

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CÁRMEN LÚCIA - DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA AO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI, RELATOR DA ADI 5595 (ART. 988, §3º, CPC)

“Para que o dever de gasto mínimo em saúde trazido pela EC 29/2000 não seja interpretado na restrita e manipulável concepção de uma equação matemática para fins de elaboração e execução dos orçamentos anuais, é preciso extrair correlação, de fato, substantiva entre os meios fiscais e os fins constitucionais a que eles se destinam. Assim, considerando serem material e faticamente inesgotáveis os fins de redução do risco de doença e de outros agravos, bem como a meta de assegurar acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196), outra alternativa não há senão manter e aprimorar o financiamento “historicamente insuficiente” (como suscitado pelo requerente) da política pública de saúde.” (Supremo Tribunal Federal, ADI 5595, Relator Ministro Ricardo Lewandowski)

O INSTITUTO DE DIRETO SANITÁRIO APLICADO – IDISA, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.290.168/0001-89, com sede na Rua José Antônio Marinho, 450, Campinas, São Paulo – Brasil, CEP 13.084-783, e a **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS – AMPCON**, entidade de classe de âmbito nacional, constituída como pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 37.138.161/0001-56, com sede no SDS - Edifício Venâncio IV, sala 201 Brasília/DF, CEP: 71393-900 vêm, por meio de seus advogados, consoante instrumentos de mandato em anexo (doc. 1), respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. art. 103-A, §3º da Constituição Federal, no art. 13 da Lei nº 8.038/90, no art. 988 do CPC e no art. 70, §1º do RISTF, propor a presente

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL
(com pedido de medida cautelar)

em face do Acórdão nº 1048/2018ⁱ – TCU – Plenário proferido pelo Tribunal de Contas da União, nos autos do Processo nº TC 011.936/2017-7, que acatou como válido, para o exercício financeiro de 2016, o piso federal em saúde de 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida (RCL) da União, bem como negou a necessidade de qualquer medida compensatória em relação ao déficit de aplicação impugnado pelo Ministério Público de Contas que oficia junto ao TCU. Como se verá a seguir, o entendimento exposto no Acórdão TCU 1048/2018 implica afronta à decisão cautelar concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski nos autos da ADI 5595, onde foi suspensa a eficácia do art. art. 2º da Emenda Constitucional 86, de 18/3/2015, oportunidade em que restou fixado – para o exercício de 2016ⁱⁱ – que a União deveria

aplicar o piso de 15% da sua RCL em ações e serviços públicos de saúde, em estrita e legítima conformidade com o art. 198, §2º, I da Constituição.

I – BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Por meio de representação formulada perante o Tribunal de Contas da União em face do Excelentíssimo Sr. Presidente da República e do então Ministro da Saúde, a Dra. Élide Graziane Pinto, Procuradora do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, e o professor Francisco Rozsa Funcia, economista, requereram a promoção das medidas necessárias para resguardar o interesse coletivo e apurar as irregularidades perpetradas pela União quanto ao dever de financiamento mínimo das ações e serviços públicos de saúde (ASPS), em razão de indícios de *deficit* na aplicação no exercício financeiro de 2016. A representação foi encampada pelo Procurador do Ministério Tribunal de Contas da União, Júlio Marcelo de Oliveiraⁱⁱⁱ, tornando a denúncia objeto do TC 011.935/2017-0.

Como fundamento nuclear do referido processo perante a Corte de Contas alegaram o não atingimento pela União, no exercício de 2016, do piso federal de 15% (quinze por cento) para aplicação em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) da receita corrente líquida federal (RCL), nos termos do art. 198, §2º, inciso I da Constituição Federal, o que já era alvo da ADI 5595 desde 23 de setembro de 2016 e que posteriormente sofrera a revogação do art. 2º da Emenda Constitucional nº 86, pela Emenda Constitucional nº 95, esta promulgada em 15 de dezembro de 2016.

Além do descumprimento da aplicação mínima constitucional em ASPS, em virtude da vigência e plena eficácia da Emenda 95/2016 sobre a aplicação do mínimo de saúde da União em 2016, a Denúncia apontou a inexistência de compensação integral dos restos a pagar cancelados em 2015, tal como exige o art. 25 da Lei Complementar nº 141/2012.

Ao analisar o referido processo, o TCU entendeu por aplicar interpretação no sentido de que a cautelar concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski não teria determinado o piso em saúde de 15% da RCL federal para 2016, hipótese em que restaria formalmente autorizada a aplicação inferior no patamar de 13,2% da RCL, já que o patamar de 15% valeria tão somente para o exercício de 2017.

Assim, em total e evidente afronta à decisão cautelar proferida nos autos da ADI 5595 (onde foi firmada a proteção contra retrocessos de custeio no piso federal da saúde), o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1048/2018 – TCU – Plenário considerou improcedente a Representação, por entender inexistir irregularidades na aplicação do gasto mínimo federal em saúde de 13,2% da RCL no exercício de 2016, assim como na falta de compensação dos cancelamentos de restos a pagar não processados, mas inscritos e computados formalmente no piso federal em saúde do exercício de 2015. Restou assim ementado o Acórdão:

ACÓRDÃO Nº 1048/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 011.936/2017-7.

1.1. Apenso: 011.935/2017-0 (Denúncia).

2. Grupo II – Classe de Assunto: VII - Representação.

3. Representante: Procurador Júlio Marcelo.

4. Órgãos: Ministério da Fazenda, Ministério da Saúde e Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

5. Relator: Ministro Bruno Dantas.

6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag).

8. Representação legal: não há

9. Acórdão: VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pelo Procurador do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, Júlio Marcelo de Oliveira, em razão do suposto descumprimento, por parte do Exmo. Sr. Presidente da República, Michel Miguel Elias Temer Lulia, e do Exmo. Sr. Ministro da Saúde, Ricardo José Magalhães Barros, do percentual mínimo definido constitucionalmente para aplicação em ações e serviços públicos de saúde pela União, no exercício financeiro de 2016, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso I, do Regimento Interno TCU c/c art. 84 da Lei 8.443/1992, para **considerá-la improcedente, em razão da inexistência de irregularidades na aplicação do mínimo do exercício de 2016, assim como na compensação das disponibilidades de caixa provenientes de cancelamento de restos a pagar não processados no exercício de 2015** (itens 87-157; 158-197; 216-242 da instrução transcrita no relatório precedente);

9.2. dar ciência deste acórdão:

9.2.1 ao representante;

9.2.2. aos subscritores da Denúncia apensada aos presentes autos, Procuradora do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo Élide Graziane Pinto [...]; e Francisco Rozsa Funcia, Economista [...];

9.2.3. aos Ministros da Fazenda, da Saúde e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, ao Chefe da Casa Civil da Presidência da República e à Advogada-Geral da União.

10. Ata nº 16/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 9/5/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1048-16/18-P

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

Apresentando em sua fundamentação evidente divergência com a decisão cautelar proferida pelo Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, inclusive quanto ao cabimento da ADI face à revogação^{iv} de um dos dispositivos constitucionais questionados, o Tribunal de Contas da União afronta a competência da Suprema Corte, em especial da decisão proferida, demandando a propositura da presente Reclamação Constitucional.

II – DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO.

OFENSA A DECISÃO CAUTELAR PROFERIDA NA ADI 5595

A Constituição Federal fixou competência do Supremo Tribunal Federal para, em sede de reclamação, processar e julgar, originalmente, ato que tenha invadido a competência da Corte ou contrariado alguma de suas decisões (artigo 102, inciso I, alínea “i” da Constituição Federal).

É cabível, portanto, a Reclamação para garantir a autoridade das decisões do STF, sejam elas monocráticas ou colegiadas, face a violações perpetradas por autoridades judiciárias ou administrativas.

Da mesma forma, quando outra entidade ou órgão do Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo, agir invadindo a esfera da competência constitucional do STF, cabe a reclamação para que o STF determine medida tendente a preservar sua competência.

