

# **Futuros do Brasil** textos para debate

## Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira

Élida Graziane Pinto



# **Futuros do Brasil** textos para debate

## Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira\*

**Élida Graziane Pinto**

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo,  
pós-doutora em Administração pela Escola Brasileira de Administração  
Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ)  
e doutora em Direito Administrativo pela UFMG.

---

\* Texto entregue ao CEE-Fiocruz em 28/08/2017 como produto do Seminário Futuros do Brasil: Saúde sem Dívida e sem Mercado - Saúde: fontes de financiamento em disputa, em 21/06/2017.

**Ministério da Saúde – MS**  
**Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz**

*Nísia Trindade Lima* – Presidente

**Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz – CEE/Fiocruz**

*Antonio Ivo de Carvalho* – Coordenador

Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz

Fundação Oswaldo Cruz

Avenida Brasil 4.036 – 10º Andar – Manguinhos

21040-361 – Rio de Janeiro/RJ – Brasil

Tel.: 55 21 3882-9133

[cee@fiocruz.br](mailto:cee@fiocruz.br)

[cee.fiocruz.br](http://cee.fiocruz.br)

## 1. Definição do problema

A inefetividade do direito à saúde no Brasil está estruturalmente vinculada ao quadro histórico de descumprimento e fragilização das garantias procedimentais que o amparam, desde seu destacado assento em nosso pacto constituinte.

Do ponto de vista da Constituição de 1988, o direito fundamental à saúde não só é dever do Estado, como também se encontra amparado por duas espécies de garantia institucional<sup>1</sup>: a orgânica e a financeira. Ao direito de que trata o art. 196 corresponde, portanto, seus instrumentos de consecução,

igualmente exigíveis<sup>2</sup> na forma das garantias inscritas no art. 198, ambos do texto constitucional.

Dito de outro modo, a maneira como o Estado brasileiro foi incumbido de assegurar direito à saúde pressupõe, organicamente, um sistema único (SUS) orientado pelas diretrizes de universalidade, integralidade, descentralização e participação da comunidade, assim como impõe (impunha?)<sup>3</sup> custeio fixado em bases minimamente proporcionais em face do volume das receitas governamentais.

Ocorre, contudo, que tanto a organização da atuação estatal na forma do SUS, quanto o financiamento das ações e serviços públicos de saúde<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Segundo Sarlet (2009), os direitos fundamentais são amparados por “deveres de proteção estatais”, que operam como verdadeiros “imperativos de tutela”, em consonância com o dever geral de efetivação atribuído ao Estado. Daí é que “é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma *formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles*”. Ou seja, o reconhecimento de direitos subjetivos fundamentais em favor dos cidadãos implica também o direito à sua “proteção mediante a organização e o procedimento”, a fim de lhes assegurar objetiva consecução por parte do Estado. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 149-151, grifo nosso).

<sup>2</sup> “Nosso convencimento se firma na perspectiva de que o comando de imutabilidade que confere máxima proteção aos direitos fundamentais também se estende às suas garantias estatuídas constitucionalmente. Ora, assim como o *habeas corpus* está para a liberdade de locomoção, o dever de custeio mínimo está para os direitos sociais à saúde e à educação, os quais hão de ser providos pelo Estado em caráter progressivo.” COMPARATO, Fábio; PINTO, Elida Graziane. *Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional*. Consultor Jurídico, 17 de dezembro de 2015. Disponível em [www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protacao-cf](http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protacao-cf)

<sup>3</sup> Com o regime dado pelo art. 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), inserido pela Emenda Constitucional 95/2016, a partir de 2018, apenas estará resguardada a correção monetária do quanto houver sido aplicado em 2017 nos pisos constitucionais em saúde e educação. A correção será feita pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Significa dizer que, independentemente do comportamento da Receita Federal, o custeio mínimo pela União de tais políticas públicas permanecerá congelado em termos reais, em rota de inconstitucional autonomização da arrecadação das receitas vinculadas à Seguridade Social em relação às finalidades a que se destinam e em abusiva tendência de regressividade do gasto social per capita. Vale lembrar, a propósito, que a controvérsia sobre a constitucionalidade de tal *congelamento* está sob discussão no Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5658/DF.

