe resgatar aqui o forte sentido de reforço recíproco entre o já citado art. 31 da Lei Orgânica do SUS e o art. 198, §3º, II da CF, ao que se somam o art. 35 da Lei 8.080/1990 e os arts. 17, 30 e 36 da Lei Complementar 141/2012. A exigibilidade de tais dispositivos tem sido aviltada, a despeito de eles serem integradores do regime constitucional de financiamento do SUS no Brasil, conforme se depreende da sua transcrição a seguir:

Lei 8080/1990

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, **será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:**

I - perfil demográfico da região;

II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - **níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;**

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

[...]

Lei Complementar 141/2012

Art. 17. O **rateio dos recursos** da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do caput dos arts. 18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios **observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde e, ainda, o disposto no art. 35 da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990**, de forma a atender os objetivos do inciso II do § 3o do art. 198 da Constituição Federal.

§ 1º 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**.

[...]

Art. 30. Os planos plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias, as leis orçamentárias e os planos de aplicação dos recursos dos fundos de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão elaborados de modo a dar cumprimento ao disposto nesta Lei Complementar.

§ 1º O processo de planejamento e orçamento será ascendente e **deverá partir das necessidades de saúde da população em cada região, com base no perfil epidemiológico, demográfico e socioeconômico, para definir as metas anuais de atenção integral à saúde e estimar os respectivos custos**.

[...]

Art. 36. **O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS)** será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, **compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União**.

**§ 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.**

§ 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde. (grifos acrescentados aos originais)

Eis o contexto em que cabe questionar a conformidade normativa dessa trajetória histórica como ensejadora – em maior ou menor medida – das dificuldades operacionais de pronta e adequada resposta estatal em face da pandemia da Covid-19. Por outro lado, a fragilização estrutural do SUS tende a não ser suficientemente contida ou revertida por meio da contingente mobilização de créditos extraordinários no âmbito da ação 21C0, algo que já se anuncia mais dramaticamente no orçamento federal de 2021.

A precária e excepcional ampliação da dotação orçamentária atribuída ao Ministério da Saúde, ao longo de 2020, precisa ser contraposta à trajetória anterior de esvaziamento do piso federal em saúde, como seu ponto de inflexão e desvendamento estrutural. Isso porque o acúmulo de mortes evitáveis tem sido, a bem da verdade, uma espécie de calamidade constante no âmbito do SUS.

A hipótese que se sustenta aqui é a de que não se pode admitir a expansão transitória do custeio das ASPS tenha ocorrido apenas durante o primeiro ano da pandemia da Covid-19, como uma decorrência do Orçamento de Guerra (Emenda 106/2020), haja vista a longa omissão naturalizada em relação ao dever de mitigar o estoque de mortes evitáveis na política pública de saúde brasileira, a pretexto de uma falseada noção de restrição fiscal. Eis o contexto em que se dividiu o presente artigo em três seções, incluída esta introdução.

Será avaliada, na próxima seção, a sequência de rearranjos interpretativos e constitucionais em relação ao piso federal em ASPS, para extrair sua tendência regressiva e discriminatória em face dos entes subnacionais no federalismo sanitário.

Em sede de considerações finais, algumas linhas de controle são sugeridas em busca não só de estruturação mínima da capacidade estatal de enfrentamento da pandemia da Covid-19, mas também no intuito de mitigar a histórica e agravada debilidade institucional da política pública de saúde que subordina o SUS a regime de custeio falseadamente aquém do determinado constitucionalmente.

## Regressivo redesenho normativo do financiamento do SUS

Uma trajetória persistente e concatenada de restrições interpretativas e alterações constitucionais incidiu sobre o Orçamento da Seguridade Social e o dever de gasto mínimo federal em saúde, ao que se somam desvios praticados no âmbito dos entes subnacionais.

Trata-se de algo tão antigo e judicializado que o Supremo Tribunal Federal reconheceu haver repercussão geral (Tema 818) no debate sobre o “*controle judicial relativo ao descumprimento da obrigação dos entes federados na aplicação dos recursos orçamentários mínimos na área da saúde, antes da edição da lei complementar referida no art. 198, § 3º da Constituição*”.

A sobrecarga de custeio tem sido suportada, em larga escala, pelos municípios e, indiretamente, pelos próprios cidadãos que convivem com a precarização operacional e financeira do SUS e, por isso, passam a ter de buscar, cada vez mais, a eficácia do direito à saúde na via judicial. Trata-se de uma verdadeira guerra fiscal de despesas<sup>1</sup> que frustra – concomitantemente – duas cláusulas pétreas: o pacto federativo e o próprio direito à saúde.