A previsão processual da Reclamação passou a constar do Código de Processo Civil de 2015, que em seu art. 988 e seguintes, assim tratou o tema:

Art. 988. *Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:*

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

*III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de **decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;***

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Admite-se, então, a ação de reclamação contra atos dos Tribunais de Contas tendentes a descumprir decisão monocrática proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. É caso de preservação da autoridade da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

O cabimento da Reclamação na hipótese ora trazida a exame também vem consagrado pela pacífica jurisprudência deste Excelso Pretório, como se extrai deste julgado:

“A reclamação tem previsão constitucional para a preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, da CF) ou, ainda, quando o ato administrativo ou decisão judicial contrariar a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicar (art. 103-A, § 3º, da CF, incluído pela EC 45/2004).” (STF, Pleno, Rcl. 10.110, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.10.2011) (destacou-se)

Nessa toada, considerando que o vertente caso, como será demonstrado a seguir, tem por objetivo fazer prevalecer a autoridade da DECISÃO cautelar proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 5595, nenhuma dúvida pode haver, nesta hipótese, a respeito do cabimento da Reclamação Constitucional com supedâneo nas disposições constitucionais e legais acima transcritas.

III - DA LEGITIMIDADE DAS REQUERENTES

O Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDISA é associação civil sem fins lucrativos, fundado em 10 de outubro de 1994, com a finalidade de, entre outras, estimular e sistematizar a produção de conhecimento jurídico e promover a defesa intransigente do Sistema único de Saúde, seus valores e princípios, com importantes expoentes da luta pelo direito à saúde como membros fundadores e associados, entre os quais se destacam Guido Ivan de Carvalho, Nelson Rodrigues dos santos, Gilson Carvalho, Lenir Santos, Ênio Duarte Servilha, Francisco Funcia e Aquilas Mendes.

A Associação Nacional dos do Ministério Público de Contas - AMPCON é entidade de classe de âmbito nacional que defende os interesses do Ministério Público de Contas, possuindo,

entre as suas finalidades estatutárias, a defesa das aspirações do Ministério Público de Contas e entre as aspirações do Ministério Público de Contas, por certo, o zelo e a defesa do interesse social indisponível, dentre os quais o financiamento constitucionalmente adequado do direito fundamental à saúde.

Importante, pontuar que, a legitimidade das Reclamantes é flagrante, já que foram ambas aceitas com *amici curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595, em que houve decisão cautelar proferida em favor do piso federal em saúde de 15% da receita corrente líquida da União não só no exercício financeiro de 2017, como também no exercício de 2016. Considerando que a cautelar do Ministro Ricardo Lewandowski concedida na ADI 5595 foi descumprida pelo Tribunal de Contas da União no seu Acórdão Plenário 1048/2018, proferido no dia 09/05/2018, revela-se absolutamente legítimo, pois, o cabimento da presente Reclamação.

Ora, o Pretório Excelso tem conferido legitimidade *ad causam* para apresentar a reclamação constitucional a todos que demonstrarem prejuízo advindo da não observância das suas decisões, incluindo-se, por corolário lógico, aquelas entidades que, na ação de controle concentrado de constitucionalidade, tenham sido admitidas como *amici curiae*.

O julgado abaixo transcrito ilustra o posicionamento hodierno do STF acerca da legitimidade *ad causam*, no que tange ao manejo da reclamação constitucional, *ipsis verbis*:

Reconhecimento de legitimidade ativa ad causam de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do Conceito de parte interessada (lei nº 8038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado. Apreciado o mérito da ADI 1662-SP (DJ de 30.08.01), está o município legitimado para propor reclamação. (STF. Reclamação - Rcl. Rcl 1880 AGr., Pleno, Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 7 de novembro de 2002. DJ 19-03-2004)

Em relação a esse tema, vale transcrever o entendimento do didático Luiz Guilherme Marinoni^v, que assim disserta sobre os legitimados para utilização da reclamação constitucional, *in litteris*:

“Por simples consequência, não há por que restringir a reclamação aos legitimados à ação direta e ao órgão que editou a norma, pois o jurisdicionado, em seu respectivo caso, reclama a autoridade dos fundamentos determinantes das decisões do STF em nome da coerência do direito e da segurança jurídica. Note-se que não está em jogo a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de específica norma, mas a força ou autoridade dos seus fundamentos adotados pela Corte para decidir pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Portanto, em vista da eficácia vinculante, legitimados são os prejudicados pelo ato que negou os fundamentos determinantes e aquele que o praticou. Esse último infringe a autoridade da decisão do STF, enquanto o primeiro por ser tutelado pelo precedente constitucional, necessita da reclamação.”

Nesse sentido, requer-se o reconhecimento das Requerentes como legitimadas a acionar esta E. Corte pelo mecanismo da Reclamação previsto no artigo 102, I, “I”, da Constituição da República e art. 156 do RISTF.

IV – DO MÉRITO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595, proposta pela Procuradoria Geral da República, discute a constitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional n.º 86, de 17 de março de 2015, os quais reduziram o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde (ASPS) mediante a fixação de subpisos anuais e progressivos, inferiores ao patamar até então vigente, para custeio, pela União, e nele incluem a parcela decorrente de participação no resultado e a compensação financeira devidos pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o artigo 20, §1º da Constituição Federal.

De acordo com a inicial da ADI 5595, os preceitos impugnados atentaram diretamente contra os dispositivos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, caput, 6º, 196 a 198, caput, e § 1º), contra o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1º, caput e III) e devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV), violando cláusula pétrea inscrita no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Ouvidos os *amici curiae*, o Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski proferiu decisão cautelar, em virtude da presença dos requisitos autorizados, nos seguintes termos:

Diante do quadro fático ora descrito, resulta evidente a urgência na concessão da liminar, uma vez que a manutenção de eficácia das normas atacadas vem dificultando ou mesmo impossibilitando, a cada dia e de forma irreversível, o gozo dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros.

A isso se soma a demanda crescente do SUS, sobretudo nos últimos anos, quando houve um agravamento no quadro de desemprego no país. A norma jurídica questionada piora substancialmente a desigualdade no acesso a direitos fundamentais, a justificar a imediata concessão da cautelar pleiteada.

Além disso, a existência de periculum in mora em caso de falta de apreciação urgente pelo Supremo Tribunal Federal do pedido de cautelar também reside na repercussão do quanto for efetivamente pago pela União nas ações e serviços públicos de saúde em 2017, para fins de fixação do piso constitucional que passará a vigorar em 2018, bem como ao longo dos próximos 19 anos, na forma do art. 110, II do ADCT, inserido pela EC 95/2016.

Portanto, dado o novo regime orçamentário que passará a submeter também o piso federal da saúde a partir de 2018, a concessão de medida cautelar em data posterior consumará – de fato – o perigo de se exacerbar o “quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública do país [...], que causa número formidável de mortes e agravos evitáveis à saúde dos cidadãos brasileiros”, tal como suscitou o requerente.

Assim posta a matéria de fato, defiro a cautela, ad referendum, do Plenário para suspender a eficácia dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015.

Comunique-se com urgência. Publique-se. Brasília, 31 de agosto de 2017.

Ministro Ricardo Lewandowski Relator

Importante para a análise da violação pelo Acórdão 1048/2018-TCU-Plenário da decisão cautelar proferida pelo Eminentíssimo Min. Ricardo Lewandowski o cotejo dos fundamentos da

decisão da Corte de Contas, demonstrando de forma cabal a usurpação de competência e a afronta à decisão da Suprema Corte.

O eminente Ministro Relator do julgamento da Representação perante o TCU, Dr. Bruno Dantas, aponta em seu voto (que foi acompanhado pelos demais Ministros da Corte de Contas federal), especificamente quanto à decisão cautelar na ADI 5595, que “foi expressa em delimitar para o exercício de 2017 a aplicabilidade da nova regra de cálculo do mínimo em ASPS”, baseando-se na parte final e dispositiva da decisão do Ministro Ricardo Lewandowski.

22. Superada a questão metodológica quanto à regra a ser aplicada no exercício de 2016 para cálculo do mínimo em ASPS, cabe analisar eventuais reflexos produzidos pela decisão judicial liminar adotada no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.595, em 31/8/2017, portanto, posteriormente à análise empreendida pela Semag em 7/7/2017, e que veio suspender a eficácia dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015 (peça 40).