<sup>4</sup> Entre vários exemplos de tentativa de controle do fato e sem pretensão de esgotar aqui o tema, vale lembrar que o subfinanciamento federal da saúde é alvo do Inquérito Civil Público nº 1.34.001.003510/2014-07 instaurado pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão da PR-SP/MPF, conjuntamente como Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, como se pode ler em [www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias\\_prdc/10-07-14-mpf-e-mp-de-contas-de-sp-abrem-inquerito-sobre-queda-do-financiamento-federal-em-saude/](http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/10-07-14-mpf-e-mp-de-contas-de-sp-abrem-inquerito-sobre-queda-do-financiamento-federal-em-saude/) e [www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias\\_prdc/08-09-14-audiencia-publica-debate-subfinanciamento-e-baixa-qualidade-de-atendimento-no-sus](http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/sala-de-imprensa/noticias_prdc/08-09-14-audiencia-publica-debate-subfinanciamento-e-baixa-qualidade-de-atendimento-no-sus). Igualmente importante é o acompanhamento da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal constante do processo de nº 0047981-93.2010.4.01.3400/JFDF, sobre o dever de compensar os restos a pagar cancelados que já tenham sido computados, em anos anteriores, no piso federal em saúde, como se pode ler em [www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-df-governo-federal-descumpre-constituicao-e-gasta-menos-do-que-deveria-em-saude](http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/mpf-df-governo-federal-descumpre-constituicao-e-gasta-menos-do-que-deveria-em-saude) e <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=479819320104013400&secao=JFDF>.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, a autora deste texto promoveu representação cívica, com base no art. 74, §2º da Constituição de 1988, que deu origem ao Processo TC 031.430/2015-5, de que resultou o Acórdão nº 7723/2015 da 1ª Câmara do TCU, sobre a manobra de geração de expressivo saldo de restos a pagar no bojo do piso federal em saúde, haja vista o fato de que os decretos de programação financeira do Executivo federal, a pretexto de “regulamentação ao art. 8º da LRF”, esvaziam faticamente a proteção constitucional das despesas obrigatórias em ASPs, ao adiá-las indefinidamente na qualidade de restos a pagar. Tal esvaziamento se dá com a imposição de limites de pagamento sempre inferiores aos limites de empenho, mesmo já incluídos naqueles a perspectiva de pagamento do estoque expressivo e crescente, ao longo dos anos, de restos a pagar. Trata-se, como debatido naquela representação, de proceder reiterado do Executivo federal que colide frontalmente com as decisões prolatadas nos Acórdãos 183 e 1.574, ambos exarados em 2005 pelo TCU.

Mais recentemente Francisco Funcia e Elida Graziane Pinto representaram tanto ao TCU, quanto ao MPF contra a União pelo déficit de aplicação em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 2016, como se pode ler em [www.conjur.com.br/2017-abr-30/governo-nao-aplicou-minimo-saude-2016-mp-contas](http://www.conjur.com.br/2017-abr-30/governo-nao-aplicou-minimo-saude-2016-mp-contas).

estão submetidos a um paulatino processo de degradação, em prol de uma pretensa focalização<sup>5</sup> da política pública nos mais pobres, com o deliberado fomento ao mercado da saúde suplementar. Ao arripio do art. 199, §1º da CR/88, parece estar em curso uma série de medidas que tendem à inversão entre o que é universal e o que é complementar na assistência à saúde prestada pelo Estado.

A fragilidade em comento resulta de uma série de atos e omissões que repercutem, dentre outras consequências, na acintosa falta de definição clara das responsabilidades federativas de cada qual dos entes políticos e no adensamento<sup>6</sup> das demandas ao Poder Judiciário, sobretudo individuais, que clamam pela eficácia imediata do direito fundamental à saúde.

Dada a complexidade e o caráter estrutural do problema, cabe situá-lo devidamente na mitigação tergiversadora das garantias institucionais do direito à saúde, sob encargo do poder público, já que a revogação direta desse direito seria, a toda evidência, não só francamente inconstitucional, como também politicamente impossível. Eis a razão pela qual importa conceber em outro patamar o enfrentamento da desconstrução do arranjo orgânico-federativo, bem como o processo avançado de desfinanciamento do SUS para traçarmos alguma possibilidade de linha de resolução desse quadro.