Vale lembrar que, desde a redação originária da Constituição de 1988, ocorreram diversas mudanças normativas que mitigaram profundamente o patamar federal de gasto mínimo em saúde. O marco inicial – a partir de onde se desenrola a trajetória tendente à regressividade do piso federal no setor – remonta ao art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, que previa a alocação mínima de trinta por cento do orçamento da seguridade social para o “setor de saúde”.

Tal proporção nunca foi cumprida de fato no ciclo orçamentário federal. À luz da previsão do art. 2º, II, da Lei 13.978/2020, que estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro corrente, o comando do art. 55 do ADCT – se estivesse em vigor e se não tivesse ocorrido a frustração de arrecadação decorrente da pandemia da Covid-19 – poderia, em tese, dobrar o patamar mínimo de gastos da União em saúde (cerca de R\$ 271,5 bilhões, ao invés de R\$ 125,234 bilhões).

Contudo, tal divisão equitativa nunca ocorreu, muito antes pelo contrário. Houve dois motivos para a fragilização estrutural do orçamento da seguridade social e, dentro dele, do dever de financiamento adequado da política pública de saúde pela União. São eles: a desvinculação parcial de receitas (DRU) e a segregação das contribuições patronais e laborais para custeio exclusivo da previdência social.

A “perenização” da DRU se verifica com sua instituição por meio da Emenda Constitucional de Revisão n. 1/1994, e suas sucessivas prorrogações, por meio de sete emendas ao ADCT, para estender sua vigência até 31/12/2023 (EC’s n. 10/1996; 17/1997; 27/2000; 42/2003; 56/2007, 68/2011 e 93/2016).

Ao longo dos 29 anos de vigência da DRU, está mitigado o escopo da garantia de orçamento específico – com fonte de custeio própria – para a seguridade social, no que se incluem as contribuições sociais como espécie tributária autônoma e não suscetível de repartição federativa (art. 165, §5º, III, c/c art. 195, ambos da CR/1988). A perpetuação da DRU via ADCT vulnera os arts. 167, IV, 195, 196 e 198 da CR/1988, ao faticamente dar causa à insuficiência de recursos para o custeio constitucionalmente adequado dos direitos sociais (aqui, em especial,

1 Como debatido em PINTO, EG. Guerra fiscal de despesas na pactuação federativa do SUS: um ensaio sobre a instabilidade de regime jurídico do piso federal em saúde. SANTOS, A; LOPES, LT. Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. Brasília: CONASS, 2018, pp. 92-107. Disponível em <http://www.conass.org.br/biblioteca/download/6880/>

o direito à saúde) amparados por diversas formas de vinculação de receita e/ou despesa, em rota de lesão aos princípios da vedação de retrocesso e vedação de proteção insuficiente.

A esse contexto de desvinculação parcial da arrecadação das contribuições sociais, deve se somar o redesenho errático e a disputa pela destinação dos recursos da extinta contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF), do que dão prova os arts. 74, 75, 80, I, 85 e 90 do ADCT.

Quanto à segregação de receitas, a EC 20/1998, por meio da alteração do inciso XI do art. 167, vinculou à previdência social parcela significativa das contribuições sociais (art. 195, inciso I, “a” e inciso II da CF), apartando saúde e assistência do alcance da sua destinação. A partir daí, foram segregadas fontes constitucionais específicas para a previdência social, donde foram excluídas saúde e assistência da cobertura sistêmica que as amparava no Orçamento da Seguridade Social. Daí, emergiu uma disputa fratricida entre as três áreas por causa das fontes de receitas vinculadas, haja vista o caráter contratual-sinalagmático das contribuições previdenciárias, em detrimento da solidariedade no financiamento da seguridade social como um todo.

O descumprimento do art. 55 do ADCT, bem como as fragilidades trazidas pela DRU e pela segregação de fontes de custeio da EC 20/1998, direta ou indiretamente, deram causa ao processo legislativo que culminou com a edição da EC 29/2000, para assegurar vinculação de gasto mínimo para a saúde pública brasileira. Como a EC 29 delegou à lei complementar a definição dos percentuais de aplicação mínima de recursos públicos em ASPS, consumou-se mora legislativa de doze anos até a vinda da pertinente regulamentação, enquanto se obedecia ao regime transitório constante do art. 77 do ADCT.

Apenas com a Lei Complementar n. 141/2012, definiu-se em norma permanente, suscetível de revisão quinquenal, o regime de gastos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, muito embora, do ponto de vista de distribuição federativa do seu custeio, nada tenha sido alterado em relação ao citado dispositivo do ADCT. Ou seja, foram mantidos os patamares de 12% da receita de impostos e transferências para os Estados, 15% para os Municípios e o valor do ano anterior acrescido da variação nominal do produto interno bruto – PIB para a União.

