



Controvérsia acerca do mínimo constitucional em ações e serviços públicos de saúde no exercício de 2016: Considerações jurídicas

Eduardo Monteiro de Barros Cordeiro¹

RESUMO: O artigo tem como escopo analisar o valor mínimo constitucional de recursos públicos a serem empregados em ações e serviços públicos de saúde no exercício 2016, o qual sofreu alteração pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016 e gerou enorme controvérsia na determinação de quais exercícios sofrerão a alteração orçamentária. A saúde, como direito social de status constitucional, é tema que está em constante debate e, dado seu caráter de prestação estatal universal, a aplicação do seu regramento jurídico tem capacidade de influenciar diretamente milhões de cidadãos. O aumento do percentual a ser aplicado no orçamento da saúde foi objeto de diferentes interpretações, tanto por órgãos públicos, como pela sociedade civil. Uma interpretação aduz que a emenda se destinou a alterar o percentual mínimo a ser aplicado a partir do exercício de 2017, enquanto outra defende que a emenda alterou o percentual já para o exercício de 2016, apesar de ter sido promulgada nos últimos 15 dias desse ano. A diferença entre essas teses significa financeiramente em, aproximadamente, R\$ 2 (dois) bilhões de reais no orçamento da saúde. A questão é analisada pela hermenêutica constitucional, sob o prisma da teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição (Peter Häberle) e pelos princípios orçamentários, da segurança jurídica e da separação dos poderes. Muito além da pura e simples interpretação de texto normativo, essa discussão toma contornos próprios, uma vez que tem como pano de fundo a oferta de serviços públicos de saúde, área que ainda demanda grande evolução de gestão pública, e, conseqüentemente, é alvo de constante controle social.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Orçamento. Ações e Serviços Públicos de Saúde. Hermenêutica.

Introdução

O presente estudo tem por finalidade examinar questões relacionadas à aplicação do valor mínimo constitucional de recursos públicos em ações e serviços públicos de saúde (ASPS), no que se refere ao percentual definido pela Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 15 de dezembro de 2016.

O direito à saúde foi positivado no art. 6º da Constituição como um direito social, o art. 196 da CRFB estabelece ser dever do Estado adotar políticas sociais e econômicas para promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como indica, em seu artigo 198, inciso I, que as ações e serviços públicos de saúde seguem a diretriz do “atendimento

¹ Advocacia-Geral da União. E-mail: eduardombcordeiro@hotmail.com



integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

As disposições supracitadas demonstram que optou-se politicamente, na ocasião do estabelecimento da ordem constitucional brasileira, em conferir importância central à atuação do Estado para assegurar o direito à saúde. Como consequência lógica, o desafio que exsurge-se imediatamente após essa opção é o de garantir os recursos públicos necessários para a concretização dessa tarefa.

Nesse contexto, com o advento da EC nº 29, de 2000, os entes federados tiveram sua participação no financiamento da saúde vinculada a um percentual mínimo específico. Conforme estabelecido pelo art. 198, § 2º, inciso I, da Constituição (com a redação dada pela referida emenda), no caso da União, a forma de cálculo seria definida nos termos de Lei Complementar. À época, a regulamentação ficou a cargo do art. 5º da LC nº 141/2012, que atrelou a participação da União ao crescimento do Produto Interno Bruto (PIB).

Já em 2015, foi publicada a EC nº 86, que alterou o art. 198 da Constituição e estabeleceu, no caso da União, a aplicação de recursos em saúde em percentual não inferior a 15% da receita corrente líquida (RLC) do respectivo exercício financeiro. Não obstante, a referida Emenda trouxe, em seu art. 2º, regra de transição estipulando que percentual de 15% da RLC seria alcançado progressivamente, ao longo de cinco anos, iniciando em 2016 com o valor de 13,2%.

Controvérsia acerca da interpretação da EC nº 95/2016

Em 15 de dezembro de 2016, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 95, que, em seu art. 3º, revogou a regra de transição prevista no art. 2º, da EC nº 86/2015 – que estipulava os percentuais aplicáveis aos exercícios de 2016 a 2020.

A fixação do mínimo em ASPS para os exercícios de 2017 e posteriores foi tratada expressamente com a inclusão do art. 110, do ADCT. Não houve, contudo, previsão expressa acerca regra aplicável ao exercício de 2016 no texto da EC nº 95/2016.