A título de exemplo, vale lembrar que o Tribunal de Contas da União abordou detidamente a dimensão da governança federativa do SUS nos autos do TC 027.767/2014-0, de onde resultou o Acórdão 2888/2015, que recomendou ao Ministério da Saúde a apresentação de plano de ação, com cronograma de execução, a fim de:

1. promover discussão na Comissão Intergestores Tripartite (CIT) para regulamentar os critérios legais para o rateio dos recursos federais vinculados à saúde, nos termos do art. 17 da Lei Complementar 141/2012 e do art. 35 da Lei 8.080/1990, com a possibilidade de redefinição das competências federais, estaduais e municipais no âmbito do SUS, observando as seguintes diretrizes:

- a) integrar os incentivos financeiros oferecidos pelo Ministério da Saúde, de modo a reduzir o excesso de normas atualmente existentes nas transferências financeiras federais;
- b) detalhar de maneira suficiente as competências nos três níveis de governo, de modo a evitar sobreposições de responsabilidades e a possibilitar a identificação precisa das responsabilidades executivas e financeiras de cada ente em relação às ações e dos serviços de saúde;
- c) considerar as fragilidades técnicas e financeiras da maior parte dos municípios brasileiros;

2. promover discussão na CIT para reavaliar o modelo do Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde (Coap), a fim de propor medidas legais que possam estabelecer sanções para a União e os estados no caso de inadimplemento de responsabilidades assumidas;

3. definir o diagnóstico sobre as necessidades de saúde, elaborado a partir do Mapa da Saúde, como referência prioritária para as emendas parlamentares relativas a recursos vinculados à saúde;

4. adotar medidas para aperfeiçoar a orientação aos municípios e estados sobre o processo de regionalização, assim como para organizar o apoio técnico e financeiro à regionalização e à implementação do Coap, de modo que esse apoio seja estável e contínuo;

5. estruturar processo de gestão de riscos da implementação do Coap nas regiões de saúde brasileiras.

A despeito da relevância do diagnóstico feito pelo TCU no Acórdão 2888/2015, o Ministério da Saúde e mesmo as demais instâncias deliberativas do SUS (como a Comissão Intergestores

<sup>5</sup> Tal como pertinentemente suscitado em SANTOS, Isabela Soares. *A solução para o SUS não é um Brazilcare*. RECIIS (Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde. 2016 jul-set; 10(3). Disponível em: [www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/viewFile/1191/pdf1191](http://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/viewFile/1191/pdf1191).

<sup>6</sup> Tamanha a relevância do debate em comento que o Ministério da Saúde celebrou termo de cooperação com o Conselho Nacional de Saúde em 23/08/2016, conforme se pode ler em [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados). Dados estimados de repercussão orçamentária da judicialização da saúde e capacitação envolvidos nesse termo de cooperação podem ser acessados nas notícias: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/25275-ministro-da-saude-fala-sobre-impacto-de-aco-es-judiciais-no-sus> e [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude).

Tripartite e o Conselho Nacional de Saúde) ainda não conseguiram formular de modo consolidado, com segurança jurídica e clareza, os critérios de rateio e as responsabilidades de cada ente, a que se refere o art. 198, §3º, II da Constituição de 1988 e o art. 17 da Lei Complementar nº 141/2012.

As lacunas normativas se somam ao contexto de regressividade<sup>7</sup> na participação federal no volume total de recursos públicos vertidos ao SUS, que remonta à diferença de critério para a União em seu piso de custeio, tal como foi estabelecida pela Emenda Constitucional 29/2000 e agravada<sup>8</sup> pelas Emendas 86/2015 e 95/2016. A bem da verdade, o Governo Federal nunca teve seu regime de gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde fixado da mesma forma que o dos entes subnacionais, o que justifica – em parte – o subfinanciamento da saúde pela União. Tal cenário, ao lado dos falseamentos de aplicação mínima feitos por alguns Estados<sup>9</sup>, tem acarretado uma sobrecarga de custeio para os municípios em face das demandas judiciais e sociais pela efetividade do direito à saúde.

Assim fixada preliminarmente a compreensão do panorama conflituoso em que a política pública de saúde se insere no país, cabe extrair consequências de tal leitura normativa, que se ampara e busca ser aderente à integridade do nosso ordenamento, quiçá a título de alguma proposta de solução. Trata-se, portanto, de uma leitura sistêmica a partir do texto permanente da Constituição da República e não uma análise fragmentada, como tem sido falseado em soluções alegadamente excepcionais e provisórias no seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>10</sup>.

## 2. Soluções propostas

Diante da fragilização das garantias procedimentais de exercício sistêmico do direito à saúde, impõe-se a todos nós reorientar, tanto quanto possível, a análise acerca do controle da sua ineficácia para o campo da “macrojustiça”<sup>11</sup>, ao invés da persistência unívoca na trajetória das demandas individuais que chegam ao Poder Judiciário em quantidade e volume de repercussão orçamentária significativos.

<sup>7</sup> Como já discutimos em PINTO, Élide Graziane. *Descompasso federativo no financiamento da saúde pública brasileira*. *Consultor Jurídico*, 04/04/2015. Disponível em [www.conjur.com.br/2015-abr-04/elida-pinto-descompasso-federativo-financiamento-saude](http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/elida-pinto-descompasso-federativo-financiamento-saude).