Houve fixação de critério distinto e específico para o nível central que não se aplicava aos entes subnacionais. Desde 2000 e, portanto, ao longo da vigência da EC n. 29, o piso federal em ASPS não guardou correlação com o comportamento da receita da União – essa progressiva ao longo dos anos –, daí é que decorreria grande parte do problema de subfinanciamento crônico da saúde pública brasileira e da regressividade proporcional do gasto federal no setor.

Muito embora novo piso mínimo federal tenha sido estabelecido com a promulgação da EC n. 86/2015, tal norma esvaziou, direta ou indiretamente, sua alegada progressividade na forma de subpiso tido como válido para o exercício financeiro de 2016 (R\$93,711 bilhões) inferior ao piso de 2015 (R\$98,309 bilhões).

Além dessa redução na equação de financiamento, o arranjo promoveu estagnação do avanço do SUS no Brasil. O art. 3º da EC 86/2015 determinava que até mesmo os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural seriam contabilizados como gasto mínimo da União, ao invés de operarem como acréscimos a ele, em dissonância com a Lei 12.858/2013.

O descumprimento do piso federal em saúde deu ensejo à rejeição do relatório anual de gestão de 2016, do Ministério da Saúde, por meio da Resolução n. 551, de 6 de julho de 2017, do Conselho Nacional de Saúde. Todo esse contexto de fragilidade jurídica antecedeu e justificou a concessão da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5595, suspendendo a eficácia dos arts. 2º e 3º da Emenda 86/2015, para impor à União o dever de progressividade de custeio, conforme proporção equitativa da sua arrecadação (15% da receita corrente líquida, ao invés de 13,2%).

A esse respeito, vale retomar aqui excerto da medida cautelar concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski nos autos da ADI 5595, que firmou, com indubitável clareza, o princípio da vedação de retrocesso e, portanto, resgatou o dever de progressividade no custeio mínimo do direito fundamental à saúde nos seguintes termos:

“[...] a ocorrência de reforma constitucional que vise ao aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais é medida desejável de atualização dos fins e preceitos da CF, mas **alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por eles alcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros.**” (grifo acrescido ao original)

Infelizmente, contudo, no interregno do exame pelo STF da ADI 5595, foi promulgada a Emenda 95/2016, que alterou nova e abruptamente o regime jurídico do piso federal em saúde, congelando-o em valores reais ao patamar aplicado em 2017 e assegurando mera correção monetária durante o longo período de 2018 a 2036. Aqui emerge, portanto, a mais recente fronteira de defesa do financiamento constitucionalmente adequado do direito à saúde: necessidade de declaração da inconstitucionalidade do art. 110 do ADCT.

O longo elenco acima de retrocessos quantitativos em sentido contábil-formal demonstra que é preciso reinterpretar o regime jurídico do piso em ASPS, para que seja fixada a irredutibilidade do rol de obrigações materiais que configuram proteção suficiente do direito à saúde. O piso constitucional não é apenas equação matemática que vincula determinado volume de recursos a um conjunto aleatório de despesas. Há conteúdo e finalidades substantivas a serem cumpridos por meio do dever de aplicação mínima de recursos em saúde, dentro de um arranjo federativo que prima pela redução das disparidades regionais e pelo rateio equilibrado das responsabilidades e receitas entre os entes.

Para fins do art. 196 e de toda a governança federativa do SUS, é imprescindível que haja rateio federativo dos recursos com o enfoque do art. 198, §3º, II (progressiva redução das disparidades regionais), o que foi parcialmente regulamentado no art. 17, §1º da LC 141/2012. Daí é que emerge a pactuação das obrigações e responsabilidades de cada ente da federação no SUS por meio da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), e

aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, como primária fonte do que deveria ser o conteúdo material do piso em ações e serviços públicos de saúde, ao que se somam os planos previstos na legislação sanitária.

O problema é que o pactuado, do ponto de vista da rede de serviços já contratados no SUS, dos repasses fundo-a-fundo e dos programas para fins de transferências voluntárias, tem excedido, em valores monetários, o piso federal estritamente contábil-formal, daí porque o governo federal tem se olvidado, historicamente, de cumprir as regras já estabelecidas de incentivos, tem deixado de fazer correção monetária dos valores de referência dos programas (não só da tabela SUS) e até mesmo tem atrasado repasses.

Cabe, pois, reiterar que é preciso fixar o regime jurídico do dever de aplicação em saúde dado pelo art. 198 da CR/88 referido ao cumprimento das obrigações legais e constitucionais de fazer na consecução do art. 196 e do SUS a que se referem os arts. 198 e 200, para além da estrita contabilização formal do piso em seu aspecto matemático.