A partir dessas alterações, o texto constitucional foi alvo de duas interpretações jurídicas. A primeira entende que a referida emenda se destinou a alterar o percentual mínimo a ser aplicado em ASPS a partir do exercício de 2017. Outra interpretação é de que a EC nº 95/2016 alterou esse percentual já para o exercício de 2016, apesar de ter sido promulgada nos últimos 15 dias do ano.



O Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo (MPCSP) entendeu que o percentual mínimo a ser aplicado em ASPS no ano de 2016 seria de 15%. Assim, considerando que em 2016 a aplicação em ASPS da União apurada como proporção da receita corrente líquida foi o equivalente a 14,70%², o MPCSP elaborou representação ao Ministério Público Federal em São Paulo, solicitando, entre outros pedidos, a apuração das “irregularidades perpetradas pela União quanto ao dever de financiamento mínimo das ações e serviços públicos de saúde”.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União (MPCTCU) encampou a denúncia³ apresentada pelo MPCSP, no sentido de que o percentual mínimo a ser aplicado em ASPS no ano de 2016 seria de 15%. Assim, formalizou-se representação em razão de “indícios de déficit na aplicação do percentual mínimo em ações e serviços públicos de saúde pela União no exercício financeiro de 2016”.

O Conselho Nacional de Saúde (CNS), com base no Parecer Conclusivo elaborado por sua Comissão de Financiamento, reprovou⁴ o Relatório Anual de Gestão de 2016 do Ministério da Saúde, fundamentando essa decisão, entre outros argumentos, no desrespeito à aplicação do percentual mínimo em ações e serviços públicos de saúde.

Por outro lado, a Secretaria de Planejamento e Orçamento do Ministério da Saúde entendeu que para o ano de 2016 a regra estabelecida pela EC nº 86, de 17 de março de 2015, é 13,2% da RCL .

Nesse mesmo diapasão, a Advocacia-Geral da União, por meio de seu órgão setorial – Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde – emitiu parecer jurídico⁵ opinando que o mínimo constitucional a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde, para o exercício financeiro de 2016, equivale a 13,2% da RLC⁶.

Por fim, o Tribunal de Contas da União, em despacho emitido no bojo da representação formulada pelo MPCTCU³, entendeu que mínimo a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde para o exercício financeiro de 2016 corresponde ao percentual de 13,2% da RLC.

2 Dado constante na representação do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo ao Ministério Público Federal em São Paulo, de 28 de abril de 2017.

3 Processo no TCU: TC 011.936/2017-7

4 ATA DA 295ª REUNIÃO ORDINÁRIA DO CNS: “(...) Deliberação: aprovada, com 28 votos favoráveis, um voto contrário e cinco abstenções, a resolução do CNS que reprova o RAG 2016 do Ministério da Saúde.”

5 Nota Técnica nº 04/2017/SPO/SE/MS

6 PARECER n. 00440/2017/CONJUR-MS/CGU/AGU, subscrito pelo autor



Execução Orçamentária e o Princípio da Anualidade

A atuação estatal está intrinsecamente ligada a consecução de seus objetivos fundamentais expressos no art. 3º da Constituição. Neste viés, a atividade financeira consiste na materialização dessa atuação, tendo disciplina e tratamento próprio no ordenamento jurídico.

Destarte, conforme redação do art. 34 da Lei nº 4.320/64, o exercício financeiro coincide com o ano civil. Tal previsão é a positivação do Princípio da Anualidade, que estipula a periodicidade de elaboração e avaliação de planos de governo, bem como o estabelecimento de metas e prioridades. Portanto, todo o planejamento dos gestores e os programas executados nas diversas áreas de atuação estatal consideram as estimativas de receita e fixação de despesas no intervalo de um ano.

Vale destacar que o princípio da anualidade orçamentária tem status constitucional, porquanto a própria Constituição, nos arts. 165 a 167, deixa evidente a aplicação desse princípio quando traz regras no sentido de que o planejamento orçamentário deve ocorrer ano a ano por meio da lei de diretrizes orçamentárias e, principalmente, da lei orçamentária anual.

Por conseguinte, não é possível entender que a EC nº 95/2016 objetivou alterar significativamente o percentual mínimo a ser aplicado em Ações e Serviços Públicos de Saúde do exercício de 2016 nos últimos 15 (quinze) dias do próprio ano. Tal interpretação vai de encontro a todo regramento orçamentário vigente no país, inclusive constitucional.