<sup>8</sup> Trata-se de debate que pode ser brevemente retomado em PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. *Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde*. *Consultor Jurídico*, 24/03/2015. Disponível em [www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto](http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto) e PINTO, Élide Graziane. *Mínimos minorados na iminência do seu congelamento por 20 anos*. *Consultor Jurídico*, 25/04/2017. Disponível em [www.conjur.com.br/2017-abr-25/contas-vista-minimos-minorados-iminencia-congelamento-20-anos](http://www.conjur.com.br/2017-abr-25/contas-vista-minimos-minorados-iminencia-congelamento-20-anos).

<sup>9</sup> Segundo o Conselho Nacional de Saúde ([http://conselho.saude.gov.br/ultimas\\_noticias/2005/ec29.htm](http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/ec29.htm), acesso em 23/03/2017), em 2003, apenas 11 estados da federação cumpriam adequadamente a Emenda Constitucional 29/2000: Acre, Amazonas, Amapá, Bahia, Pará, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe e Tocantins. Os demais 16 estados (Alagoas, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina) e o Distrito Federal tiveram resultados deficitários de aplicação do piso constitucional em ações e serviços públicos de saúde.

<sup>10</sup> A síntese do nosso questionamento acerca das sucessivas fraudes fiscais ao texto permanente da Constituição por meio do ADCT pode ser lida em PINTO, Élide Graziane. *ADCT é o ‘retrato de Dorian Gray’ da Constituição de 1988*. *Consultor Jurídico*, 27/09/2016. Disponível em [www.conjur.com.br/2016-set-27/adct-retrato-dorian-gray-constituicao-1988](http://www.conjur.com.br/2016-set-27/adct-retrato-dorian-gray-constituicao-1988).

<sup>11</sup> Esse termo foi suscitado pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da STA 175-Agr/CE pelo Supremo Tribunal Federal, no seguinte contexto: “[...] em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. *Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça*. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo. [...] Ainda que essas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao Poder Público e à sociedade na concretização do direito à saúde, é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito” (grifos nossos).

É iníquo e pouco resolutivo o fato de haver controle primordialmente<sup>12</sup> centrado em examinar posições individuais de quem alega direito subjetivo público contra o Estado. A larga escala e a reiteração, por vezes, míope de respostas pontuais não retroalimenta o planejamento, tampouco corrige os erros da execução orçamentária e da gestão do SUS. Assim, o enfrentamento tópico e posterior dos sintomas, sem correção das causas do mal-estar, acaba por agravar a avaliação ampla acerca do mau funcionamento da política pública de saúde com um todo.

É preciso, porém, reconhecer a dificuldade na transição da “microjustiça” das demandas individuais, como já assinalara o Ministro Gilmar Mendes no âmbito do paradigmático julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 no STF, para a “macrojustiça” do controle sobre o arranjo orgânico-federativo do SUS e seu custeio constitucionalmente adequado.

As vias ordinárias de questionamento judicial não parecem aptas ao desafio do controle estrutural da série histórica de omissões e ações do Poder Público que implica a fragilidade orgânica do SUS e o seu desfinanciamento paulatino no federalismo brasileiro.

Ainda que reconheçamos a existência de algumas ações estratégicas no âmbito da tutela coletiva e do controle concentrado de constitucionalidade<sup>13</sup>

que merecem acompanhamento por tangenciarem em alguns dos aspectos acima aventados, nenhum fluxo atual de controle se apresenta como suficiente para sequer designar, no senso comum, a origem do problema.

É preciso – antes de mais nada – diagnosticar a extensão e a complexidade do problema, para, na sequência, dar-lhe nome e buscar seu enfrentamento estrutural, para além dos arremedos contingentes.

Nesse contexto é que propomos, como uma rota de ampliação do debate, o ajuizamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF – que questione o “Estado de Coisas Inconstitucional” na política pública de saúde do país.

Vale lembrar que tal instituto foi trazido como via de solução excepcional da experiência constitucional colombiana, para aplicação ao caso do sistema prisional brasileiro nos autos da ADPF 347<sup>14</sup>. Em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal concedeu a medida cautelar<sup>15</sup> pleiteada em dois<sup>16</sup> dos diversos pedidos formulados naquela ação, na medida em que reconheceu a necessidade de promover um controle abrangente sobre as fragilidades sistêmicas da política pública penitenciária (notadamente superlotação das unidades prisionais e condições desumanas de custódia estatal dos presos).