A bem da verdade, a frustração do arranjo constitucional do SUS começa com a própria precariedade do levantamento dos riscos epidemiológicos e das necessidades de saúde da população para fins do devido planejamento sanitário e, por conseguinte, para a pactuação federativa na CIT. A União não admite pactuações para além do piso e as constrange para que fiquem formalmente compatíveis com o subfinanciamento. Tal cenário esvazia as responsabilidades recíprocas e praticamente interdito a implementação do contrato organizativo da ação pública da saúde previsto no Decreto 7.508/2011.

Somente com a consciência ampla da sociedade e, em especial, do Judiciário acerca do desequilíbrio na governança federativa do SUS, seria possível devidamente reposicionar o déficit de eficácia do direito fundamental à saúde na busca da macrojustiça orçamentária atinente à consecução da política pública que o materializa.

Em tempos de pandemia da Covid-19, reconhecer o problema e enfrentá-lo estruturalmente é a única solução capaz de situá-lo em seu devido patamar sistêmico, porque hábil a reconhecer que as medidas necessárias à sua resolução devem levar em conta, na forma da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, **“uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial.”** (grifo acrescido ao original)

Como visto ao longo desta seção, não são fatos isolados (1) o descumprimento do art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o que praticamente reduziu a dotação orçamentária do Ministério da Saúde à metade do que deveria ser conforme a redação originária da Constituição de 1988; (2) a Desvinculação de Receitas da União – DRU, que tem sido mantida no ADCT, desde 1994 e até 2023, por meio de oito emendas sucessivas para drenar, primordialmente, de 20 a 30% (vinte a trinta por cento) da arrecadação de contribuições sociais; (3) a regra de piso discriminatória em prol da União na Emenda 29/2000, o que lhe permitiu uma estagnação de patamar em porcentual do PIB, mesmo durante os exercícios em que sua receita tributária expandiu acima do crescimento da economia; (4) o trato errático da destinação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, originalmente concebida como fonte adicional de custeio do SUS; (5)

a regressividade dos subpisos e da perda de fonte adicional de custeio dos recursos do pré-sal imposta pelos arts. 2º e 3º da Emenda 86/2015 e, por fim, (6) a perda de relação de proporcionalidade com a arrecadação estatal e a mera garantia de correção monetária até 2036 (congelamento em valores reais de 2017) determinadas pelo art. 110 do ADCT, no bojo do “Novo Regime Fiscal” trazido pela Emenda 95/2016 (mais conhecida como “Emenda do Teto”).

Para fazer face a esse quadro panorâmico de fragilidades fiscais, a próxima seção explora o cabimento de algumas hipóteses de controle, sobretudo diante do fato de que, com o reconhecimento da situação de calamidade pública decorrente da pandemia, resta factualmente mitigada a alegação de suposta impossibilidade fiscal de atendimento às necessidades de saúde da população diagnosticadas no planejamento sanitário.

## Considerações finais: algumas hipóteses de controle em prol do custeio constitucionalmente adequado do SUS

Até aqui muito se abordou acerca da natureza de escolha política que se depreende do estágio de financiamento do SUS em patamar aquém do constitucionalmente necessário para cumprir os arts. 196 e 200 acima do piso federal em ASPS.

É preciso, adicionalmente, tentar extrair capacidade de equalização normativa a partir da evidenciação empírica, ocorrida fortemente durante o primeiro semestre de 2020, de que o subfinanciamento do SUS pode ser revertido.

Em todo o mundo, o risco de milhões de mortes, em curto espaço de tempo, por força da pandemia da Covid-19 tem desmascarado a insuficiência estrutural e as profundas desigualdades de se relegar a saúde ao campo da mera oferta mercadológica de bens e serviços privados.

No Brasil, o debate constitucional sobre o arranjo federativamente equilibrado (ou não) de financiamento do SUS passa pelo julgamento definitivo da ADI 5595, tamanha a sua repercussão paradigmática para o custeio constitucionalmente adequado do SUS.

O que está essencialmente em debate é o alcance do princípio da vedação de retrocesso e também do princípio da vedação de proteção insuficiente diante de alterações constitucionais que afetaram, por via oblíqua, direitos e garantias fundamentais, mediante imposição de restrição orçamentária para sua fruição.

Cabe à Suprema Corte brasileira avaliar se o núcleo pétreo da Constituição de 1988 (art. 60, §4º, IV) pode conviver com emenda constitucional que afete a garantia fundamental de financiamento suficiente e progressivo, sobretudo, impondo restrições fiscais que constrejam os pisos de custeio em saúde e educação a que se referem os arts. 198 e 212 da CF.