Não se descuida que a própria legislação prevê mecanismo para a realização de "ajustes" na Lei Orçamentária Anual (LOA). Neste aspecto, os chamados créditos adicionais são utilizados quando há necessidade de realização de despesa não autorizada na LOA. Contudo, os créditos adicionais seguem o mesmo rito de apreciação e aprovação da Lei Orçamentária Anual, conforme redação do art. 166 da Constituição.

Dessa forma, mostra-se inviável, no caso sub examine, o cumprimento de todo o rito legislativo de propositura, apreciação e votação, para o dispêndio de, aproximadamente, R\$ 2 (dois) bilhões – valor que teria que ser gasto a mais com saúde caso prosperasse a interpretação de que o mínimo constitucional em ASPS no exercício de 2016 devesse ser 15% –, com o exíguo prazo de 15 (quinze) dias.



Cumpra-se destacar que, na ocasião da promulgação da EC nº 86/2015, a Advocacia-Geral da União já havia proferido entendimento semelhante no PARECER n. 00465/2015/PFF/CGJQE/CONJUR-MP/CGU/AGU.

Segurança jurídica e a Separação dos Poderes

Além de respeitar previsões orçamentárias específicas, a interpretação da EC nº 95/2016 também deve observar o postulado da segurança jurídica. Sobre o tema, assim leciona Gilmar Ferreira Mendes⁷:

A ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico.

Daí por que se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a não adoção de cláusulas de transição poderá configurar omissão legislativa inconstitucional grave.

As alterações legislativas, portanto, devem observar os fatos já consolidados, observando a estabilidade das relações jurídicas. In casu, a interpretação de que a EC nº 95/2016 estabeleceu o percentual de ASPS para o exercício de 2016 não é aceitável frente ao postulado da segurança jurídica.

No ponto, é inócua qualquer discussão a respeito de que o Poder Executivo teria ciência do processo legislativo que culminou com a aprovação da EC nº 95/2016. Com efeito, a Administração deve se pautar pelo cumprimento das normas vigentes, não cabendo ao gestor fazer prognósticos sobre deliberação futura afeta ao Poder Legislativo.

Dessa forma, vislumbra-se ainda afronta à separação dos poderes caso seja adotada essa interpretação. Isto porque a edição de Emenda à Constituição, conforme disciplina do art. 60, consiste em ato típico do Poder Legislativo, dispensando inclusive a sanção presidencial. Logo, não pode o Poder Legislativo criar exigências inexequíveis ao Poder Executivo, deixando-o à margem de todas as consequências e penalidades advindas desse fato.

Interpretação Conforme à Constituição e Mens Legis

⁷ Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.



Conforme relatado acima, a interpretação que pretende aplicar a regra de ASPS da EC nº 95/2016 no próprio exercício de 2016 não é viável juridicamente. Contudo, este entendimento não conduz, necessariamente, à ideia de que a EC nº 95/2016 padece de vício de inconstitucionalidade. Doutro modo, cabe aplicação da interpretação conforme à Constituição, como técnica de hermenêutica, a fim de se preservar a validade da referida

Emenda Constitucional. Assim leciona Gilmar Mendes sobre a interpretação conforme à Constituição⁸:

No âmbito sobretudo da interpretação das leis – posto que também seja pertinente para a compreensão de normas editadas pelo poder constituinte de revisão em face de limitações estabelecidas pelo poder constituinte originário –, há ainda a considerar o princípio da interpretação conforme a Constituição.

Não se deve pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição; ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade. Daí que, se uma norma infraconstitucional, pelas peculiaridades da sua textura semântica, admite mais de um significado, sendo um deles coerente com a Constituição e os demais com ela incompatíveis, deve-se entender que aquele é o sentido próprio da regra em exame – leitura também ordenada pelo princípio da economia legislativa (ou da conservação das normas).

Segundo Mendes no trecho citado acima, esta técnica é cabível inclusive para interpretações das Emendas Constitucionais face às normas originárias da Constituição. Cabe ressaltar, ainda, que não é somente o Poder Judiciário que pode recorrer à interpretação conforme à Constituição na aplicação das normas, de modo que a Administração também pode se valer deste princípio hermenêutico. Conforme explica Sarmiento⁹

Finalmente, cabe observar que a interpretação conforme à Constituição, como princípio hermenêutico, não se direciona apenas ao Poder Judiciário. Todos os que interpretam e aplicam as normas jurídicas, como a Administração Pública e mesmo os

⁸ Gilmar Mendes, op. cit.

