



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGR-00206614/2016

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão vem, respeitosamente, representar pela propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015<sup>1</sup>, pelas razões a seguir deduzidas.

#### I - CABIMENTO DA ADI

O objetivo pretendido na presente representação pode ser obtido por meio da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista a orientação tranquila do STF,

<sup>1</sup> Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:

I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.

Art. 3º As despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal."

RO

no sentido de que o poder de reforma, conferido ao Congresso Nacional, está sujeito a limitações formais, materiais e circunstanciais, estabelecidas na ordem constitucional pelo poder constituinte originário<sup>2</sup>.

Os preceitos ora impugnados, que decorrem do exercício da função reformadora em comento, atentam diretamente contra o direito fundamental à saúde, o que caracteriza descumprimento ao § 4º, IV, do art. 60 da Constituição da República<sup>3</sup>. É o que se passa a expor.

## II – MÉRITO

Em janeiro de 2015, o Congresso Nacional aprovou a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358, que deu origem à Emenda Constitucional nº 86/2015, conhecida como “emenda do orçamento impositivo”, cujo conteúdo se ocupou em dispor, entre outras medidas, sobre um novo piso – a ser alcançado por meio de subpisos ditos “progressivos” – para o custeio de ações e serviços públicos em saúde (art. 2º), além de ter retirado o caráter de fonte adicional de recursos do pré-sal destinados a políticas públicas nessa matéria (art. 3º).

<sup>2</sup> A propósito: “O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.” (ADI 466, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-1991, Plenário, DJ de 10-5-1991.)

<sup>3</sup> “O STF já assentou o entendimento de que é admissível a ação direta de inconstitucionalidade de emenda constitucional, quando se alega, na inicial, que esta contraria princípios imutáveis ou as chamadas cláusulas pétreas da Constituição originária (art. 60, § 4º, da CF). Precedente: ADI 939 (RTJ 151/755)”. (ADI 1.946-MC, rel. min. Sydney Sanches, julgamento em 29-4-1999, Plenário, DJ de 14-9-2001.)

Como será demonstrado, tais mudanças são significativamente prejudiciais ao financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), por admitirem, de forma real, uma drástica redução no orçamento pertinente a ações e serviços em saúde, o que caracteriza: (i) violação aos arts. 5º, § 1º, 6º, 196 a 198, da Constituição Federal<sup>4</sup>; (ii) descumprimento do dever de progressividade na implementação dos direitos sociais, assumido pelo Brasil tanto no "Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais" (art. 2º, item 1<sup>5</sup>), quanto no "Protocolo de San Salvador" (art. 1º<sup>6</sup>); e (iii) contrariedade ao princípio da proporcionalidade, na sua faceta de proibição da proteção deficiente.

Ressalte-se, ainda, que a citada emenda foi aprovada em desconformidade com o Projeto de Lei Complementar nº 321/2013, fruto de iniciativa popular, apresentado ao Congresso Nacional com

<sup>4</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

(...).

<sup>5</sup> ARTIGO 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas."

<sup>6</sup> Artigo 1

Obrigação de Adotar Medidas

Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo."

2,2 milhões de assinaturas, que decorreu de um movimento social intensificado nos anos de 2013 e 2014 – conhecido como “Saúde+10” – o qual buscava o fortalecimento do SUS mediante a aplicação mínima de 10% da **receita corrente bruta** da União em ações e serviços públicos de saúde<sup>7</sup>, em contraponto com os percentuais hoje vigentes, que incidem sobre a **receita corrente líquida**.

O direito à saúde conta com ampla proteção no âmbito internacional, como se percebe da leitura dos seguintes diplomas: arts. 22 e 25<sup>8</sup> da Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948; arts. 4º e 5º<sup>9</sup> da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992; art. 12<sup>10</sup> do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, promulgado pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992; art. 10<sup>11</sup> do Protocolo

<sup>7</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589775>

<sup>8</sup> “Artigo XXII: 1. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXV: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

<sup>9</sup> “ARTIGO 4

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

ARTIGO 5

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.”

<sup>10</sup> “ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento e das crianças;

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”

<sup>11</sup> “Artigo 10

Direito à saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:

a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;

b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;

c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;

d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;

e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e



Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), promulgado pelo Decreto nº 3.371, de 31 de dezembro de 1999, entre outros.