Desde a propositura da ADI 5595, em 2016, o país passou do risco potencial de colapso do SUS pelo agravamento do estrutural subfinanciamento, para o quadro atual de uma catástrofe humanitária sem precedentes em relação à Covid-19.

Nesse contexto de demanda urgente de atendimento à pandemia da Covid-19, a crise do SUS emerge como realidade ainda mais dramática, que coloca em risco de morte centenas de milhares de brasileiros. A conhecida judicialização da saúde é apenas uma limitada e parcial resposta ao fato de que sucessivas restrições interpretativas, emendas constitucionais e operações contábeis, historicamente, causaram – direta ou indiretamente – retrocesso ao direito à saúde e mitigaram suas garantias de financiamento e de arranjo federativo-orgânico no âmbito do SUS.

Com a ADI 5595, o Supremo Tribunal Federal é chamado a debater não só a fotografia dos arts. 2º e 3º da Emenda 86/2015, mas primordialmente precisa refletir sobre o filme das suas implicações trazidas intertemporalmente ao piso federal em saúde pela Emenda 86/2015 em face da Emenda 95/2016.

Dito de outra forma: o filme que o STF precisa julgar diz respeito ao déficit de aplicação no piso federal em saúde de 2016 (dada a suspensão cautelar dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015), que obrigaria a União ao dever de compensação em 2017 (ainda não cumprido plenamente) e que, por sua vez, ampliaria necessariamente a base de cálculo de 2018 a 2036, para o piso federal em saúde, o qual passou a ser meramente corrigido pela inflação, segundo a previsão do art. 110 do ADCT.

Tecnicamente, se o mérito da ADI 5.595 for julgado procedente, haverá alteração do valor nominal do piso federal em saúde de 2016 até 2036, sobretudo para fins de fixação da base de cálculo de 2017 (se inclui, ou não, a necessária compensação do déficit de aplicação verificado em 2016) para fins de aplicação, a partir de 2018, da correspondente correção monetária até 2036, na forma do art. 110, II, do ADCT.

Importante apontar que, em 2016, a União aplicou na política pública de saúde menos de 15% da sua receita corrente líquida, invocando e fiando-se na “validade” prospectiva (?) do subpiso de 13,2% dado pelo art. 2º da EC 86/2015, mesmo após a sua revogação expressa e imediata operada pelo art. 3º da Emenda 95/2016.

Para cumprir o piso federal em saúde de 15% da receita corrente líquida no exercício financeiro de 2016, a União deveria ter aplicado, no mínimo, R\$ 108,371 bilhões, ao invés de R\$ 106,236 bilhões, de modo que seu patamar de aplicação em ASPS ficou aquém do exigido constitucionalmente. Isso sem falar aqui do dever de compensação dos restos a pagar que tenham sido computados em anos anteriores no piso federal em saúde e que, em 2016, foram cancelados.

Com o acréscimo da medida compensatória e por consequência da base de cálculo do art. 110, II do ADCT, haveria efeito de majoração acumulativa do patamar federal de gasto mínimo em saúde (a ser corrigido pela inflação de 2018 a 2036), a partir do que efetivamente deveria ter sido aplicado em 2017.

Trata-se do dever de compensação do déficit no piso em saúde, na forma do art. 25 da LC 141/2012, o que, por óbvio, seria incorporado adicionalmente à base de cálculo de 2017, para a incidência do piso congelado em saúde a partir de 2018 e até 2036, que a Emenda 95/2016 inseriu no ADCT, na forma do seu art. 110, inciso II.

Em meio à pandemia da Covid-19, cabe ao Supremo Tribunal Federal enfrentar estruturalmente o subfinanciamento federal do Sistema Único de Saúde, julgando procedente a ADI 5595. A bem da verdade, os arts. 2º e 3º da Emenda 86/2015 revelam uma faceta perversa e relativamente recente do “estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira”<sup>2</sup>, que preexistia à pandemia da Covid-19 e que será por ela agravado.

Diante da forma limitada como tem sido interpretado o dever de gasto mínimo federal em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) previsto no art. 198 da Constituição, faz-se necessária a afirmação de precedente pela Suprema Corte brasileira que reafirme a vedação de manipulação financeira que frustre a efetividade dos direitos fundamentais, tal como feito pela ADPF 45, desde 2004.

Vedar retrocesso no piso federal em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) é defender a higidez constitucional do próprio direito à saúde. Afinal, a sociedade precisa da garantia de que haverá financiamento juridicamente estável e fiscalmente progressivo para o SUS fazer face não só à pandemia da Covid-19 no curto prazo, mas a todas as suas atribuições constitucionais no médio e longo prazos.