⁹ Sarmiento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012



particulares, devem fazê-lo de acordo com a Constituição, preferindo sempre as exegeses legais que mais prestigiem os comandos constitucionais.

É forçoso reconhecer que a interpretação conforme à Constituição é plenamente aplicável ao caso em análise. Logo, deve-se conferir o entendimento de que a EC nº 95/2016 se destinou a alterar o percentual mínimo a ser aplicado em ASPS a partir do exercício de 2017, aplicando a exegese compatível com os comandos constitucionais.

Cumprе mencionar que este último entendimento também se coaduna com o sentido da norma (mens legis). Percebe-se que a EC nº 95/2016 teve a preocupação de dispor sobre às aplicações mínimas em ASPS nos exercícios financeiros futuros. Com efeito, incluiu-se o art. 110 no ADCT com a previsão de que, no Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde tem novo regramento a partir do exercício de 2017.

Convém transcrever ainda trechos do parecer final do Relator, Deputado Darcísio Perondi, na Comissão Especial relativa à PEC nº 241-A, de 2016¹⁰:

Nesse sentido, adotar o ano de 2016 como base de cálculo para as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde causaria imensa perda para o setor. Ao alterar o ano base para 2017, como propomos, e ao se revogar o art. 2º da EC 86/2015, teremos a incidência do percentual de 15% da receita corrente líquida do ano de 2017, conforme dita o art. 198 da Constituição, e, a partir de então, a correção pelo IPCA.

Pela leitura dos trechos do parecer supratranscrito, fica evidenciada que a mens legis nunca foi a aplicação do percentual de 15% como mínimo da saúde para o exercício de 2016, tendo em vista que a EC nº 95/2016 objetivava a instituição do novo regime fiscal apenas a partir de 2017.

Conselho Nacional de Saúde e sociedade aberta dos intérpretes da Constituição

O Conselho Nacional de Saúde, conforme disciplina o Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006, é composto por representantes de entidades e dos movimentos sociais de

¹⁰



usuários do SUS e representantes de entidades de profissionais de saúde. Logo, é um órgão deliberativo com cunho iminente político¹¹ e não jurídico.

Compete ao CNS, entre outras atribuições, atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da Política Nacional de Saúde, na esfera do Governo Federal, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. No desempenho dessa função, o Conselho se deparou com os possíveis significados da EC nº 95/2016 e, de forma corajosa e respeitável, interpretou a Constituição atribuindo-lhe o significado sob prisma não exclusivamente jurídico, com a visão do setor da saúde.

Observa-se, assim, que a atuação do CNS no debate aqui tratado aproxima-se da lição de Peter Häberle, que propugna uma sociedade de intérpretes da Constituição que englobe o maior número forças produtivas de interpretação¹². Para o autor, essa proposição é denominada de sociedade aberta de intérpretes, em oposição à sociedade fechada, que abarca somente os intérpretes clássicos, como os juízes e tribunais constitucionais. Esse novo olhar pluralista sobre a hermenêutica constitucional contribui para moldar seu caráter democrático.

Considerações finais

O Estado Democrático de Direito foi desenhado para trilhar vias seguras, de forma que seu trajeto é incompatível com atalhos e surpresas. Entende-se, portanto, que não merece guarida a argumentação de que a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 95, em 15 de dezembro de 2016, alterou automaticamente o piso das ASPS para o mesmo exercício. Essa interpretação não prestigia a lógica constitucional exposta anteriormente, desconsiderando valores como a segurança jurídica, separação dos poderes, respeito às normas orçamentárias, princípio da anualidade orçamentária, dentre outros.

Embora não nos alinhemos à posição adotada pelo Conselho Nacional de Saúde, deve-se reconhecer que o debate sobre a interpretação do texto constitucional é salutar ao processo democrático e dialético do direito. Nesse aspecto, evidencia-se a atuação do CNS na análise das normas aplicáveis à área da saúde, sobretudo em relação às disposições constitucionais. Materializa-se, desse modo, a ideia de sociedade aberta de intérpretes, contribuindo para a democratização da Constituição.

¹¹ Não nos referimos à conotação “político-partidária”, mas sim à análise e formulação de mérito das políticas públicas.

¹² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.



REFERÊNCIAS

1. Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
2. Sarmiento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
3. Häberle, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição". Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.