Já no que se refere ao plano doméstico, a Constituição Federal de 1988 potencializou o direito à saúde, não só o alçando à categoria de direito fundamental<sup>12</sup>, mas principalmente criando um sistema único com o objetivo de assegurar a sua máxima efetividade. Uma das características centrais do sistema é o seu financiamento exclusivamente público. Há, nesse dado, uma ruptura significativa com o modelo anterior. Antes da Constituição de 1988 e da implantação do sistema único de saúde, o poder público, com pouquíssimo investimento em serviços próprios, "estimulava a iniciativa privada a constituir serviços de assistência médica"<sup>13</sup>, com a garantia de que seriam posteriormente contratados pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS.

De modo que um financiamento que dê conta de atender à integralidade e à universalidade dos serviços de saúde é constitutivo do SUS, e não um elemento lateral ou de natureza meramente instrumental. Daí por que o art. 198 da CF dispõe sobre as suas fontes de custeio, além de remeter originariamente a uma lei complementar a previsão de investimento mínimo anual a cargo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, que veio a regulamentar a matéria, assim dispôs sobre a aplicação de recursos mínimos pela União:

f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis."

<sup>12</sup> Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, Comentário ao art. 196 da CF. In.: Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar Ferreira; Streck, Lenio Luiz (coord. científicos). Leoncy, Léo Ferreira (coord. Executiva). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 4.511.

<sup>13</sup> WEICHERT, Marlon Alberto. *Fundação estatal no serviço público de saúde. Inconsistências*. Revista de Direito Sanitário v. 10, n. 1, mar/jul 2009, p. 83.

"Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

§ 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro".

A norma, como se percebe facilmente de sua literalidade, impede retrocessos no montante de recursos investidos no SUS. Ou seja, mesmo num cenário econômico negativo, fica preservado o valor do exercício financeiro anterior.

O art. 2º da EC 86, por sua vez, estabeleceu um novo regime de gasto mínimo no âmbito federal para as ações e serviços públicos em saúde, correspondente a 15% da receita corrente líquida da União, sendo fixados subpisos ditos "progressivos" de 13,2% para o exercício de 2016; 13,7% em 2017; 14,1% em 2018; 14,5% em 2019; e 15% a partir de 2020.

A Procuradora Élidea Graziane Pinto, do Ministério Público do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em ofício encaminhado à PFDC no qual postula a representação por ADI, expôs com clareza o déficit que será suportado com o atual regime:

"A bem da verdade, o Congresso Nacional tentou conter tal retrocesso de custeio para o piso federal da saúde, por meio do parágrafo 8º do art. 38 da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União de 2016 (Lei nº 13.242, de 30 de dezembro de 2015), o qual, contudo, foi vetado<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> "Cujo intelto teor é o seguinte:

"§ 8º do art. 38

"§ 8º Durante o exercício de 2016, o montante a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde de que trata o § 2º do art. 198 da Constituição não poderá ser inferior ao valor resultante da aplicação da regra constante do art. 5º da Lei Complementar no 141, de 2012."

Razões do veto

"O dispositivo determinaria ao Poder Executivo a utilização de cálculo do valor mínimo de aplicação em ações e serviços públicos de saúde diferente do previsto na Emenda Constitucional nº 86, de 17 de

A perda estimada<sup>15</sup> é de, no mínimo, R\$10 bilhões neste exercício de 2016 para o custeio da saúde pública dos brasileiros. Vale lembrar que, em 2015, a aplicação mínima federal em ações e serviços públicos de saúde correspondeu ao percentual de 14,8% da receita corrente líquida da União e agora, ao longo de 2016, sem considerar os efeitos do próprio fluxo deprimido da arrecadação, o novo piso federal será de 13,2% da RCL. Ou seja, queda proporcional de 1,6% da RCL federal para o custeio das ações e serviços públicos de saúde. O dispositivo vetado assegurava que não haveria qualquer perda para o custeio do Sistema Único de Saúde (SUS) – na transição da regra de gasto mínimo federal em saúde da Emenda Constitucional nº 29/2000 (EC 29) para o novo patamar dado pela Emenda nº 86/2015 (EC 86) – porque o atual piso não poderia ser inferior ao valor resultante da aplicação da regra anterior.

A substituição da regra que vigorava desde 2000 (EC 29) de cálculo anual pela variação nominal do PIB dos recursos da saúde pelo novo regime de percentuais sobre a receita corrente líquida (RCL) impõe à saúde, como já dito, perda aproximadamente de R\$10 bilhões para 2016, conforme cálculo decorrente do art. 2º da EC 86. O dispositivo vetado da LDO pretendia exatamente cobrir tal diferença negativa entre os pisos de custeio para o SUS, para que não houvesse qualquer risco de queda.

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

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

(...)

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

março de 2015, criando assim um contexto normativo de insegurança jurídica que seria prejudicial para as ações nessa área."