No Brasil, reconhecer o problema do subfinanciamento do SUS e enfrentá-lo estruturalmente é a única solução capaz de situá-lo em seu devido patamar sistêmico. Diante da forma limitada como tem sido interpretado o dever de gasto mínimo federal em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) previsto no art. 198 da Constituição, faz-se necessária a fixação do preceito de que o piso constitucional não é apenas uma equação matemática que vincula determinado volume de recursos a um conjunto aleatório de despesas. Há conteúdo e finalidades substantivas a serem cumpridos por meio do dever de aplicação mínima de recursos em saúde, em um arranjo federativo que prima pela redução das disparidades regionais e pelo rateio equilibrado das responsabilidades e receitas entre os entes.

Para fins do art. 196 e de toda a governança federativa do SUS, é imprescindível o rateio federativo dos recursos com o enfoque do art. 198, §3º, II (progressiva redução das disparidades regionais), o que foi parcialmente regulamentado no art. 35 da Lei 8.080/1990 e no art. 17, §1º da LC 141/2012. Daí emerge a pactuação das obrigações e responsabilidades de cada ente da federação no SUS por meio da Comissão Intergestores Tripartite e aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, como primária fonte do que deveria ser o conteúdo material do piso em ações e serviços públicos de saúde, ao que se somam os planos previstos na legislação sanitária.

Como debatido ao longo do artigo, se a União pactou na CIT e gerou compromissos federativos com os entes subnacionais, ela, naturalmente, precisa cumprir tal pactuação, em consonância com as necessidades de saúde

2 Como debatido em PINTO, EG. Guerra fiscal de despesas na pactuação federativa do SUS: um ensaio sobre a instabilidade de regime jurídico do piso federal em saúde. SANTOS, A; LOPES, LT. Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. Brasília: CONASS, 2018, pp. 92-107. Disponível em <http://www.conass.org.br/biblioteca/download/6880/>

da população e com o levantamento dos riscos epidemiológicos (conforme o art. 198, §3º, II da CF); ainda que, eventualmente, venha a ser formalmente excedente ao piso inscrito no art. 110 do ADCT, sob pena de lesão ao dever de gasto mínimo material e ao pacto federativo, além de ofensa à mais básica concepção de boa-fé nas relações jurídicas. O mesmo raciocínio se aplica a alguns dos Estados que não cumprem o pactuado na Comissão Intergestores Bipartite – CIB (art. 19, §1º da LC 141/2012, em conformidade com o art. 198, §3º, II da CR/88).

Eis o contexto em que se buscou elucidar algumas das causas sistêmicas da judicialização da saúde, ao invés de remediar seus sintomas. Nesse intuito é que se apresenta, como síntese final, um conjunto de sugestões que visam ao controle da fragilidade estrutural da política pública em seu arranjo federativo insatisfatoriamente pactuado e em seu financiamento cada vez mais regressivo, sob pena de severo risco de centenas de milhares de mortes de brasileiros e de colapso do SUS, agravado em face da pandemia da Covid-19.

Para enfrentar o estado de coisas inconstitucional no custeio da política pública de saúde brasileira, reputa-se necessário cumprir o seguinte rol de medidas corretivas e preventivas:

1. realização de transferências interfederativas de recursos fundo-a-fundo no âmbito do SUS pelos critérios do art. 35 da Lei 8080/1990 e do art. 17 da LC 141/2012, os quais regulamentam o art. 198, §3º, II da Constituição de 1988. Tal medida implica repasses em montante superior ao previsto no art. 110 do ADCT, inserido pela EC 95/2016, e suspensão temporária dos critérios estabelecidos pela Portaria do Ministério da Saúde nº 2.979/2019, para que sejam mantidas as transferências mensuradas em valores *per capita* e não por usuário cadastrado no sistema de informação a que a Portaria se refere;
2. cumprimento integral e imediato de todas as pactuações federativas celebradas pela Comissão Intergestores Tripartite – em favor dos Estados, DF e Municípios – que estejam pendentes de portaria de habilitação de ações e serviços públicos de saúde pelo Ministério da Saúde por falta de correspondente fonte de custeio perante o controle da execução orçamentária exercido pelo Ministério da Economia, por força de limites de empenho e/ou de pagamento impostos àquele Ministério;
3. transferência voluntária de recursos adicionais em caráter extraordinário e proporcional ao aumento de necessidades dos entes para contenção da pandemia, na forma do parágrafo único do art. 18 da LC 141/2012;
4. imposição do dever de levantamento semanal coordenado nacionalmente pela Comissão Intergestores Tripartite (a que se refere o art. 14-A da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990) das demandas sanitárias e respectivas respostas tempestivas para resguardar sua célere execução orçamentário-financeira do total de recursos necessários por cada ente da federação. Busca-se determinação de diagnóstico coordenado

nacionalmente – de forma transparente e mediante publicação em sítio oficial – de todas as demandas de despesas a serem realizadas na governança federativa do SUS, em caráter extraordinário e adicional às dotações orçamentárias já em execução, para o enfrentamento sistêmico e suficiente da pandemia do novo coronavírus;