23. Segundo defende o representante do Ministério Público de Contas, a decisão cautelar na ADI 5.595 suspendeu retroativamente a eficácia do art. 2º da Emenda 86/2015 que, em seu inciso I, havia fixado o subpiso de 13,2% da RCL para o exercício de 2016, restando claro que “o piso federal de aplicação em ASPS no ano de 2016 era, desde o início do exercício, de 15% da RCL, o que torna até mesmo superado e prejudicado o debate sobre os efeitos intertemporais da revogação do art. 2º da Emenda 86/2015 pelo art. 3º da Emenda 95/2016.”

24. Contudo, assim dispôs a parte final da decisão judicial:

“A norma jurídica questionada piora substancialmente a desigualdade no acesso a direitos fundamentais, a justificar a imediata concessão da cautelar pleiteada. Além disso, a existência de periculum in mora em caso de falta de apreciação urgente pelo Supremo Tribunal Federal do pedido de cautelar também reside na repercussão do quanto for efetivamente pago pela União nas ações e serviços públicos de saúde em 2017, para fins de fixação do piso constitucional que passará a vigorar em 2018, bem como ao longo dos próximos 19 anos, na forma do art. 110, II do ADCT, inserido pela EC 95/2016. Portanto, dado o novo regime orçamentário que passará a submeter também o piso federal da saúde a partir de 2018, a concessão de

medida cautelar em data posterior consumará – de fato – o perigo de se exarcebar o ‘quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública do país [...], que causa número formidável de mortes e agravos evitáveis à saúde dos cidadãos brasileiros’, tal como suscitou o requerente. Assim posta a matéria de fato, defiro a cautela, ad referendum, do Plenário para suspender a eficácia dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015.”

25. Observa-se que a decisão judicial, adotada em 31/8/2017, foi expressa em delimitar para o exercício de 2017 a aplicabilidade da nova regra de cálculo do mínimo em ASPS, registrando a configuração do periculum in mora justamente porque o quanto fosse pago nesse exercício serviria como base para o piso constitucional que passaria a vigorar em 2018 e repercutiria ao longo dos próximos 19 anos.

26. Ora, não há margem para interpretação diversa da decisão judicial e tampouco da nova emenda constitucional, que também fixou expressamente para 2017 a nova regra de cálculo, na forma do inciso I do art. 110 do ADCT, transcrito acima. Qualquer digressão em outro sentido carece de sustentação lógico-jurídica e esbarra em dificuldades de ordem prática para a questão de planejamento orçamentário e execução financeira, devidamente pontuadas pela Semag e reforçadas no despacho que proferi em 24/5/2017.

Ora, *data máxima vênia*, a fundamentação utilizada pelo Eminentíssimo Ministro Relator do Acórdão 1048/2018 – TCU evidencia a tentativa de não reconhecer o sentido e a autoridade da decisão cautelar proferida na ADI 5595, afastando a sua aplicação imediata e permitindo que os danos que se pretendia evitar em relação ao controle concentrado de constitucionalidade do art. 2º da Emenda 86/2015, dada a existência do *periculum in mora*, consumem-se e externalizem-se sem o acatamento da Representação perante aquela Corte de Contas.

Nem se diga que haveria dúvida razoável sobre a eficácia retroativa ou não da decisão cautelar proferida em 31/08/2018 pelo Ministro Ricardo Lewandowski, para fins de determinação à União que fosse aplicado em saúde o piso de 15% da RCL no exercício de 2016, ao invés dos 13,2% mantidos pelo Acórdão TCU 1048/2018. Com a revogação do art. 2º da Emenda 86/2015 pelo art. 3º da Emenda 95/2016, não haveria sequer razão de ser para a própria existência da cautelar em relação a esse dispositivo, sobretudo, do ponto de vista do ciclo orçamentário e do regime jurídico do dever de gasto mínimo em saúde, se a decisão não pretendesse examinar os

efeitos prospectivos do subpiso federal em saúde de 13,2% da RCL aplicado em 2016, para os exercícios de 2017 e seguintes (até 2036). Ora, a consequência imediata da cautelar na ADI 5595 para o TCU deveria ter sido a imposição ao Ministério da Saúde do dever de compensação do déficit verificado no ano anterior, 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.

A esse respeito, oportuna é a análise da Dra. Élide Graziane Pinto^{vi} sobre a eficácia retroativa e sobre os efeitos prospectivos (até 2036) da cautelar concedida na ADI 5595, refutando, portanto, a tese esposada pelo TCU no Acórdão 1048/2018 de que a decisão do Ministro Lewandowski não teria alcançado o exercício de 2016:

Em tempos de [...] congelamento dos pisos de custeio da saúde e da educação, na forma do artigo 110, inciso II do ADCT, inserido pela Emenda 95/2016, é alvissareira essa decisão do Supremo [na ADI 5595]. Nela lemos que “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.”

A aludida decisão considerou que “as alterações empreendidas pelos artigos 2º e 3º da EC 86/2015 no financiamento mínimo do direito à saúde inegavelmente constroem a estabilidade jurídica e o caráter progressivo do custeio federal das ações e serviços públicos de saúde.”

Para que tenhamos em mente a absoluta atualidade e a ordem de grandeza do conflito em comento, vale lembrar que o déficit de aplicação em saúde da União em 2016 deve ser compensado no exercício imediatamente subsequente ao da sua constatação, por força do artigo 25 da Lei Complementar 141/2012. Significa dizer que, em 2017, deve haver a compensação do quanto o governo federal deixou de aplicar nas ações e serviços públicos de saúde em 2016, por causa dos aludidos artigos 2º e 3º da Emenda 86. Some-se a isso os nada desprezíveis efeitos prospectivos da cautelar na ADI 5.595, já que, por força do regime trazido pela Emenda do Teto Fiscal, o novo piso da União em saúde, a partir de 2018 e até 2036, deverá corrigir pela inflação o quanto for gasto em saúde no corrente ano de 2017, incluído aqui o montante da necessária compensação em tela.

Para quem, de forma um tanto míope ou até apressada e enviesadamente, sustenta que a cautelar da ADI 5.595 não poderia alcançar o artigo 2º da Emenda 86/2015, porque ele fora revogado pelo artigo 3º da Emenda 95/2016, devemos considerar que tal decisão se ampara no artigo 11, parágrafo 1º da Lei 9.868/1999, vez que – motivadamente – impôs a suspensão da eficácia – com efeitos retroativos – dos dispositivos questionados da Emenda 86.

A eficácia ex tunc da cautelar especificamente no que se refere ao revogado artigo 2º da Emenda 86 se projeta muito além do ano de 2016, pois a daí decorrente medida compensatória em 2017 incorporará a base de cálculo do piso federal em saúde para os próximos 19 anos, de modo a evitar o congelamento do déficit verificado, o que agravaria ainda mais a regressividade histórica da participação da União no custeio federativo do SUS.

Ora, o ministro Ricardo Lewandowski reconhece, na fundamentação da sua decisão, a repercussão orçamentária da suspensão da eficácia, com efeitos

retroativos, do subpiso de 13,2% da receita corrente líquida para o gasto mínimo federal em saúde, nele indevidamente incluídos os recursos oriundos do regime do pré-sal, não só para o exercício de 2016, mas também para 2017 e para os próximos 19 exercícios financeiros:

Mas qual é o montante estimado do déficit, cuja imediata compensação a ADI 5.595 permite seja exigida? [...] Na conta mais ousada, a fatura do dever de compensar o gasto mínimo federal em saúde em 2017 sobre o que a União deixou de aplicar no ano passado pode superar a casa dos R\$3 bilhões. Na conta mais tímida, a decisão cautelar na ADI 5.595 pode repercutir algo em torno de R\$1,2 bilhão para o custeio da saúde pública brasileira, já que o TCU, diante de um déficit já consumado no piso federal em saúde de, no mínimo, R\$250 milhões, não vai poder relevar como irregularidades formais os expressivos saldos de restos a pagar cancelados e não compensados e de despesas incluídas indevidamente no piso (cujas soma alcança R\$992 milhões). Ora, **em face da ADI 5.595, não há como o TCU se furta ao dever de rever seu entendimento de que o piso de 13,2% da RCL teria sido válido e que, em 2016, teria havido, por isso, um “excedente” de aplicação em saúde de R\$10,9 bilhões.**

Indo além do exame dos números, a medida cautelar concedida na ADI 5.595 nos lembra, do ponto de vista hermenêutico, que o orçamento público não pode se eximir da sua finalidade primordial de custear os direitos fundamentais. Eis um precedente que nos chega em boa hora tanto em face da Emenda 95, quanto em relação à crise nos serviços essenciais que indicam uma rota de falência da razão de ser do Estado brasileiro.