<sup>12</sup> Como já debatido, por exemplo, em BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em [www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da\\_falta\\_de\\_efetividade\\_a\\_judicializacao\\_excessiva.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf).

<sup>13</sup> A exemplo da ação civil pública que tramita na Justiça Federal nº [0047981-93.2010.4.01.3400/JFDF](https://www.judicial.br/0047981-93.2010.4.01.3400/JFDF) e da ADI nº 5595/DF.

<sup>14</sup> A ação foi protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com o pedido de reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” quanto ao sistema penitenciário brasileiro, para que fossem determinadas, pelo STF, providências estruturais diante da “inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade” da superlotação e das condições degradantes do sistema prisional, que, segundo sustenta a inicial narrada no voto do ministro relator Marco Aurélio Mello, “configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos”. Sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. Consoante assevera, os órgãos administrativos olvidam preceitos constitucionais e legais ao não criarem o número de vagas prisionais suficiente ao tamanho da população carcerária, de modo a viabilizar condições adequadas ao encarceramento, à segurança física dos presos, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho, à assistência social, ao acesso à jurisdição.

<sup>15</sup> O inteiro teor do acórdão que concedeu parcialmente a medida cautelar encontra-se disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.

<sup>16</sup> A saber, descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional e obrigação de realizar audiência de custódia perante o juiz competente em, no máximo 24 horas contado do momento da prisão em flagrante.



A detecção e formal decretação de um global *estado de coisas* de determinada política pública como inconstitucional não só situa o problema em seu devido patamar estrutural, como também reconhece que as medidas necessárias à sua resolução devem levar em conta “uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial.”

No caso do direito fundamental à saúde, parecem ser inadiável o diagnóstico do Estado de Coisas Inconstitucional quanto à fragilidade e à descontinuidade das políticas públicas que deveriam lhe assegurar efetividade, até para que se evidenciem impasses e omissões históricas na federação brasileira, bem como para que sejam implementadas rotas de pactuação intergovernamental que não sejam preteridas ou fraudadas.

Sem o reconhecimento da omissão estrutural do Estado quanto ao arranjo federativo do SUS e ao seu financiamento adequado, ao nosso sentir<sup>17</sup>, não se viabilizará alternativa possível para fazer face ao “quadro de violação massiva e persistente” do direito fundamental à saúde, “decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”<sup>18</sup>.

### 3. Agentes do processo ou a serem envolvidos no processo

O debate sobre o Estado de Coisas Inconstitucional da política pública de saúde no Brasil não envolve tão somente o Supremo Tribunal Federal e os órgãos de justiça que nessa instância interagem.

Para que não seja apenas mais uma demanda judicial a aguardar apreciação da Corte Constitucional

é preciso criar um razoável grau de consenso sobre a insustentabilidade da situação de violação massiva do direito fundamental à saúde no país, cuja resolução reclama alternativa melhor do que a multiplicação desordenada de demandas judiciais ou, mesmo, a proposta de “planos de saúde acessíveis” titularizada pelo ministro da Saúde, Ricardo Barros<sup>19</sup>.

Em um esforço de dar continuidade ao debate promovido pelo Movimento Saúde +10, é preciso mobilizar a sociedade, todos os agentes públicos que trabalham na base do SUS, bem como o controle social.

Tanto a judicialização focada em demandas individuais, quanto a proposta de plano de saúde acessível oferecem respostas pontuais tendentes – no médio prazo – a agravar o risco de desmantelamento do caráter universal do SUS. É preciso que façamos a rota inversa do Movimento Saúde +10, de modo que, ao invés de alterar a Constituição de 1988, busquemos, no atual cenário, afirmar o seu alcance protetivo da política pública em toda a sua “macrojustiça” constitucional.

## 4. Estratégias

Mas para quais problemas (pedidos) o STF seria chamado a dar uma resposta abrangente, fixando a interpretação de preceitos fundamentais que permitiriam que nós avançássemos rumo a uma rota de construção da “macrojustiça” da saúde?

O primeiro deles reside na forma limitada como tem sido interpretado o dever de gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) previsto no art. 198 da Constituição. Consideramos ser necessária a fixação do preceito de que o piso constitucional não é apenas uma equação matemática que vincula determinado volume de recursos a um conjunto aleatório de despesas. Há conteúdo e finalidades substantivas a serem cumpridos

<sup>17</sup> Como já sustentamos em PINTO, Élidea Graziane. *Da saúde aos sistemas prisionais, vivemos um Estado de Coisas Inconstitucional*. Consultor Jurídico, 31/01/2017. Disponível em [www.conjur.com.br/2017-jan-31/contas-vista-saude-aos-presidios-temos-estado-coisas-inconstitucional](http://www.conjur.com.br/2017-jan-31/contas-vista-saude-aos-presidios-temos-estado-coisas-inconstitucional).