5. realização pelo Ministério da Saúde dos repasses interfederativos imediatos e integrais para execução das despesas diagnosticadas pela CIT como necessidades de saúde da população na forma do item anterior em cada Estado, DF e Município;

6. vedação ao Executivo Federal de que promova, como se configurasse acréscimo real de recursos para as ações e serviços públicos de saúde durante a vigência da Lei 13.979/2020, a abertura de crédito extraordinário, em favor do Ministério da Saúde, mediante mero remanejamento contábil de dotações (fontes de custeio) do próprio Ministério;

7. aplicação, durante o prazo de vigência da Lei 13.979/2020, de todos os recursos disponíveis no Fundo Social do Pré-Sal (a que se referem os arts. 47 a 60 da Lei 12.351/2010) nas ações e serviços públicos de saúde e no financiamento de atividades de ciência e tecnologia que se fizerem necessários ao enfrentamento da pandemia da Covid-19. Trata-se de apoiar os gestores do SUS e as instituições públicas de ensino superior e de pesquisa habilitadas para que possam demandar e promover produção de kits de testagem, equipamentos de proteção individual, aparelhos e insumos mínimos necessários para criação de unidades intensivas e semi-intensivas de urgência (respiradores, monitores multiparametrizados e bombas de infusão, entre outros) e de outros tipos de unidades de atendimento de saúde de diferentes tipos de complexidade;

8. imposição de dever ao Ministério da Saúde para que realize, ampla e ostensivamente, testes na população em condições de suspeita de infecção do coronavírus (Covid-19), bem como dever de levantamento, consolidação e divulgação nacional dos dados estatísticos sobre os casos confirmados, suspeitos e em investigação a que se refere o art. 6º da Lei 13.979/2020;

9. criação de central nacional de regulação unificada de leitos públicos e privados em unidades de tratamento intensivo, sob responsabilidade do Ministério da Saúde, enquanto perdurar a vigência da situação que levou à edição da Lei nº 13.979/2020;

10. levantamento da demanda total de recursos para resguardar atendimento suficiente no SUS da demanda reprimida por ações e serviços públicos de saúde que for liberada após o período crítico de contenção da pandemia em esforço planejado e suficiente de

retorno ao cotidiano operacional do sistema público de saúde brasileiro, que ordinariamente tem atuado sempre além de suas capacidades.

O elenco acima é meramente exemplificativo e visa subsidiar o debate das medidas necessárias ao enfrentamento da pandemia da Covid-19. Não obstante sua natureza contingente e circunstancial, é preciso extrair sentido estrutural dos impasses revelados durante a calamidade pública daí decorrente.

O aprendizado que tem sido dramaticamente incorporado pela sociedade brasileira é o de que não se assegura direito fundamental à saúde, sem financiamento juridicamente estável e fiscalmente progressivo.

É preciso, pois, que a sociedade brasileira se ocupe de tal impasse estrutural, o qual é um dos maiores desafios atuais à efetividade desse direito, sobretudo em face das necessidades de saúde da população que deveriam perfazer, a cada ciclo de planejamento sanitário e orçamentário, as suas metas de atendimento universal e integral, na forma do art. 196 da Constituição.

## Referências

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. *Subfinanciamento da Educação e da Saúde*. Disponível em [http://www.cnm.org.br/cms/biblioteca\\_antiga/Subfinanciamento%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20da%20Sa%C3%BAde%20\(2016\).pdf](http://www.cnm.org.br/cms/biblioteca_antiga/Subfinanciamento%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20da%20Sa%C3%BAde%20(2016).pdf).

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução nº 551, de 6 de julho de 2017*. Disponível em <http://www.conselho.saude.gov.br/resolucoes/2017/Reso551.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Recomendação nº 48, de 13 de dezembro de 2016*. DOU 1º/02/2017. Sugere parâmetros para a atuação do Ministério Público no controle do dever de gasto mínimo em saúde. Art. 4º, inciso XXIV. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/component/normas/norma/4717?catid=400>.

PINTO, Élica Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

..... Guerra fiscal de despesas na pactuação federativa do SUS: um ensaio sobre a instabilidade de regime jurídico do piso federal em saúde. SANTOS, A; LOPES, LT. *Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*. Brasília: CONASS, 2018, pp. 92-107. Disponível em <http://www.conass.org.br/biblioteca/download/6880/>.