[...] A ADI 5.595 reconhece a existência da dimensão objetiva do direito à saúde de ter seu custeio fixado em bases suficientes e, na medida do fiscalmente possível, progressivas. Desse modo, o dever de gasto mínimo em saúde se configura como verdadeira garantia de tutela do próprio direito fundamental. (grifo acrescido ao original)

A força protetiva contra quaisquer retrocessos e, em especial, contra o subpiso de 13,2% da receita corrente líquida federal em 2016 para o dever de financiamento constitucionalmente adequado das ações e serviços públicos de saúde pela União naquele exercício, no exercício de 2017 e na base de cálculo projetada até 2036 é o que se extrai da leitura sistêmica da decisão cautelar proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 5595. Senão vejamos:

*“O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde, em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu **custeio constitucionalmente adequado.**”*

“É imperativa, pois, a conclusão de que, ao direito fundamental à saúde, correspondem garantias fundamentais de organização sistêmica (SUS) e de

financiamento suficiente e progressivo, conforme a disponibilidade das receitas da seguridade social e o piso de custeio no setor.”

“À luz dos artigos 23, II, 30, VII e 198 da Constituição, não poderia qualquer dos entes políticos retrair unilateral e abusivamente sua participação proporcional no volume total de recursos públicos destinados ao SUS, sem sobrecarregar os demais entes e **sem impor grave risco de desestruturação no arranjo protetivo do direito fundamental.**

Precisamente por isso tem sido bastante questionado judicialmente o déficit de aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, tanto na seara da responsabilização pessoal do gestor inadimplente (...) quanto na incidência das sanções de suspensão de transferências voluntárias (..) e de condicionamento das transferências obrigatórias...”

“Para que o dever de gasto mínimo em saúde trazido pela EC 29/2000 não seja interpretado na restrita e manipulável concepção de uma equação matemática para fins de elaboração e execução dos orçamentos anuais, é preciso extrair correlação, de fato, substantiva entre os meios fiscais e os fins constitucionais a que eles se destinam.

Assim, considerando serem material e faticamente inesgotáveis os fins de redução do risco de doença e de outros agravos, bem como a meta de assegurar acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196), **outra alternativa não há senão manter e aprimorar o financiamento “historicamente insuficiente” (como suscitado pelo requerente) da política pública de saúde.**”

“Desse modo, não é oponível a **alegação imotivada e discricionária de restrição orçamentária** em face de tais direitos fundamentais tanto por força da sua essencialidade para assegurar a vida digna a todos os cidadãos brasileiros, mas também porque eles são amparados por fontes próprias de receitas (a exemplo da contribuição social do salário educação e das contribuições sociais de que trata o art. 195) e deveres de gasto mínimo (previstos nos arts. 198 e 212 da CF).

“...os valores nominais alocados no orçamento da União para saúde desde 2011:

2011 - R\$ 71 bilhões

2012 - R\$ 91,7 bilhões

2013 - R\$ 99,8 bilhões

2014 - 106 bilhões

2015 - 91,5 bilhões (corte de 11,7 bi em relação à 2014)

2016 - 88,9 bilhões (necessidade de corte de 2,5 bi em relação à 2015)

Como se nota, a partir de 2015, ocasião em que as novas regras começaram a vigor, houve um corte considerável nas verbas alocadas para a saúde.”

*“... Fato é que 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.”*

“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.”

Conclui-se, desse modo, ter havido descumprimento da decisão cautelar proferida no âmbito da ADI 5595 pelo Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1048/2018 – TCU – Plenário, quando esse invocou a formal higidez do art. 2º da Emenda 86/2015, já fulminado pela cautelar na ADI 5595, quanto ao subpiso de 13,2% da RCL que fora considerado pelo Ministério da Saúde em 2016. Com isso e ao arrepio da autoridade decisória do STF, o TCU deixou de considerar o patamar de 15% da RCL definido no art. 198, §2º, I da Constituição, no que concerne especificamente ao exercício financeiro de 2016 e nos seus efeitos prospectivos para os exercícios de 2017 a 2036, para os devidos fins do art. 25 da LC 141/2012 e do art. 110, inciso II do ADCT.

Fato é que o TCU não cumpriu a decisão cautelar do Ministro Ricardo Lewandowski quanto ao exame do regime federal de gasto mínimo em saúde relativo ao exercício de 2016 – para os devidos fins e efeitos prospectivos de medida compensatória e formação de base de cálculo referentes aos exercícios de 2017 a 2036.

Do ponto de vista do Direito Financeiro e do “Novo Regime Fiscal” dado pela Emenda 95/2016, são inegáveis os efeitos prospectivos da suspensão retroativa da eficácia dos arts. 2ºe 3º da Emenda Constitucional 86/2015, tal como debatido na ADI 5595. Eis o conjunto de razões que está a

demandar atuação deste Pretório Excelso para anular a decisão proferida pelo TCU e, conseqüentemente, determinar à União que adote as medidas orçamentárias e financeiras necessárias para efetuar a compensação dos valores não aportados em ações e serviços públicos de saúde nos anos de 2016 e 2017, como determina o artigo 25 da Lei Complementar 141/2012, no exercício de 2018, sem prejuízo da correlata determinação de que tais valores passem a compor a base de cálculo do piso federal em saúde a ser corrigido pela inflação até 2036, na forma do art. 110, II, do ADCT, inserido pela Emenda 95/2016.

Por todo o exposto, em respeito à decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida pelo Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 5595, requer-se a adoção das providências pertinentes, no intuito de impor fazer valer a cautelar concedida.

V – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

A demonstração efetiva de que houve violação da autoridade de decisão do Supremo Tribunal Federal, adotada na ADI 5595, é suficiente para autorizar a concessão do provimento judicial liminar consistente na determinação do cumprimento da decisão descumprida pelo Tribunal de Contas da União.

O *fumus boni iuris* resta *quantum satis* comprovado, haja vista a desobediência pelo TCU da decisão cautelar proferida pelo Ministro Lewandowski, o que afronta diretamente a determinação para a aplicação do percentual de 15% da Receita Corrente Líquida em Ações e Serviços Públicos de Saúde desde o ano de 2016, efetuando-se a compensação nos exercícios subsequentes, nos termos do art. 25 da LC 141/2012.

O *periculum in mora* decorre do fato de que a execução orçamentária não espera. Além disso, a manutenção da não aplicação do montante mínimo de recursos em ASPS tem acentuado as dificuldades orçamentárias e financeiras para a garantia do direito à saúde^{vii}, acarretando lesão ao direito fundamental e ao Sistema Único de Saúde que o assegura para toda a população, além de implicar, em razão da não efetivação da compensação dos valores não aplicados nos anos anteriores, o congelamento, nas bases fixadas pela EC 95/2016, em patamares inferiores ao efetivamente devido, com graves prejuízos ao custeio minimamente adequado da política pública de saúde no Brasil, como se vê, por exemplo nas notícias abaixo:

Orçamento. Recuo ocorreu no primeiro ano de vigência da medida que cria um teto para os gastos públicos; as duas áreas ficaram de fora no ano passado para que o volume de gastos ganhasse um fôlego antes de serem incluídas na nova regra, o que não ocorreu

Gastos do governo federal com saúde e educação caem 3,1% em 2017

Adriana Fernandes / BRASILIA
Eduardo Rodrigues / BRASILIA

As despesas do governo com saúde e educação caíram 3,1% no ano passado em relação a 2016, uma queda nominal de 6,2% e real de 3,1%.

Em termos reais, as despesas em cada ano para cada área da saúde, mas em 2017 o recuo foi maior. Na educação, a queda tem sido mais forte, principalmente em função de 2014 para 2015 e de 2016 para 2017.

Durante as negociações para aprovar o teto de gastos, os parlamentares tinham a preocupação de que o piso se transformasse num teto para os gastos das duas áreas. Para evitar esse cenário, foi criada uma regra de transição, mantendo em 2017 as vinculações dos gastos à receita da nova regra no ano passado.