<sup>18</sup> Apenas para usar, em caráter analógico, os termos empregados na medida cautelar deferida na ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal.

<sup>19</sup> Como se depreende da Portaria MS 1.482, de 4/8/2016, que instituiu grupo de trabalho no âmbito do Ministério da Saúde para discutir tal projeto: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt1482\\_04\\_08\\_2016.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt1482_04_08_2016.html)

por meio do dever de aplicação mínima de recursos em saúde, dentro de um arranjo federativo que prima pela redução das disparidades regionais e pelo rateio equilibrado das responsabilidades e receitas entre os entes.

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

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

Se a União pactuou na CIT e gerou compromissos federativos com os entes subnacionais, ela tem de cumprir tal pactuação, ainda que, eventualmente, venha a ser formalmente excedente ao piso, sob pena de lesão ao dever de gasto mínimo material e ao pacto federativo. O mesmo raciocínio se aplica a alguns dos Estados que não cumprem o pactuado na Comissão Intergestores Bipartite (CIB)<sup>20</sup>.

Cabe, pois, reiterar que precisamos fixar o regime jurídico do dever de aplicação em saúde dado pelo art. 198 da Constituição, referido ao cumprimento das obrigações legais e constitucionais de fazer na consecução do art. 196 e do Sistema Único de Saúde a que se referem os artigos 198 e 200, para além da estrita contabilização formal do piso em seu aspecto matemático.

O segundo preceito fundamental que precisamos invocar reside na estabilidade e segurança temporal dos repasses de recursos. *O cumprimento tempestivo dos pisos em saúde e educação em repasses mensais proporcionais à receita efetivamente arrecadada deve ser assegurado conforme o mesmo rito dos duodécimos que amparam a autonomia financeira do Judiciário, Legislativo e Ministério Público.*

É importante assegurar tal entendimento para evitar que a execução orçamentária do piso em saúde seja adiada e frustrada mediante a adoção de artifícios contábeis no manejo do art. 24, II e §1º da LC 141/2000. Ou seja, o Governo Federal e diversos estados simplesmente contabilizam, como ações e serviços públicos de saúde, volumoso saldo de empenhos gerados em novembro/dezembro do exercício financeiro, deixam os recursos formalmente depositados na conta específica do Fundo de Saúde apenas em 31/12 (como se fosse uma conta de passagem do *reveillon* para cumprir formalmente o ditame legal), para – após a virada do ano – postergarem o processamento de tais restos a pagar, remanejarem os recursos do Fundo de Saúde novamente para a Conta Única do Tesouro e literalmente frustrarem a efetividade do piso da saúde em uma estratégia análoga às operações de crédito e ao adiamento do pagamento de fornecedores.

Só a União tem rolado, nos últimos exercícios, quase 15% do seu piso em ações e serviços públicos de saúde

<sup>20</sup> Art. 19, §1º da LC 141/2012, em conformidade com o art. 198, §3º, II da Constituição.

em restos a pagar, alguns dos quais pendentes de pagamento desde 2003. Tal cenário decorre da deliberada estratégia de execução orçamentária<sup>21</sup> adotada pela área econômica do Governo Federal de disponibilizar recursos para empenhos em valores muito próximos do *piso*, como se a regra de aplicação correspondesse a um *teto* de despesas com ASPS.

Vale lembrar que o piso da saúde não pode ser sujeito a contingenciamento (art. 9º, §2º da LRF e art. 28 da LC 141/2012), ainda que sob a falseada sujeição à programação financeira (art. 8º da LRF). Mas a União tem feito isso, desde o advento da EC 29/2000, nos seus decretos de programação financeira<sup>22</sup>, por meio da previsão de limites de pagamento para as despesas em ações e serviços públicos de saúde (mesmo aqui já incluídos os restos a pagar) substancialmente inferiores aos limites de empenho. Ou seja, a regra da execução orçamentária federal sempre tem previsto o adiamento intertemporal da quitação das obrigações da União para com o piso do exercício financeiro em vigor e também com o elevado saldo de restos a pagar, em uma espécie de precatorização do gasto mínimo em saúde (é devido, mas fica adiado *sine die*).