<sup>15</sup> Como se pode ler em <http://www.conass.org.br/consensus/implicacoes-da-emenda-constitucional-n-862015-para-o-processo-de-financiamento-sistema-unico-de-saude/> (acesso em 28/06/2016) e em FUNCIA, Francisco. Nota de esclarecimento a respeito do cálculo das perdas decorrentes do início da vigência da nova regra da Emenda Constitucional nº 86/2015 para calcular a aplicação mínima da União em Ações e Serviços Públicos de Saúde. Disponível em [http://disa.org.br/site/documento\\_13168\\_0\\_2015---domingueira-004-2015.html](http://disa.org.br/site/documento_13168_0_2015---domingueira-004-2015.html). Acesso em 28/05/2015.

1) A despesa executada no âmbito das ações e serviços públicos de saúde foi de R\$ 83,05 bilhões em 2013, R\$ 91,90 bilhões no ano de 2014 e R\$ 100,79 bilhões em 2015.

Um aumento nominal de 10,65% e 9,67% em cada qual, respectivamente, desses últimos dois anos. Se forem mantidos os subpisos do art. 2º da EC 86/2015 e considerando que a área econômica do governo historicamente disponibiliza orçamentariamente apenas o valor mínimo constitucional, o Ministério da Saúde terá tão somente R\$ 100,25 bilhões em 2016, ou seja, redução nominal de 0,54% em relação a 2015 (que representa uma queda real de 10,15%, considerando a taxa de inflação do IPCA) e, portanto, um retrocesso.

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

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

Caso seja declarada a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 e a transição da EC 29/2000 para a EC 86/2015 respeite que não poderá haver queda no orçamento mínimo da saúde, o valor das aplicações federais no setor subiria para cerca de R\$ 107,0 bilhões<sup>16</sup>. Daí é que decorre, pois, a estimativa que permite afirmar o iminente perigo de consumação da perda de aproximadamente R\$10 bilhões para o SUS, já que a permanência do veto fixará o piso federal da saúde no "teto" econômico, que se projeta oscilar entre R\$ 96,4 bilhões a R\$100,25 bilhões a depender do comportamento da receita corrente líquida, conforme o art. 2º da EC 86 (...)."

Some-se a esse quadro a disposição do artigo 3º da EC 86, uma inovação: "as despesas com ações e serviços públicos de saúde custeados com a parcela da União oriunda da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal,

<sup>16</sup> "Não se pode perder de vista, contudo, que nem esses R\$ 107,0 bilhões seriam suficientes para a manutenção das ações e serviços públicos de saúde em 2016 nos mesmos patamares em que foram executados em 2014, sobretudo diante da aceleração inflacionária ocorrida desde então. O momento é de defesa do SUS contra cortes abruptos em seu financiamento mínimo, sem que sequer seja possível exigir a correção monetária do estágio qualitativo e quantitativo de cobertura da população, em termos de ações e serviços públicos de saúde ofertados em anos anteriores."



serão computadas para fins de cumprimento do disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal”.

Antes disso, os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural (pré-sal) eram fontes adicionais para o custeio da saúde, como previa expressamente o art. 4º da Lei 12.858<sup>17</sup>, de 9 de setembro de 2013: “os recursos destinados para as áreas de educação e saúde na forma do art. 2º serão aplicados em acréscimo ao mínimo obrigatório previsto na Constituição Federal”. Quando passam a ser contabilizados no percentual mínimo de gasto da União, geram outra perda bilionária para o SUS.

Essa lei ainda tem um outro dado interessante. Segundo consta de seu art. 2º, tais recursos têm por propósito cumprir a meta prevista no art. 196 da CF, cuja redação merece ser reproduzida: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Ou seja, em setembro de 2013 houve o reconhecimento oficial de que o investimento até então feito na saúde pública não tinha sido suficiente para cumprir os propósitos do SUS. Ora, se é constitutivo do sistema o financiamento adequado, é inconstitucional qualquer medida tendente a reduzi-lo.

Sequer o quadro de recessão econômica tem potencialidade para validar constitucionalmente as disposições impugnadas. O tratamento que o constituinte originário deu ao SUS foi no sentido de imunizá-lo das vicissitudes políticas, quaisquer que

<sup>17</sup> Essa lei dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela de participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal”.

sejam. Fez isso alçando-o à categoria de direito fundamental e montando o arcabouço necessário para sustentá-lo. O financiamento, como antes dito, é um dos pilares do sistema, e pressupõe, ontologicamente, a sua progressividade, ao menos até que se cumpra a meta do art. 196. Não é por outra razão que a LC 141/2012 vedava, mesmo em hipótese de PIB negativo, a redução do valor nominal investido no ano anterior.