Justamente para que tivessem um fôlego antes de serem incluídas no teto de gastos este ano. A promessa do governo era que essas duas áreas teriam no ano passado um volume de gastos maior do que em 2016, o que não ocorreu. O volume desembolsado em 2016 passou por um corrigido pela inflação a partir de dezembro de 2016 para R\$ 107,2 bilhões – valor que está acima do teto.

Na saúde, o gasto efetivo foi de R\$ 107,2 bilhões, quando o piso estabelecido era de R\$ 109 bilhões. Isso não significa, no entanto, que o governo tenha desistido de atingir a meta constitucional porque o que valia era o valor que foi empenhado (primeira etapa do gasto público). Foram empenhados R\$ 114,7 bilhões – valor que está acima do

Ortina
"Foi uma miragem (...). Ficaram contando o empenhado, mas o realizado é muito diferente."
Paulo Zulkoski
PRESIDENTE DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS (CNM)

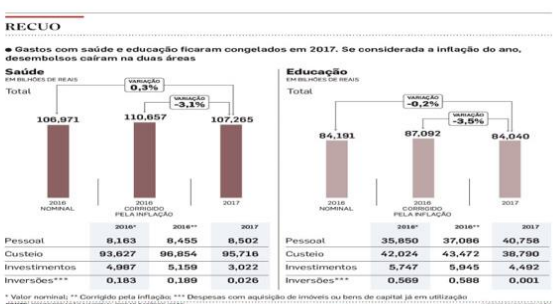
piso. Já na educação, o gasto efetivo em 2017 foi de R\$ 84,04 bilhões, ante R\$ 84,9 bilhões em 2016, uma queda nominal de 6,2% e real de 3,1%.

Em termos reais, as despesas em cada ano para cada área da saúde, mas em 2017 o recuo foi maior. Na educação, a queda tem sido mais forte, principalmente em função de 2014 para 2015 e de 2016 para 2017.

Durante as negociações para aprovar o teto de gastos, os parlamentares tinham a preocupação de que o piso se transformasse num teto para os gastos das duas áreas. Para evitar esse cenário, foi criada uma regra de transição, mantendo em 2017 as vinculações dos gastos à receita da nova regra no ano passado.

Justamente para que tivessem um fôlego antes de serem incluídas no teto de gastos este ano. A promessa do governo era que essas duas áreas teriam no ano passado um volume de gastos maior do que em 2016, o que não ocorreu. O volume desembolsado em 2016 passou por um corrigido pela inflação a partir de dezembro de 2016 para R\$ 107,2 bilhões – valor que está acima do

Ortina
"Foi uma miragem (...). Ficaram contando o empenhado, mas o realizado é muito diferente."
Paulo Zulkoski
PRESIDENTE DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS (CNM)



Hoje em 2017, ou seja, uma queda de 4,8%. "Estamos no limiar de uma grande crise para as prefeituras do Brasil. Esses números de forma eloquente mostram o caminho que nós vamos trilhar agora", alertou.

O consultor da CNM Eduardo Ortina destacou que os efeitos do teto do gasto serão mais sentidos quando passar a fase de "báscos" ter um encolhimento do Estado. Como a emenda congelou o gasto público, o orçamento pelos próximos anos não vai crescer e isso não vai refletir no aumento da dotação orçamentária das prefeituras", disse.

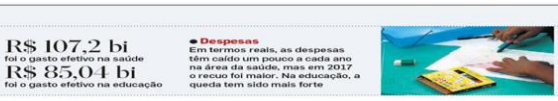
Na sua avaliação, no futuro haverá cada vez menos investimento público nessas áreas. Ele comparou a criação do teto a um carro que está correndo a 150 km e de repente freia bruscamente. "Vai causar um acidente". As pessoas vão se machucar", disse. Para ele, é inevitável a revisão do teto. Segundo ele, as despesas com os gastos em 2018 vai ser ruim e, em 2019, as despesas vão cair a entortar, o que haverá menos dinheiro.

Para confrontar os números do estudo da CNM, o Ministério do Planejamento usou dados sobre valores empenhados e não realizados gastos. A pasta alega que houve um crescimento de 8,6% nos empenhos para saúde, de R\$ 109,68 bilhões em 2016 para R\$ 117,05 bilhões no ano passado. Na educação, o ministério cita que os empenhos subiram 4,7% de R\$ 114,25 bilhões para R\$ 119,7 bilhões em 2017. Educação respondeu que entende os valores empenhados apresentados pelo Planejamento – como valores acordados, uma vez que, segundo o MEC, trata-se de "gasto curto". O Ministério da Saúde afirmou que os valores executados na Saúde cresceram 13,7% nos últimos dois anos.

PONTOS-CHAVE

- **Teto de gastos** Em 2017, no primeiro ano de vigência da regra, os gastos totais nas áreas de saúde e educação ficaram congelados em R\$ 107,2 bilhões
- **Projeção** A promessa do governo era de que essas duas áreas receberiam um volume maior de recursos do que os recebidos em 2016

Despesas Em termos reais, as despesas têm caído um pouco a cada ano na área da saúde, mas em 2017 o recuo foi maior. Na educação, a queda tem sido mais forte



Regra Para evitar que o piso se transformasse num teto para os gastos das duas áreas, foi criada regra de transição, mantendo em 2017 as vinculações dos gastos à receita

Divulgada em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/gastos-do-governo-federal-com-saude-e-educacao-caem-3-1-em-2017.70002179425>

Contabilidade criativa. Recursos estavam previstos no Orçamento, mas acabaram cancelados ou não foram pagos; mesmo assim, despesas serviram para ajudar o governo a atingir o valor mínimo estabelecido pela Constituição para gastos com saúde

Em 5 anos governo federal retém R\$ 3 bilhões em gastos para saúde

Adriana Fernandes / BRASILIA
Legis Portantini / BRASILIA

O governo federal segurou R\$ 31,25 bilhões de gastos comprometidos para a área de saúde nos últimos 12 anos. São despesas do Orçamento da União destinadas à saúde, mas que na prática acabaram canceladas ou ainda não foram efetivamente executadas e pagas.

Esse valor poderia bancar, por exemplo, 10,416 das mais complexas Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), com novos médicos. Também seria possível pagar 161 milhões de sessões de hemodiálise e 70,5 milhões de partos normais, além de comprar 379 mil ambulâncias. O montante representado equivale a um quarto de todo o Orçamento do Ministério da Saúde em 2018. Apesar de não terem sido quitadas ao final de cada ano, essas

Comparação
161 milhões de sessões de hemodiálise poderiam ter sido feitas com o montante que ficou parado

379 mil é o número de ambulâncias que seria possível comprar

70,5 milhões partos normais teriam sido feitos

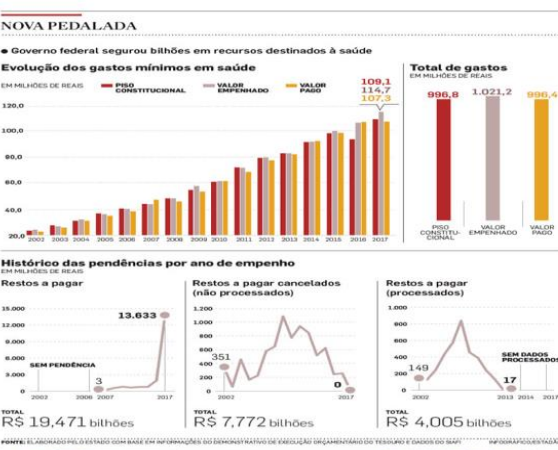
PONTOS-CHAVE

- **Orçamento** Nos últimos 15 anos, despesas com a saúde totalizando R\$ 32,25 bilhões foram canceladas ou ainda não foram executadas e pagas

despesas serviram para governo comprometer, em cada exercício, o cumprimento do mínimo previsto na Constituição – o piso de recursos, que o governo tem, obrigatoriamente, destinado para aplicação em saúde.