PINTO, Elida 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 e Constitucional*, Curitiba, v. 16, n. 66, 2016. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/366>.. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v16i66.366>

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

PIOLA, Sérgio; PAIVA, Andrea Barreto de; SÁ, Edvaldo Batista de; SERVO, Luciana Mendes Santos. *Financiamento público da saúde: uma história à procura de rumo*. Brasília: IPEA, julho de 2013. Texto para Discussão nº 1846, p. 14. Disponível no endereço <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1846.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1846.pdf)>.

SANTOS, Isabela Soares. A solução para o SUS não é um *Brazilcare*. RECIIS – Rev Eletron Comun Inf Inov Saúde. 2016 jul.-set.; 10(3) | [[www.reciis.icict.fiocruz.br](http://www.reciis.icict.fiocruz.br)] e-ISSN 1981-6278. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/viewFile/1191/pdf1191/>

SANTOS, Lenir. *Os desafios da gestão interfederativa do SUS*. Campinas: Saberes Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; PIOLA, Sérgio Francisco. Texto para Discussão Ipea nº 2225 - Restos a Pagar de despesas com ações e serviços Públicos de saúde da União: impactos para o financiamento federal do Sistema Único de Saúde e para a elaboração das contas de saúde. Brasília - DF: IPEA, 2016 (Texto para discussão). Disponível em [http://www.en.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2225.pdf](http://www.en.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2225.pdf)

---

## FISCAL CONSTRAINTS VERSUS THE SOCIAL RIGHT OF HEALTH: AN ESSAY ABOUT THE RESOURCES NEEDED TO REALIZATION OF THE SUS

**Recebido** 16-fev-21 **Aceito** 30-mar-21

**Resumo** Considerando que o piso federal em saúde tem sido historicamente manejado como limite ontológico à implementação efetiva do arranjo constitucional do Sistema Único de Saúde – SUS, o presente artigo explora algumas implicações constitucionais do afastamento temporário da tese da restrição fiscal para que o Ministério da Saúde tentasse minimamente fazer face às necessidades de saúde da população no contexto

de enfrentamento da pandemia da Covid-19. Isso porque a calamidade pública, reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, evidenciou ser escolha política, ao invés de impossibilidade técnica, a decisão sobre o nível de recursos orçamentários e financeiros destinados à política pública de saúde no Brasil. A hipótese que se sustenta aqui é a de que não se pode admitir a expansão transitória do custeio das ações e serviços públicos de saúde – ASPS tenha ocorrido apenas durante o primeiro ano da pandemia da Covid-19, como uma decorrência do “Orçamento de Guerra” (Emenda 106/2020), haja vista a longa omissão naturalizada em relação ao dever de mitigar o estoque de mortes evitáveis na política pública de saúde brasileira, a pretexto de uma falseada noção de restrição fiscal. A dimensão protetiva do gasto mínimo em saúde deveria resguardar custeio suficiente para as necessidades e finalidades do SUS, até porque a noção do que seja destinação mínima (piso) não pode ser degradada conceitualmente para passar a operar como fronteira contida pelo máximo de dotação disponível (teto), sob pena de afronta ao próprio núcleo do direito social à saúde.

**Palavras-chave** Financiamento. Direito social à saúde. SUS. Restrições fiscais.

**Abstract** *Considering that the federal health floor has historically been handled as an ontological limit to the effective implementation of the constitutional arrangement of the Unified Health System - SUS, this article explores constitutional consequences for the temporary removal of the fiscal restriction so that the Ministry of Health could to try at least to face to the health needs of the population in the context of coping with the Covid-19 pandemic. This is because the public calamity, recognized by Legislative Decree No. 6, of March 20, 2020, did highlights the political choice, as opposed to technical impossibility, about of the decision on the level of budgetary and financial resources for health policy in Brazil. The hypothesis that is sustained here is that the transitory expansion of the financing of public health actions and services - ASPS could not have been allowed to occur only during the first year of the Covid-19 pandemic, as a result of the “War Budget” (Amendment 106/2020), given the long naturalized omission in relation to the duty to mitigate the stock of preventable deaths in Brazilian public health policy, a pretext of a falsified conception of fiscal restriction. The protective dimension of minimum health spending should safeguard sufficient funding for SUS needs and purposes, not least because the notion of what is a minimum destination (floor) cannot be conceptually degraded to start operating as a border contained by the maximum available point ( ceiling), under penalty of affronting the very core of the social right of health.*

**Keywords** *Financing. Social right of health. SUS. Fiscal constraints.*