Não bastasse isso, as disposições impugnadas caracterizam retrocesso em matéria de direitos fundamentais, o que é vedado pelo dever de progressividade assumido pelo Brasil no “Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” (art. 2º, item 1<sup>18</sup>) e no Protocolo de San Salvador, que contém regra específica que obriga os Estados a adotarem **medidas econômicas** para assegurar a **progressiva** prestação dos direitos sociais (art. 1º<sup>19</sup>).

A respeito do último ponto, Paulo Gilberto Cogo Leivas afirma que, a partir da regulação dos direitos fundamentais, surge uma legítima pretensão a que a disciplina normativa não seja revogada ou, o que é caminhar no mesmo sentido, que a regulação não seja protelada indevidamente, nem substituída por uma disciplina normativa menos realizadora dos direitos fundamentais<sup>20</sup>.

Essa eficácia impeditiva de retrocesso é uma das características funcionais dos direitos fundamentais, assim expressa por José Adércio Leite Sampaio:

<sup>18</sup> “ARTIGO 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

<sup>19</sup> “Artigo 1

Obrigação de Adotar Medidas

Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

<sup>20</sup> *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83.

"não admitem retrocessos, revelando-se como um marco de evolução intangível. Sobre o 'legislador de configuração' essa diretiva cria um obstáculo às mudanças de conformação que devem reproduzir, no mínimo, a efetividade ou fruição anterior - efeito cliquet (Favoreu)."<sup>21</sup>

A jurisprudência do STF endossa a posição ora defendida:

"(...). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados". (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Há, ainda, outra perspectiva adicional. O princípio da proporcionalidade é tradicionalmente invocado na sua dimensão negativa, para refrear medidas excessivas do Estado que interfiram no exercício de direitos fundamentais. Contudo, a doutrina e a jurisprudência contemporâneas vêm explorando uma outra faceta desse princípio, ligada à vedação de proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

PP

<sup>21</sup> A *Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 672.

Diante do reconhecimento de que o Estado tem não apenas o dever de não violar bens jurídicos de índole constitucional, mas também a obrigação de protegê-los e promovê-los, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente insuficiente.<sup>22</sup> O STF já empregou essa categoria em algumas decisões, como quando rechaçou a extensão à união estável da aplicação do dispositivo do Código Penal (hoje revogado), que previa a extinção de punibilidade do crime do estupro sempre que o autor se casasse com a vítima. De acordo com o Ministro Gilmar Mendes:

“Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação de direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção do direito fundamental.” (RE 418.376, DJ 23/03/2007)

Desse modo, caso não seja declarada a inconstitucionalidade dos subpisos de custeio federal da saúde a que se refere o art. 2º, bem como da norma que suprimiu o caráter adicional das receitas do pré-sal, o SUS sofrerá grave impacto negativo em sua estruturação e funcionamento, o que, de resto, atingirá diretamente interesses sociais relevantíssimos, como a vida e a saúde.

<sup>22</sup> Cf. BOROWSKI, Martin. *La Estructura de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, pp. 162-166; SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e Deficiência”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004, pp. 60-122; e STRECK, Lênio Luiz. “Bem Jurídico e Constituição: Da Proibição do Excesso (*Übermassverbot*) à Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*)”. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, pp. 303-345.



## III - LIMINAR

Estão presentes os requisitos para que se formule pedido liminar. Os argumentos até então apresentados são sinal da fumaça do bom direito.

Por outro lado, a presença do *periculum in mora* parece incontestável diante do direito que se busca resguardar. Afinal, a insuficiência de recursos que permitam o regular funcionamento do SUS terá implicação direta nos direitos à vida e à saúde dos seus usuários, com potencialidade de impacto cada vez maior com o decorrer do tempo. De resto, a taxa de desemprego no País aumenta mês a mês, como revelam os noticiários. Isso significa demanda maior para o SUS, uma vez que a perda do emprego traz embutido o fim de planos de saúde privados oferecidos pelos empregadores. Portanto, se não estipulado, ao menos provisoriamente, o patamar de 14,8%, correspondente à receita corrente líquida da União no exercício de 2015, é possível antecipar, sem mede do errar, um forte agravamento à saúde da população usuária do SUS.

## IV - PEDIDO

Pelo exposto, essa Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão aguarda a propositura da ADI, para o fim de declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015, nos termos acima assinalados.

Brasília, 19 de julho de 2016.



Deborah Duprat  
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão

08/11/2016

11:00:11