Levantamento feito pelo Estadão|Brasilinfo mostra que os gastos representados na saúde somam R\$ 10,4 bilhões e os cancelados, R\$ 11,8 bilhões. Nos dois casos, essas cifras passam a fazer parte da rubrica "restos a pagar", como "restos a pagar" na contabilidade pública as despesas empenhadas (comprometidas e ainda não pagas) que são transferidas de um ano para o outro. O empenho é a primeira fase da despesa pública, quando o governo assume, como fornecedor ou prestador de serviço, o compromisso de pagar por determinado produto ou serviço. O problema é que, mais tarde, o empenho pode não se transformar em despesa liquidada e paga.

"É uma promessa que não são cumpridas. Um cheque pré-datado. Se empenha e o dinheiro de fato não chega", disse Grazielle David, assessora do Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc). Segundo ela, quem mais perde com esse repasseamento de recursos são os municípios, que precisam colocar mais dinheiro na área da saúde para atender a demanda crescente. "Os municípios já estão no limite". Grazielle ressalta que isso já vinha acontecendo, mas que em 2017 a retenção de despesas verbos "foi assistadora".



Na virada de 2017 para 2018, por exemplo, o Ministério da Saúde incluiu R\$ 13,6 bilhões como "restos a pagar" – um valor recorde. Para cumprir o valor mínimo previsto para saúde no ano passado, que foi de R\$ 109 bilhões, o governo usou R\$ 8 bilhões de restos a pagar.

Parte desses recursos, segundo o levantamento, levam até 12 anos para serem quitados. Em 2017, por exemplo, o governo ainda estava pagando R\$ 9 milhões de despesas de 2007 e R\$ 20 milhões de despesas de 2008. O mais grave, entretanto, são os cancelamentos dos "restos a pagar", que atingem até mesmo despesas liquidadas e que, teoricamente, já teriam sido realizadas. Ao todo, cerca de R\$ 4 bilhões de "restos a pagar" processados foram cancelados entre 2003 e 2017.

O histórico da evolução dos gastos com saúde mostra que os cancelamentos foram expressivos no ajuste fiscal do primeiro ano de governo Lula, em 2003, e depois voltaram a crescer a partir de 2009, quando as práticas de contabilidade criativa passaram a se disseminar, principalmente em 2011, depois da posse da ex-presidente Dilma Rousseff.

Em 2012, o Congresso aprovou uma lei complementar tentando limitar o uso de "restos a pagar" no cumprimento do piso da saúde. A medida contribuiu para dar mais transparência à fiscalização, mas não reverteu o problema.

UPAs O valor poderia bancar anualmente 10,416 das mais complexas UPAs. Também seria possível comprar um total de 378 mil ambulâncias.

Restos a pagar Quando as despesas são canceladas ou não são executadas e pagas entram na rubrica "restos a pagar"; alguns levam até 10 anos para serem quitados

Divulgada em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/em-15-anos-governo-federal-retem-r-31-bi-em-gastos-para-saude.7000219530>

Governo deve R\$ 21 bi ao SUS | UOL Notícias

Legado da Saúde

Os **R\$ 9,9 bilhões*** gastos na reforma e construção dos 12 estádios da Copa do Mundo no Brasil seriam suficientes para abater metade da dívida com o SUS. Já o custo de **R\$ 42,5 bilhões**** dos Jogos Olímpicos de 2016 quitaria duas vezes o valor acumulado em restos a pagar.

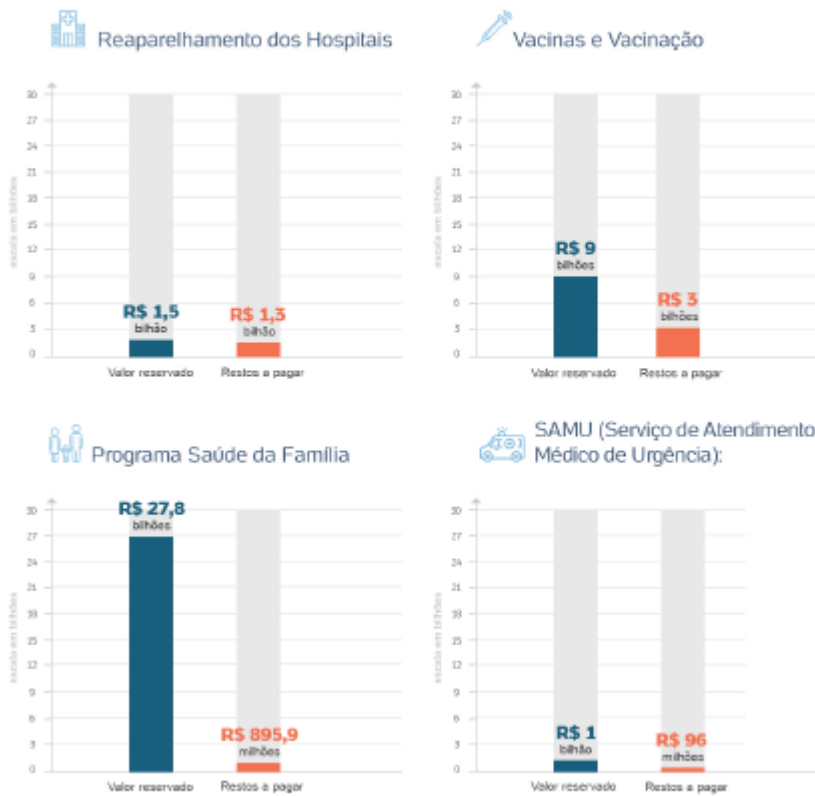
* Variação do Índice IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado) entre 30 de junho de 2014 e 1 de abril de 2016.

** Variação do Índice IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado) entre 29 de janeiro de 2016 e 1 de abril de 2016.



Governo deve R\$ 21 bi ao SUS | UOL Notícias

Onde a verba dos restos a pagar fizeram falta em 2017



Divulgada em <https://www.uol/noticias/especiais/divida-do-governo-federal-com-o-sus-dispara-e-bate-r-209-bilhoes.htm#governo-deve-r-21-bi-ao-sus>

Todo o exposto acima deve ser reforçado e lido à luz do fato de que o direito à saúde, que decorre do direito à vida, é direito fundamental, arrolado no art. 196, *caput*, da Constituição de 1988, amparado por garantia constitucional de financiamento mínimo. Em tempos de contracionismo orçamentário que põe em xeque a relação de proporcionalidade entre o quanto se arrecada e o quanto se deve destinar como aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde (ASPS), é preciso não só invocar a inconstitucionalidade de quaisquer retrocessos de ordem fiscal, algo evidentemente refutado na cautelar da ADI 5595, como também é importante fixar a irredutibilidade do próprio rol de obrigações materiais que configuram normas de “maximização da eficácia” do aludido direito (em consonância com o art. 5º, §§1º e 2º da Constituição).

VI – PERICULUM IN MORA DIANTE DO ESTÁGIO DO JULGAMENTO DA CAUTELAR NA ADI 5595 PELO PLENÁRIO DO STF

Em 19 de outubro de 2017 a cautelar concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski foi inserida na pauta de julgamentos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando foi lido o relatório e falaram pelo *amicus curiae* Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON, o Dr. Fernando Facury Scaff e pelo *amicus curiae* Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDISA, o Dr. Thiago Lopes Cardoso Campos. Logo após as sustentações orais, o julgamento foi suspenso, tendo sido reinserido na pauta do dia 25 de outubro de 2017, sem que tivesse sido retomado naquela ocasião.

No dia 26 de outubro de 2017, houve a interposição de Embargos de Declaração quanto ao pedido de ingresso como *amicus curiae* da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social da CUT - CNTSS/CUT, o qual foi provido em despacho do Ministro Relator da ADI 5595 em 28 de fevereiro de 2018. Fato é que, por causa de tal intercorrência quanto aos embargos da CNTSS/CUT, a cautelar concedida na ADI 5595 saiu da pauta de julgamentos do Pleno do STF e ainda não teve oportunidade processual de ver a sua análise retornar para a agenda da colegialidade do Supremo.

Assim é que, desde 19 de outubro de 2017, a matéria aguarda sua reinserção na pauta do Pleno do STF para ser examinada devidamente pela instância cabível, sendo que urge enfrentar imediatamente os efeitos temerários da forma de cálculo do piso federal em saúde para o

exercício de 2016, sua correspondente falta de medida compensatória em 2017 e, a partir desse, o congelamento do déficit para os exercícios de 2018 a 2036.