Aqui a equação é relativamente simples: limite de pagamento (que deveria contemplar empenhos do exercício + restos a pagar) é inferior ao limite de empenho. Nesse caso,  $LP (E+RP) < LE =$  déficit de recursos financeiros e adiamento da realização concreta das ações e serviços públicos de saúde.

Interessante notar que a União tem mantido, ano após ano, restos a pagar pendentes de processamento desde 2003, para não ter de cancelá-los e compensar

proporcionalmente o quanto deixou de aplicar no seu piso em saúde. Ainda que haja falhas, de fato, nas prestações de contas de repasses feitos a Municípios, a União se esquivou de promover o devido cancelamento e compensar o saldo deficitário no montante correspondente do que fora computado em anos anteriores dentro do piso em saúde. Até que, em 2016, tal estratégia abusiva culminou com déficit real de aplicação pela União quanto ao piso federal em saúde, como denunciado por Francisco Fúncia e por esta articulista ao TCU e ao MPF<sup>23</sup>.

Não é sem razão que os atrasos recorrentes da execução orçamentária e a própria insuficiência dos repasses federativos no âmbito do SUS (por força do descumprimento do pactuado na CIT) têm imposto o fechamento de milhares de leitos e a desestruturação dos hospitais 100% SUS, a despeito da Portaria 2.617/2013 do Ministério da Saúde (que havia regulamentado prazos máximos de pagamento por tais serviços). A própria falta de correção monetária da tabela SUS e dos incentivos/programas pactuados pela União com os entes subnacionais e com a rede de prestadores de serviços credenciados ao SUS decorre desse impasse no custeio.

A respeito de como o Governo Federal administra seus restos a pagar, adiando os repasses, vale a leitura da notícia *Crise: mais de mil cidades param serviços e fazem greves*<sup>24</sup>. O desequilíbrio federativo na política pública de saúde tem se acirrado, seja por meio da redução proporcional da participação federal no custeio do SUS, seja por força do adiamento – para formação falseada de resultado primário – pelo Ministério da Saúde dos repasses fundo-a-fundo aos Estados e Municípios como também deram notícia, por exemplo, as matérias: *Aparecido isenta Dilma e diz que envio de dados*

<sup>21</sup> Nos autos do Processo TC [031.430/2015-5](#), donde resultou o Acórdão nº 7723/2015 da 1ª Câmara do TCU, a signatária Élidea Graziane Pinto representou a manobra de geração de expressivo saldo de restos a pagar no bojo do piso federal em saúde, haja vista o fato de que os decretos de programação financeira do Executivo federal, a pretexto de “regulamentação ao art. 8º da LRF”, esvaziam faticamente a proteção constitucional das despesas obrigatórias em ASPS, ao adiá-las indefinidamente na qualidade de restos a pagar. Tal esvaziamento se dá com a imposição de limites de pagamento sempre inferiores aos limites de empenho, mesmo já incluídos naqueles a perspectiva de pagamento do estoque expressivo e crescente, ao longo dos anos, de restos a pagar. Trata-se, como debatido naquela representação, de proceder reiterado do Executivo federal que colide frontalmente com as decisões prolatadas nos Acórdãos 183 e 1.574, ambos exarados em 2005 pelo TCU.

<sup>22</sup> Como discutimos em PINTO, Élidea Graziane. Mínimos minorados na iminência do seu congelamento por 20 anos. *Consultor Jurídico*, 25/04/2017. Disponível em [www.conjur.com.br/2017-abr-25/contas-vista-minimos-minorados-iminencia-congelamento-20-anos](http://www.conjur.com.br/2017-abr-25/contas-vista-minimos-minorados-iminencia-congelamento-20-anos).

<sup>23</sup> Notícia disponível em [www.conjur.com.br/2017-abr-30/governo-nao-aplicou-minimo-saude-2016-mp-contas](http://www.conjur.com.br/2017-abr-30/governo-nao-aplicou-minimo-saude-2016-mp-contas).

<sup>24</sup> Disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/crise-mais-de-mil-cidades-param-servicos-fazem-greves-17873082>.

*foi 'engano', Governo atrasa repasses na área da saúde para Estados e municípios e Ministério da Saúde atrasa repasse de R\$ 2,8 bilhões para estados e hospitais filantrópicos*<sup>25</sup>

Por fim, o terceiro e estrutural preceito fundamental deve se voltar para a *efetividade das responsabilizações cabíveis em caso de descumprimento do piso de aplicação em ações e serviços públicos de saúde*. A esse respeito, vale lembrar que a União não tem previsão de qualquer sanção a respeito do seu descumprimento, já que a pena de suspensão de transferências voluntárias e condicionamento das transferências obrigatórias, por óbvio, a ela não se aplica, como se lê no Decreto 7.827/2012<sup>26</sup>. Mesmo em relação aos estados inadimplentes, não têm sido aplicadas as suspensões cabíveis.