Ora, a sociedade brasileira não pode aguardar ainda mais postergação quanto à inconstitucionalidade dos retrocessos verificados em 2016 e não compensados em 2017!!

Trata-se de promover, no presente caso, a urgente reflexão sobre os danos já consumados ao financiamento da política pública de saúde nos exercícios de 2016 e 2017 e os efeitos prospectivos de 2018 a 2036 na forma de contabilização do piso federal no setor tanto para o direito fundamental de cada cidadão, quanto para a governança federativa do SUS, na forma do novo regime de custeio estabelecido do art. 110, II do ADCT, tal como fixado pela Emenda 95/2016. O Acórdão TCU Pleno 1048/2018 – à toda evidência – põe em xeque a autoridade da decisão do Ministro Ricardo Lewandowski quanto ao alcance protetivo irradiante da cautelar concedida na ADI 5595 e isso precisa ser saneado o quanto antes.

VII - DOS PEDIDOS

Ante o exposto e frente ao flagrante descumprimento da determinação judicial inculpada na decisão cautelar proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595 e da inequívoca inconstitucionalidade perpetrada pelos arts. 2º e 3º da EC 86/15 mediante violação ao princípio do não retrocesso social, requer:

- i) O **recebimento** da presente Reclamação e a sua **distribuição** ao Ministro Ricardo Lewandowski, relator da ADI 5595, em atenção ao quanto previsto no art. 988, §3º do Código de Processo Civil;
- ii) A concessão de medida CAUTELAR para **suspender imediatamente** os efeitos do Acórdão 1048/2018-TCU-Plenário, determinando seja apurado o dever de aplicação federal em saúde no patamar de 15% da RCL em 2016, com a daí decorrente imposição do dever de compensação dos déficits de aplicação do piso federal em ações e serviços públicos de saúde de 2016 e 2017, no exercício de 2018, bem como sejam considerados os efeitos prospectivos da constatação de déficit nos dois exercícios anteriores para fins de formação da base de cálculo do piso federal em saúde fixado em 2017, que está já a incidir

para os exercícios de 2018 até 2036, na forma do art. 110, inciso II do ADCT pela Emenda 95/2016;

- iii) a requisição de informações da autoridade a quem foi imputada a prática do ato impugnado, qual seja, a Exmo. Sr. Ministro Presidente do Tribunal de Contas da União;
- iv) seja dada vista ao Excelentíssimo Senhor representante do Ministério Público Federal;
- v) Seja, ao final, confirmada a medida CAUTELAR **para anular a decisão proferida pelo TCU** e, conseqüentemente, **determinar** à União que adote as medidas orçamentárias e financeiras necessárias **efetuar a compensação dos valores** não aportados em ações e serviços públicos de saúde nos anos de 2016 e 2017, como determina o artigo 25 da Lei Complementar 141/2012, no exercício de 2018 ou, em caso de impossibilidade financeira imediata, que haja a aludida compensação nos exercícios subsequentes, sem prejuízo de que **seja, desde já, considerado o valor devido a título de compensação como integrante da base de cálculo para o piso federal em saúde para os próximos 19 anos**, na forma do art. 110, II, do ADCT, inserido pela Emenda 95/2016.
- vi) Seja, ainda, determinado ao Tribunal de Contas da União que proceda à retificação do piso federal em saúde de 2016 de 13,2% da RCL para 15% da RCL, para os devidos fins do art. 46 da LC 141/2012, em consonância com o quanto decidido na ADI 5595.

Por fim, requerem que todas as publicações e demais intimações relacionadas ao feito sejam expedidas, exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome dos advogados **THIAGO LOPES CARDOSO CAMPOS, inscrito na OAB/BA sob o nº 23.824** e **LUÍS MAXIMILIANO TELESKA, inscrito na OAB/DF sob o nº 14.848**, além de fazer constar o nome dos citados patronos nos sistemas processuais.

Brasília, 28 de maio de 2018.

THIAGO LOPES C. CAMPOS
OAB/BA 23.824

LUÍS MAXIMILIANO TELESKA
OAB/DF 14.848

i Cujo inteiro teor encontra-se disponível em
em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1048/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>

ii A bem da verdade, o exercício de 2016 foi o único em que o art. 2º da Emenda 86/2015 incidiu, dada a sua revogação pelo art. 3º da Emenda 95, de 15/12/2016.

iii Que assim se manifestou no âmbito do aludido processo junto ao TCU: “Reforça ainda mais o quanto se pleiteia nesta representação o fato de que, no bojo da ADI 5.595, que tramita no STF, o Ministro Ricardo Lewandowski, em 31/8/2017, deferiu a cautelar requerida para suspender a eficácia dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015 (peça 40).

A decisão cautelar na ADI 5.595 suspendeu retroativamente a eficácia do art. 2º da Emenda 86/2015 que, em seu inciso I, havia fixado o subpiso de 13,2% da RCL para o exercício de 2016.

Ora, com essa decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal, resta claro que o piso federal de aplicação em ASPS no ano de 2016 era, desde o início do exercício, de 15% da RCL, o que torna até mesmo superado e prejudicado o debate sobre os efeitos intertemporais da revogação do art. 2º da Emenda 86/2015 pelo art. 3º da Emenda 95/2016.

A possibilidade de operacionalização desse piso dentro do próprio exercício em curso ou posteriormente, como forma de compensação, não afeta o fato de que o piso vigente, por força de norma constitucional era de 15% da RCL.

Além disso, os recursos oriundos do pré-sal devem ser fonte adicional de recursos, à luz da suspensão da eficácia, em caráter retroativo, do art. 3º da Emenda 86/2015, também por força da cautelar concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 5595.

Considerando ainda que a União teria aplicado em 2016, para fins de perfazimento do seu dever de gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde, o montante de R\$106,235 bilhões (14,7% da RCL), dos quais R\$559 milhões foram considerados ineptos pelo próprio TCU para os fins do art. 3º da LC 141/2012 (Acórdão 31/2017-TCU-Plenário), haja vista sua destinação à capitalização da Hemobrás e ao programa REHUF e que o dever da União de compensar os restos a pagar cancelados, na forma do art. 24, §§1º e 2º da LC 141/2012, alcançou, em 2016, o patamar de R\$439 milhões, urge seja apurada a diferença entre a aplicação realizada pelo Governo Federal e o *quantum* constitucionalmente adequado de recursos que deveriam ter sido vertidos no ano de 2016 em ações e serviços públicos de saúde.

Ao sentir do Ministério Público de Contas, a diferença depende da fixação precisa da receita corrente líquida de 2016, sobre a qual deve incidir o percentual de 15%, tal como definido na ADI 5.595.

Se a RCL for mantida em R\$722,5 bilhões, como já avaliado no âmbito dos pareceres prévios às contas do governo da República de 2016, a diferença a ser compensada em 2017 superará a casa de R\$3 bilhões, haja vista a conjunção do déficit de 0,3% da RCL, com a glosa de R\$559 milhões do Acórdão 31/2017-TCU-Plenário e com o saldo de R\$439 milhões de restos a pagar cancelados em 2015 e não compensados ao longo do ano passado.

Por outro lado, se o TCU acatar a requantificação da RCL para R\$709 bilhões empreendida pelo Governo federal em junho de 2017, a diferença a menor seria de cerca de R\$1,2 bilhão (R\$ 250 milhões de déficit em face dos 15% da RCL + recursos pré-sal + R\$ 439 milhões RP cancelados + R\$ 559 milhões despesas com capitalização da Hemobrás e REHUF).

O somatório dessas dimensões nos permite extrair que o dever da União de compensar imediatamente o gasto mínimo em saúde em 2017, é de, **no mínimo**, R\$1,2 bilhão, haja vista o déficit verificado em 2016.

Certamente, o TCU só não apontou o dever de compensar tanto os Restos a Pagar cancelados, quanto a glosa de despesas que não são ASPS's, porque, quando emitiu seu parecer prévio sobre as contas de 2016, **ainda não havia a suspensão retroativa da eficácia do art. 2º, I, da Emenda 86/2015 pelo STF no bojo da ADI 5595.**

Ou seja, naquele momento, o TCU aceitou como razoável a defesa do Ministério da Saúde de que os 13,2% teriam vigorado em 2016. Nesse sentido, havia, em tese, um formal “saldo excedente” de aplicação de R\$10,9 bilhões que suplantariam a necessidade de compensar eventuais inconsistências no regime dos restos a pagar e mesmo as despesas analisadas no Acórdão 31/2017. É o que se pode ler a fls. 213/214 do relatório do parecer prévio constante do endereço <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/contas-do-governo-da-republica-exercicio-de-2016.htm>

Ora, como a decisão monocrática do Ministro Lewandowski, proferida no dia 31.8.2017, produziu efeitos

retroativos e, portanto, necessariamente alcança todo o exercício de 2016 – aliás, ela só tem sentido se tiver efeito retroativo, já que a decisão foi tomada com a norma já revogada – desfaz-se a conclusão de que haveria saldo excedente de aplicação em face do inconstitucional subpiso de 13,2% da RCL no ano passado. Cumpre registrar que essa ADI tem julgamento de mérito previsto para o próximo dia 19 de outubro.

Quaisquer falseamentos no conjunto de despesas contabilizadas como ações e serviços públicos de saúde, bem como no regime jurídico dos restos a pagar, majoram o déficit de aplicação em relação ao piso federal de 15% da RCL previsto no art. 198, §2º, I, da Constituição de 1988.

Vale lembrar, por fim, que há também efeitos prospectivos decorrentes desse necessário dever de a União compensar o déficit de aplicação em saúde de 2016 em 2017. Isso ocorre, porque o valor de gastos em ASPS's deste ano de 2017 configurará a base de cálculo para o piso federal em saúde para os próximos 19 anos, na forma do art. 110, II, do ADCT, inserido pela Emenda 95/2016. Ou seja, urge definir o dever de compensação pela União de, **no mínimo**, R\$1,2 bilhão em 2017, até para que tal volume seja também incorporado na base de cálculo do patamar mínimo de gasto federal em ASPS's a ser corrigido pela inflação de 2018 a 2036."

^{iv} A esse respeito, Vanice do Lírio Valle, em artigo disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-22/vanice-valle-real-papel-controle-constitucionalidade>, refuta consistentemente a tese de que teria ocorrido a perda de objeto da ADI 5595 em relação ao art. 2º da Emenda 86/2015, porquanto esse teria sido revogado pelo art. 3º da Emenda 95/2016, já que caberia plenamente no caso a fungibilidade da ADI em ADPF. É o que se lê a seguir: "A superveniência de alteração no paradigma evocado pela ADI 5.595 como base do controle poderia sugerir a remessa do debate ao campo da ADPF — modalidade subsidiária para o controle de constitucionalidade em abstrato. Essa possibilidade já se teve por analisada pelo STF. Os precedentes no tema são pelo menos dois: 1) a ADI 4.180, ajuizada originalmente como ADPF e processada como ação direta de inconstitucionalidade eis que os preceitos fundamentais indicados como violados oportunizariam a ação específica; e 2) a ADI 4.163, onde se discutia a inconstitucionalidade de preceito de Constituição estadual, contrastado com dispositivo constitucional federal alcançado por emenda no curso do processamento. [...] A aplicação do princípio da fungibilidade, e o processamento como ADPF revelar-se-ia meio eficaz de sanar a violação à integridade do sistema normativo, dirimindo a controvérsia com os efeitos amplos e gerais que são típicos da ação abstrata.

O raciocínio pró-fungibilidade das ações de controle abstrato em favor da preservação da integridade do sistema parece ainda mais adequado quando se cogita de debate em torno da atividade financeira do Estado, onde a tendência à dinâmica das normas decorre do próprio modelo constitucional quando delineia a tríade orçamentária.

É certo que não se tem na ADI 5.595 uma discussão de norma infraconstitucional — donde sempre se poderia sustentar que o tema da dinâmica não se poria com a mesma intensidade. É a realidade dos fatos que se incumbe de refutar o argumento, eis que a Emenda controlada (86) data de 2015, e a alegada modificação no paradigma decorre da Emenda 95, datada de 2016.

De outro lado, a aplicação também à ADI 5.595 dos precedentes já havidos no campo da fungibilidade determinaria pelo menos dois efeitos práticos muitos relevantes para a preservação da constituição como sistema, com direitos fundamentais devidamente sustentados por uma adequada moldura da atividade financeira do Estado.

O primeiro efeito seria o enfrentamento de uma questão que é prejudicial lógica a todas as medidas de ajuste fiscal que se tem em curso, que é aquele dos limites à atividade legislativa relacionados à eventual incidência do princípio da vedação ao retrocesso social. Ainda que não se extraísse da ADI 5.595 uma ampla matriz de compreensão dessa intrincada relação entre vedação ao retrocesso e as rudes realidades dos fenômenos econômicos (que não se compadecem da constituição); a preservação do debate permitirá um início de construção incremental, de uma melhor compreensão dessa mesma interseção.

Segundo efeito relevante pode ser a apuração de valores intertemporal e constitucionalmente vocacionados ao custeio das ações de saúde, e não afetos a essa mesma finalidade por força da vigência da sistemática controlada, a saber, aquela trazida pela Emenda 86. Esse não é um resultado desimportante quando se tem em conta que especialmente no campo da saúde, despesas de custeio andam par e passo com aquelas de capital. Assim, não é o já transcurso dos exercícios orçamentários onde se carrou à saúde recursos em menor monta que dispensa o debate; saldos identificados em favor de Estados e Municípios podem oportunizar o

investimento em manutenção e renovação de uma rede pública sempre pressionada pela procura, ademais da repercussão inegável sobre a base de cálculo do piso federal em saúde para os próximos 19 anos.

Não deve impressionar a quem se aproxima do importante debate trazido pela ADI 5.595, o argumento formalista da perda de objeto por superveniência de alteração no paradigma. O tema se resolve pela aplicação de precedentes já constituídos na matéria, que privilegiam o controle sobre a forma. Isso aliás, é o que se pode reclamar de uma Corte Constitucional, sempre tão ciosa em afirmar a aplicabilidade dos direitos fundamentais — e que não pode negligenciar da verdade auto evidente de que essa proclamação reclama financiamento.

De outro lado, esse ingresso no mundo do direito financeiro por uma Corte Constitucional até bem pouco tempo avessa a esse debate deve se dar sob forte influência de pelo menos dois signos: visão sistêmica e ação dialógica.

A visão sistêmica — isso bem o sabe qualquer aprendiz de direito financeiro — é premissa para a sua compreensão. A atividade financeira do Estado não se desenvolve numa miríade de ações individuais; ela é um todo com profundas interseções recíprocas, onde o excesso de um lado determina a falta de outro. Por isso, não se pode tratar o tema do financiamento da saúde sem ter em conta que a matriz de regência que ali se construa se aplicará e afetará outras áreas igualmente revestidas de jusfundamentalidade.

A ação dialógica deve marcar igualmente essa nova fronteira do controle judicial da ação pública. Já se afirmou acima o caráter necessariamente relacional da equação de finanças públicas; antecipar os efeitos das decisões (e com isso afastar-se como possibilidade aquelas que na visão geral se ponham como nefastas) afigura-se como um componente indispensável não só para a correção da prestação jurisdicional que se entrega, mas sobretudo para que a oferta da jurisdição não reste puramente retórica, ou pior ainda, regressiva.”

^v SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 997.

^{vi} Em artigo disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-set-12/contas-vista-stf-reconhece-direito-custeio-adequado-direitos-adi-5595>

^{vii} As consequências da regressividade federal no custeio do SUS têm sido fortemente divulgadas em diversas notícias recentes na mídia brasileira (como se pode ler em <https://www.cartacapital.com.br/revista/1000/a-carta-e-o-sus>, <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2018/04/subfinanciamento-limita-expansao-do-sus-maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo.shtml>, <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr1/atuacao/eventos/audiencias-publicas/painel-de-debates-a-saude-e-o-pacto-federativo>, <https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/04/sus-para-pobre-e-bolsa-saude-para-quem-pode.html> e <https://www.uol/noticias/especiais/divida-do-governo-federal-com-o-sus-dispara-e-bate-r-209-bilhoes.htm#tematico-5>).