Precisamos retomar a perspectiva da responsabilidade solidária que o STF tem afirmado no regime de rateio federativamente equilibrado no âmbito do SUS quanto às obrigações de despesa e aos recursos públicos, para avançar no controle das omissões quanto ao repasse suficiente de recursos e ao efetivo cumprimento das atribuições de cada qual dos entes políticos nas regiões de saúde, cumprimento o plano setorial e ascendente que informa tal política pública.

Sobre tal viés, a previsão do art. 160, parágrafo único da Constituição de retenção de transferências obrigatórias para assegurar quitação da dívida e o piso da saúde precisa ser lida sistêmica e conjuntamente. São ambos os incisos regimes muito claros de prioridade orçamentária, mas o inadimplemento da dívida opera efeitos para fins de retenção do FPE e FPM imediatamente no mês posterior e até assunção de responsabilidade subsidiária da União pelas dívidas dos entes subnacionais

com instituições internacionais, dada a sua condição de garantidora; enquanto o descumprimento do piso da saúde deixa consumir 12 meses de inadimplência, com risco de descontinuidade do serviço público, sem que haja qualquer garantia ou mecanismo de responsabilidade que assegure a manutenção dos serviços pactuados federativamente na CIT e contratados na rede SUS.

Atualmente os casos dos estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, por exemplo, são emblemáticos do risco de desestruturação do SUS por déficit de aplicação dos governos estaduais e severa omissão federal, até mesmo quanto à hipótese de intervenção correspondente.

Uma interpretação constitucionalmente adequada desse impasse reclama que a União mantenha a continuidade das ações e serviços públicos de saúde, assumindo o custeio faltante (papel de garantidora também desse passivo, em rota de encampação do objeto para que o cidadão não fique refém do colapso do SUS, sob pena de responsabilidade objetiva do Estado por omissão). Na sequência, o Governo Federal poderá, em regresso, cobrar tal déficit de aplicação por ela coberto em moldes análogos ao das dívidas dos entes subnacionais com organismos internacionais.

A falta de enfrentamento quanto à correlação dos três fluxos acima tem imposto inúmeras consequências de desmantelamento do SUS e sobrecarga fiscal para os municípios, incluída a repercussão da judicialização nos moldes em que ela tem ocorrido. Se não avançarmos sobre as suas causas estruturais, continuaremos a insistir em soluções míopes e parciais sobre os sintomas de tamanho desarranjo federativo na efetividade e equidade do direito à saúde.

<sup>25</sup> Disponíveis, respectivamente, em <http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,governo-segura-repasses-do-sus-em-dezembro-e-ajuda-superavit-primario,175542>, [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/12/1562847-governo-atrasa-repasses-na-area-da-saude-para-estados-e-municipios.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/12/1562847-governo-atrasa-repasses-na-area-da-saude-para-estados-e-municipios.shtml) e <http://oglobo.globo.com/brasil/ministerio-da-saude-atrasa-repasse-de-28-bilhoes-para-estados-hospitais-filantropicos-14842794>.

<sup>26</sup> [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7827.htm)

Desde o julgamento da STA 175, quando houve a primeira audiência pública<sup>27</sup> sobre judicialização da saúde no STF em abril e maio de 2009, nossa Corte Constitucional almeja debater o direito à saúde pelo prisma da “macrojustiça”, o que, por óbvio, passa pela pactuação da governança federativa do SUS, pelo financiamento constitucionalmente adequado da saúde e pelo regime de responsabilidade quanto ao descumprimento de ambos.

A maturidade do debate culmina com o agravamento do Estado de Coisas Inconstitucional no SUS, sobretudo diante da EC 95/2016, cujo regime assegurará, a partir de 2018, que o financiamento do direito à saúde será a mera correção monetária das despesas efetivamente pagas neste ano de 2017, o que se replicará, em tese, para os próximos 20 anos.

A estratégia é lutar pelo enfrentamento das causas da judicialização da saúde, ao invés de remediar seus sintomas, controlando a fragilidade estrutural da política pública em seu arranjo federativo mal pactuado e em seu financiamento cada vez mais regressivo, sob pena de severo retrocesso em face do horizonte proposto de “planos de saúde acessíveis”.

---

<sup>27</sup> Vídeos e dados documentais em [www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude)