

O “NOVO REGIME FISCAL” E A VIOLAÇÃO DA PROGRESSIVIDADE E DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITO À SAÚDE

THE “NEW TAX REGIME” AND THE VIOLATION OF PROGRESSIVENESS AND OF THE PROHIBITION OF SOCIAL REGRESSION IN THE RIGHT TO HEALTH

EL “NUEVO RÉGIMEN FISCAL” Y LA VIOLACIÓN DE LA PROGRESIVIDAD Y DE LA PROHIBICIÓN DE RETROCESO EN MATERIA DE DERECHO A LA SALUD

Hector Cury Soares¹

José Ricardo Caetano Costa²

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Resumo: A pesquisa analisa a violação da progressividade e da proibição de retrocesso em matéria de direito à saúde face ao “Novo Regime Fiscal”, instituído pela Emenda à Constituição nº 95/2016. Para tanto, comprova que os direitos fundamentais sociais geram custos e, assim, impactam no Orçamento Público; demonstra que a mudança do indexador dos gastos públicos em saúde gerará um impacto negativo no Orçamento; e, por fim, demonstra que o “Novo Regime Fiscal” impõe uma situação normativa mais prejudicial à efetivação do direito à saúde, com base na doutrina e na dogmática constitucional. Utiliza-se uma abordagem metodológica descritiva, coletando as informações e os principais conceitos utilizados por meio de revisão bibliográfica, pesquisa documental e análise de jurisprudência. Ao final, resta demonstrado que o art. 110, II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), do Novo Regime Fiscal, viola a Constituição da República no que concerne à progressividade do direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Novo Regime Fiscal. Proibição de retrocesso. Progressividade.

- 1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (2007). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2010). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2014). Professor Adjunto de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. *E-mail:* hectorcury@furg.br
- 2 Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (1990). Graduado em Filosofia pela Universidade Católica de Pelotas (1988). Especialista em Ciência Política pelo ISP/UFPel. Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Católica de Pelotas (2000). Mestre em Direito pela Universidade Vale do Rio dos Sinos (2005). Doutor em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do RGS (2009). Pós-Doutor em Educação Ambiental (PPGES/FURG). Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas em Seguridade Social. Professor Adjunto da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito e Justiça Social da FADIR/FURG. *E-mail:* jrcc.pel@gmail.com

Abstrat: The research analyzes the violation of progressiveness and the prohibition of social regression in the right to health in relation to the “New Tax Regime”, established by amendment 95/2016. To this end, it proves that the fundamental social rights generate costs, thus impacting on the public budget; shows that changing the indexer of public expenditure on health will generate a negative impact on the budget and, finally; demonstrates that the “New Tax Regime” imposes a regulatory situation that is more detrimental to the implementation of the right to health, on the basis of constitutional theory. It uses a descriptive methodological approach, collecting the information and key concepts by means of bibliographical review, document research and analysis of jurisprudence. At the end, it is demonstrated that article 110, II of the Transitional Constitutional Provisions Act (ADCT), created by the new tax regimen, violates the Constitution of the Republic regarding the progressivity of the right to health.

Keywords: New Tax Regime. progressiveness. prohibition of social regression. right to health.

Resumen: La investigación analiza la violación de la progresividad y de la prohibición de retroceso en materia de derecho a la salud frente al “Nuevo Régimen Fiscal”, instituido por la Enmienda Constitutiva nº 95/2016. Para tanto, se comprueba que los derechos fundamentales sociales generan costos y, así, impactan en el Presupuesto Público; demuestra que el cambio de indexador de los gastos públicos en salud generará un impacto negativo en el Presupuesto; y, por fin, demuestra que el “Nuevo Régimen Fiscal” impone una situación normativa más prejudicial a la efectuación del derecho a la salud, con base en la doctrina y en la dogmática constitucional. Se utiliza un abordaje metodológico descriptivo, recogiendo las informaciones y los principales conceptos utilizados por medio de revisión bibliográfica, investigación documental y análisis de jurisprudencia. Al final, resta demostrada que el art. 110, II del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT), del Nuevo Régimen Fiscal, viola la Constitución de la República lo que concierne a la progresividad del derecho a la salud.

Palabras-clave: Derecho a la Salud. Nuevo Régimen Fiscal. Prohibición de retroceso. Progresividad.

INTRODUÇÃO

O Projeto de Emenda à Constituição (PEC), que tramitou sob o número 55 no Senado e o número 241 na Câmara dos Deputados, foi aprovado no Senado no dia 13 de dezembro de 2016 em segundo turno. Foi instituído o chamado “Novo Regime Fiscal”, inserindo os artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição da República (Emenda à Constituição nº 95).

Todo projeto foi tomado de grande polêmica, pois a referida PEC, sob a égide da necessidade de promover uma mudança nos rumos das contas públicas brasileiras, propôs a limitação ao aumento da despesa primária³.

3 Segundo o glossário do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, despesas primárias “São aquelas que pressionam o resultado primário, alterando o endividamento líquido do Governo (setor público não financeiro)

O reflexo dessa limitação é a impossibilidade de aumento real – acima da inflação – no âmbito das contas públicas por 20 exercícios financeiros⁴. Isso significa o congelamento de salários de servidores e a conseqüente perda de poder aquisitivo ao longo de 20 anos. Ademais, e aqui reside a polêmica esposada nesta pesquisa, a Emenda à Constituição (EC) estabelece limites aos gastos no campo da saúde, conforme o art. 110 do ADCT:

Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão: I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.⁵

A justificativa do Poder Executivo é a deterioração no resultado primário das contas públicas nos últimos anos, gerando um *deficit* de cerca de R\$ 170 bilhões, se considerado apenas o ano de 2016⁶. Neste sentido, a raiz do problema fiscal brasileiro estaria no crescimento acelerado da despesa primária. No âmbito político, o significado da EC 95/2016 é a retomada do ideário neoliberal para as políticas públicas brasileiras, naquilo que outrora foi caracterizado como “crise do Estado”⁷.

no exercício financeiro correspondente.” BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Glossário:** Despesa Primária. Disponível em <<http://www.orcamentofederal.gov.br/glossario-1/despesa-primaria>> Acesso: 14.12.16.

4 “Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 102 a 109 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.” BRASIL. Diário Oficial da União. **Emenda à Constituição nº 95/2016**. Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/12/2016&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=368>> Acesso: 16.12.16.

5 Idem.

6 BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Emenda Constitucional nº 241/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F5C083035789ECDE0FD8C1445955C192.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016>. Acesso em: 12.01.2017.

7 “O discurso moderno do neoliberalismo é assentado sob a privatização, o confisco de direitos trabalhistas, a eliminação de estabilidade de funcionários públicos, o ajuste fiscal para equilibrar as receitas e as despesas, a privatização de serviços públicos e a dolarização da economia. A crise do Estado tem, por conseguinte, uma crise no modo de intervenção estatal, bem como, uma crise no modo de administrar a coisa pública, baseada em modo de administrar o aparelho do Estado. O Estado fica imóvel, na perspectiva neoliberal, ao invés de ser uma possibilidade ao desenvolvimento social e econômico, tornou-se um obstáculo.” SOARES, Hector Cury. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Revista Âmbito Jurídico. n. 76, maio de 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748&revista_caderno=4>. Acesso em 14.12.16.

Todavia, a presente pesquisa visa apresentar que, do ponto de vista dogmático-jurídico, a limitação dos gastos em saúde, estabelecido pelo artigo 110, inciso II da ADCT, viola a cláusula de progressividade dos direitos sociais, presente no art. 2º, item 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Constituição da República.

Para comprovar a hipótese de pesquisa, adota-se uma abordagem metodológica descritiva, investigando os principais conceitos e delineamentos adotados pelo tema na doutrina pátria e estrangeira, coletando-os mediante pesquisa documental e revisão bibliográfica.

Dessa maneira, o trabalho estrutura-se abordando, em primeiro lugar, a relação entre os custos dos direitos fundamentais dentro do Orçamento Público; em segundo lugar, a constitucionalidade da cláusula de progressividade e seu reconhecimento pelo Estado brasileiro; por fim, os possíveis impactos da Emenda Constitucional n.º 95 na saúde, como obstáculo à progressividade dos direitos fundamentais sociais. Ao final restará demonstrado que a Emenda à Constituição 95/2016, que incorporou ao ADCT o art.110, II é inconstitucional por violar a progressividade do direito prestacional à saúde.

1. A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS

O congelamento das despesas primárias, que afetarão diretamente a educação e a saúde no Brasil, corrobora uma tese há muito defendida no âmbito da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais⁸, que é preciso dispor de recursos no Orçamento Público para efetivar direitos fundamentais. Essa necessidade acentua-se no caso dos direitos sociais prestacionais, pois implicam em prestações positivas do Estado, que geram serviços e produtos disponíveis gratuitamente

⁸ No campo do direito prestacional à saúde, há pesquisa que apresenta os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais da adoção dos custos como elemento da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais: SOARES, Hector Cury. Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**. v. 16, n. 2, p. 29-51, jul./out. 2015. No mesmo sentido: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 2000. p. 35. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos Direitos. In: NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudo sobre os direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 179. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Lisboa: Almedina, 1998. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito tributário e financeiro (O Orçamento na Constituição)**. Vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 17-18.

aos cidadãos.

Na seara doutrinária, a obra “The Cost of Rights: why liberty depends on taxes”, de Holmes e Sunstein, surgiu como um marco para a Teoria dos Direitos Fundamentais ao demonstrar que todos os direitos são positivos, no sentido de que todos eles, independentemente de serem direitos de liberdade ou direitos econômicos, sociais e culturais, geram custos ao Estado⁹. Os autores expõem as fragilidades dessa dicotomia ao dizer que quase todo o direito tem um dever correlato e os deveres somente são cumpridos quando há a possibilidade de o Poder Público fazê-los serem cumpridos, havendo, para tanto, a necessidade do desembolso de recursos do Estado¹⁰.

A tese de Holmes e Sunstein está correta se se considerar que as liberdades públicas demandam prestações positivas que assegurem o seu exercício. Se se examinar, no Brasil, a totalidade de recursos que são destinados ao Poder Judiciário, às polícias e ao custeio das eleições periódicas, perceber-se-á o quão significativo é o custo dos direitos de liberdade, tanto quanto os direitos econômicos, sociais e culturais¹¹. Portanto, para se efetivar quaisquer direitos fundamentais, são necessários investimentos por parte do Estado.

Além dos autores estadunidenses, o Professor da Universidade de Coimbra José Casalta Nabais desenvolve, em sua tese de doutoramento e estudos posteriores, aquilo que convencionou chamar de “face oculta dos direitos fundamentais”, quais sejam os deveres fundamentais. Como dever fundamental principal, surge o pagamento de impostos, responsável pelo sustento das políticas estatais. Em outras palavras, os cidadãos são os responsáveis pela sustentação, em termos de finanças públicas, do Estado, para que esse último possa efetivar direitos fundamentais. Além de Nabais, Robert Alexy¹², Rodolfo Arango¹³, Ricardo Lobo Torres¹⁴ e outros¹⁵ concordam com a importância de se levar em conta o custo

9 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., op. cit., p. 35.

10 Ibidem, p. 38.

11 JUNIOR, Alceu Mauricio. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 59.

12 ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 455.

13 Amplamente: ARANGO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Bogotá: Legis, 2012.

14 Amplamente: TORRES, Ricardo Lobo Torres. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário (O Orçamento na Constituição)**. Vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

15 Amplamente: FABRE, Cécile. **Social Rights under the Constitution. Government and decent life**. Oxford: Oxford, 2004. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**.

dos direitos fundamentais como um dos elementos para a sua concretização.

Sob o ponto de vista dogmático, a Constituição da República garante a fonte de financiamento das despesas públicas no seu Título VI, Capítulo I, que trata do Sistema Tributário Nacional¹⁶, reforçando a tese da importância de se assegurar uma fonte de financiamento aos direitos fundamentais.

Se por um lado os direitos geram custos, por outro lado o Estado deve assegurar que os recursos sejam suficientes para a promoção de uma condição digna aos indivíduos. Nesse sentido, independentemente da geração/dimensão, os direitos fundamentais gozam de igual força face ao orçamento, principalmente se se considerar a desigualdade não só presente na realidade brasileira, mas comum a todos os Estados latino-americanos¹⁷.

Dessa forma, o Estado conta com um orçamento para atender ao controle dos gastos públicos, reafirmando a própria condição de Estado Democrático de Direito (art. 1º)¹⁸. No orçamento são discriminadas as receitas e as despesas públicas, que devem prezar pelo equilíbrio dos gastos de maneira a permitir a efetivação dos direitos prestacionais sociais. Em outras palavras, a disponibilização

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. JUNIOR, Alceu Maurício. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. SHULTZ, Jim. **Promises to Keep: using public budgets as a tool to advance economic, social and cultural rights**. México: Ford Foundation and FUNDAR – Center for Analysis and Research, 2002. Disponível em < <http://www.internationalbudget.org/themes/ESC/FullReport.pdf> > Acesso: 02.02.14.

16 Há outras formas de ingressos de recursos que representam uma faixa de menor expressão. “Art. 173: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida **quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo**, conforme definidos em lei.” (grifo nosso) BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13. É importante se lembrar da lição de Washington Albino de Souza “Uma das mais discutidas formas de ‘intervenção’ é a realizada pelo Estado, na condição de ‘empresário’. Sua importância revela-se, especialmente, no caminho seguido pelo Neoliberalismo. Para que se preservassem os princípios liberais de ‘não intervir’ e, ao mesmo tempo, ser praticada a atividade econômica, o Estado passou a utilizar-se do expediente de criar empresas e defini-las, por lei (Decs.-lei ns. 200/900), como pessoas de direito privado, ou impor-lhes, pelo texto constitucional, o regime próprio destas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, conforme vimos (art. 173, § 1º e 2º, da CF/88). Por este expediente, o Estado atua diretamente na execução da política econômica em circunstâncias determinadas e mantendo, enquanto Estado, a sua posição absentista liberal.” SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTr, 1999. p. 353.

17 Nas palavras de Rodolfo Arango, “[o] aumento do abismo entre os ricos e pobres, entre os incluídos e os excluídos, entre os poucos participantes do desenvolvimento capitalista e os muitos abandonados a sua sorte pelo retrocesso do Estado Social de Direito, implica o aumento da criminalidade e da destruição do tecido social.” (tradução nossa) ARANGO, Rodolfo *Los derechos sociales en iberoamérica: estado de la cuestión y perspectiva de futuro*. **Cuadernos electrónicos de Derechos Humanos y Democracia**. n.º 5, fev., 2010. Disponível em < http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf > Acesso: 08.12.13. p. 4.

18 TORRES, Ricardo Lobo, op. cit., 2000, p. 19.

orçamentária gera serviços aos usuários da educação e do Sistema Único de Saúde (SUS).¹⁹

Na Constituição da República, o plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA) são os meios utilizados pelo Estado para planejar a sua ação; é na LOA, entretanto, que há a aplicação concreta de recursos na efetivação de direitos. No art. 165, § 8º e no art. 167²⁰, há a disposição de que os recursos que o Estado prevê arrecadar e as despesas que estará autorizado a realizar devem constar no orçamento anual. Assim, o orçamento assegura o confronto entre os recursos possíveis e as despesas necessárias.

A aplicação de recursos tem como consequência a escolha de áreas, programas e projetos que sejam considerados prioritários na efetivação do direito prestacional à saúde; a escolha política adotada é corporificada com a LOA. No caso da saúde, a Constituição assegura uma estrutura financeira mínima à efetivação do seu direito,

19 Sobre a gratuidade dos serviços de saúde: art. 43, da LOS. BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde (LOS)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso: 03.12.13.

20 “Art. 165, § 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. Assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta; IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados; VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º; IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa. X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. § 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade. § 2º - Os créditos especiais e extraordinários terão vigência no exercício financeiro em que forem autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses daquele exercício, caso em que, reabertos nos limites de seus saldos, serão incorporados ao orçamento do exercício financeiro subsequente. § 3º - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62. § 4.º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso: 02.12.13.

além da estrutura para a operacionalização das prestações: o (SUS).

Não há recursos disponíveis para todas as necessidades em termos de saúde pública, por isso são feitas escolhas políticas na alocação desses recursos – escolhas estas que não devem ser feitas arbitrariamente, mas a partir de parâmetros que as justifiquem constitucionalmente. A definição, por exemplo, dos medicamentos que serão disponibilizados ou de tratamentos que serão providos pelo SUS passa pela previsão de recursos destinados para essas prestações.

É com base nas previsões orçamentárias em relação às despesas e às receitas que o Estado pode corporificar o direito prestacional à saúde por meio de políticas públicas de saúde. Salienta-se a lição de Sunstein e Holmes “A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs.”²¹ É preciso reforçar a importância do custo do direito à saúde como um elemento essencial para sua efetivação, sem marginalizar os parâmetros mínimos estabelecidos na Constituição.

Isto posto, é possível concluir que: a) todos os direitos fundamentais geram custos; b) o direito prestacional à saúde gera custos ao Estado; c) para financiar os serviços e a infraestrutura pública em saúde, o Estado dispõe de um orçamento para o qual são alocadas demandas consideradas prioritárias. Na próxima seção, passa-se a examinar os desdobramentos, em termos de prestações, com o congelamento de recursos voltados ao direito à saúde.

2. A ESCASSEZ DE RECURSOS PARA A SAÚDE COM A EC Nº 95/2016

O “Orçamento da Saúde”, segundo a Constituição da República, prevê recursos mínimos que devem ser aplicados a gastos de saúde, direcionados a cada ente federativo, como ocorre no art. 198, §§ 2º e 3º, que são os chamados gastos constitucionais obrigatórios. A previsão dos recursos mínimos é fruto da Emenda Constitucional n.º 29/2000 e a regulamentação dos percentuais mínimos ocorreu em 2012, por meio da Lei Complementar n.º 141/2012²². No caso da União, a Lei Complementar garante o escalonamento, entre os anos de 2016 até

21 “Um direito legal existe, na realidade, apenas quando e se tiver custos orçamentários”. SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen, op. cit., p. 19.

22 BRASIL. **Lei Complementar n.º 141/2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 10.01.14.

2020, da aplicação de um percentual de receita corrente líquida alcançando, ao final, os 15% do art. 198, §2º, I da Constituição da República, conforme o art. 2º da EC 86/2016:

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.²³

Atualmente, para reajustar os valores, a União deve destinar às ações e aos serviços na área da saúde (direito prestacional à saúde) o montante aplicado em um ano, com acréscimo anual correspondente à variação do PIB no mesmo período.²⁴

Entretanto, com o regime adotado pela Emenda à Constituição nº 95/2016, os gastos constitucionais obrigatórios em saúde são mantidos, sendo a sua recomposição feita levando em consideração o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), conforme o art. 110, II do ADCT. Mantêm-se os gastos constitucionais obrigatórios, alterando o indexador. Questiona-se: há sustentabilidade (financeira) de um modelo de acesso universal nestes moldes? A resposta está em verificar se tal mudança potencializa a escassez de meios econômico-financeiros no âmbito da saúde.²⁵

23 BRASIL. **Emenda à Constituição nº 86/2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm>. Acesso em: 17.12.16.

24 MARTINS, Marcelo Guerra. As vinculações das Receitas Públicas no Orçamento. A desvinculação das receitas da união (DRU). As contribuições e a referibilidade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 830.

25 Há um quadro de impossibilidades para a efetivação do direito prestacional à saúde que deve ser considerado. Conforme João Loureiro, existe três limites fáticos: “a) meios econômico-financeiros; b) escassez de órgãos; c) tecnologias disponíveis”. O primeiro representa a limitação orçamentária do Estado e as escolhas político-legislativas na realização do direito à saúde. O segundo está ligado ao tema dos transplantes a partir da escassez de órgãos. O terceiro trata das possibilidades técnicas que se entende estritamente ligadas ao orçamento estatal. LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** Coimbra: Coimbra, 2010. p. 59-60.

Em primeiro lugar, o modelo adotado pela EC desconsidera dados epidemiológicos ou demográficos do Brasil. No campo do direito prestacional à saúde, é preciso considerar que há determinantes multidimensionais e complexos que demandam políticas públicas cada vez mais elaboradas e que envolvem diferentes setores, como:

[...] um estudo sobre as doenças respiratórias agudas em menores de 5 anos, publicado recentemente, revelou que o risco da mortalidade por pneumonia na região do Butantã, em São Paulo, foi significativamente maior entre 1991 e 1997 nas crianças com piores condições socioeconômicas, incluindo-se as condições de moradia²⁶.

Em segundo lugar, o “Novo Regime Fiscal” é dúbio, pois não deixa claro, no caso da saúde, se há a revogação do escalonamento previsto pela EC n.º 86/2015 e qual será o percentual mínimo a ser aplicado a partir de 2017. Não fica evidenciado se será aplicado o percentual de 13,2% ou 15%, conforme a EC n.º 86/2015.

Em terceiro lugar, a mudança da correção da variação do Produto Interno Bruto (PIB) para a variação do IPCA resultará no encolhimento do “Orçamento da Saúde” durante a vigência da EC n.º 95/2016. Para se ter ideia, um estudo recente²⁷ demonstrou que se entre 2003 a 2015 fosse aplicada a regra da EC n.º 96/2016, haveria uma perda de 42,1% no orçamento. Assim:

[...] enquanto a regra da EC 29 protegia o orçamento federal do SUS por meio da correção pela variação nominal do PIB, a regra proposta na PEC 241 incorpora apenas a correção pela inflação, desconsiderando a incorporação das taxas de crescimento da economia ao gasto com saúde e reduzindo a participação do gasto com saúde no PIB.²⁸

26 FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Vol. 52, n.º 1, 2009.p. 225.

27 BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil**. Nota Técnica n.º 28/2016. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Disponível em < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf > Acesso em 17.12.16.

28 Idem, p. 9.

Ainda, se examinada a vinculação ao PIB ou IPCA ao longo de 20 anos, considerando uma média de crescimento de PIB na casa de 2% ao ano, estima-se uma perda na saúde de cerca de 654 bilhões de reais acumulada no período.²⁹ Quanto melhor o desempenho da economia brasileira nos próximos 20 anos, maiores serão as perdas no Orçamento da Saúde em virtude da mudança do indexador. O único cenário em que o IPCA preponderaria em relação ao PIB é no caso de não haver crescimento econômico durante os 20 anos e com a aplicação de 15% das receitas correntes líquidas ao ano, ou seja, algo improvável.

Em quarto lugar, o Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia (IBGE) apresentou estudo de projeção da população brasileira, que demonstrou a possibilidade de crescimento positivo até 2042, com cerca de 228 milhões de habitantes. Levando em consideração o período de vigência da EC nº 95/2016, em 2036 a população será de cerca de 226 milhões de habitantes³⁰. Com o crescimento populacional e a adoção de novos parâmetros para a variação do gasto em saúde, estima-se que o gasto *per capita* em 2036 será de R\$ 411. Em sentido oposto, se mantido o regime da EC nº 86/2015 e o crescimento do PIB em 0,0%, o gasto *per capita* em 2036 seria de R\$ 460, podendo ser maior em caso de crescimento do PIB³¹.

Em quinto lugar e em conformidade com o argumento anterior, o Novo Regime Fiscal implica na desobrigação por parte dos governos a investir em saúde pública em caso de crescimento econômico. Ainda que a economia brasileira “saia do vermelho”, não há nenhuma vinculação do nível de investimento em saúde ao crescimento do PIB. Encaminha-se, rapidamente, para o aprofundamento das iniquidades no acesso à saúde no Brasil.

Neste cenário, o Administrador Público obriga-se a realizar escolhas trágicas na efetivação do direito prestacional à saúde, ou seja, decisões em que a alocação de recursos em um determinado programa representa a não alocação em outro programa governamental de saúde.³² Nas palavras de Calabresi e Bobbitt, “the

29 Ibidem, p. 12.

30 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 20.12.2016.

31 BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá; VIEIRA, Fabíola Sulpino, op. cit.

32 CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices: the conflicts society in the allocation of tragically scarce resources**. New York: Norton & Company, 2000. p. 19.

progression from attempt to desperate attempt to avoid tragedy that forms the sequence of decision in the tragic choices”³³ caracteriza as escolhas trágicas. São essas escolhas que necessariamente deixarão desamparada parte da população na efetivação do direito prestacional à saúde.

Conclui-se que: a) a EC nº 95/2016 altera a forma de indexação e o financiamento do direito à saúde; b) que o novo indexador compromete a ampliação e a manutenção dos serviços no âmbito da saúde pública gerando, ao longo do período de vigência, uma diminuição do gasto público *per capita* no Brasil; c) a escassez de recursos levará a escolhas trágicas e ao aprofundamento das desigualdades no acesso à saúde no Brasil. Na seção seguinte, passa-se a analisar a progressividade do direito social à saúde.

3. A PROGRESSIVIDADE – PROIBIÇÃO DE RETROCESSO – DOS DIREITOS SOCIAIS

Nesta seção, pretende-se demonstrar que, se consideradas verdadeiras as premissas das seções 2 e 3 da presente pesquisa, o art. 110, II do ADCT carece de constitucionalidade por violar a progressividade do direito prestacional à saúde e a proibição de retrocesso. Para tanto, a seguir ressalta-se a presença da progressividade na Constituição da República e a sua violação pela EC nº 95/2016.

O Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)³⁴, que passou ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992. O PIDESC, que data de 1966, é fruto dos desdobramentos dos princípios da Carta das Nações Unidas e decorrência, segundo o texto do preâmbulo, da necessidade de assegurar a dignidade inerente à pessoa humana.

Ao ser internalizado, o PIDESC adquire efeito de norma constitucional estabelecendo uma série de deveres ao Estado brasileiro na esfera dos direitos

33 “A progressão de tentativa para tentativa desesperada de evitar uma tragédia forma a sequência da decisão nas escolhas trágicas” (tradução nossa). *Ibidem*, p. 21.

34 BRASIL. **Decreto nº 591/1992**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 04.01.17.

fundamentais sociais. Sobre o tema há a importante contribuição do Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade:

O disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição brasileira de 1988: se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.³⁵

No mesmo sentido, a dogmática brasileira e a doutrina não descartam a possibilidade da existência de direitos fundamentais que não estão incluídos no catálogo constitucional³⁶, mas que ainda assim podem ser considerados de forma implícita³⁷, como é o caso do art. 2º, item 1 do PIDESC. Além disso, a progressividade dos direitos sociais e a proibição de retrocesso são corolários do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República), inerentes

35 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 498. Embora não se trate de tema tomado de univocidade, a perspectiva que se pauta a pesquisa tem sustentação na doutrina pátria a qual, por questões epistemológicas, é adotada. No mesmo sentido aqui esposado: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631. Ademais, no mesmo sentido: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

36 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 75.

37 Uma vez que “[a]s normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, *conjunto de normas*. O conjunto das *disposições (textos, enunciados)* é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O *significado* (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: *o significado da norma é produzido pelo intérprete*” (grifos do autor). GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 85. No mesmo sentido: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 33-34. GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 8-9. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 43-44.

à ideia da força normativa da Constituição e do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais sociais³⁸.

Segundo art. 2º, item 1 do PIDESC, os Estados signatários assumem o dever de adotar medidas para implementar progressivamente os direitos reconhecidos no pacto:

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.³⁹

Esse artigo é interpretado como uma cláusula de progressividade ou proibição de retrocesso dos direitos constantes no PIDESC, dentre eles o direito à saúde (art. 12), de forma a assegurar a sua realização progressiva. Entende-se que tal regime aplica-se ao direito à saúde no Brasil, obrigando o Estado a não adotar medidas e políticas ou mesmo mudanças no âmbito legislativo que possam eventualmente piorar a situação dos indivíduos.⁴⁰ É o mesmo entendimento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, em suas próprias palavras:

Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.⁴¹

38 SARLET, Ingo Wolfgang. La prohibición de retroceso en derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 345-346.

39 Idem.

40 PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Madrid: Trotta, 2007. p. 62.

41 “Além disso, quaisquer medidas deliberadamente regressivas, nesse aspecto, exigiriam a consideração mais cuidadosa e precisam ser plenamente justificadas por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da plena utilização dos recursos disponíveis máximos” (tradução nossa). Comentário ao art. 2º do PIDESC. United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment n.º 3**. Item n.º 9. Disponível em < <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm3.htm> > Acesso: 27.02.14

Na doutrina⁴², a ideia que permeia os princípios é perfeitamente resumida por Gerardo Pisarello ao dizer que a proibição de regresso significa que o direito prestacional à saúde, quando regulado pelo Poder Executivo – que estabelece as prestações por meio de políticas públicas – introduz um núcleo essencial, intangível, de necessidades básicas que o legislador não deve modificar em um sentido regressivo⁴³. Isso representa, de uma maneira geral, uma situação menos favorável ao titular do direito.

Nesse sentido, Christian Courtis aponta dois caminhos possíveis à aplicação da progressividade (proibição do retrocesso): 1) ligado aos resultados de uma política pública (regressividade de resultados)⁴⁴, caso em que os resultados das políticas públicas ficam abaixo da expectativa inicial, apontando retrocesso em relação ao cenário inicial; 2) ligado ao chamado retrocesso normativo, em relação à extensão dos direitos concedidos por uma norma.

Na perspectiva normativa não há um exame fático, mas uma comparação com a norma que substitui e uma avaliação que suprime, limita ou restringe direitos ou benefícios concedidos anteriormente⁴⁵. Ambos os sentidos propostos por Courtis são abarcados pelo PIDESC. Em relação à regressividade dos resultados de políticas públicas, é possível estabelecer indicadores que apontem índices de satisfação, por exemplo, em relação aos serviços de saúde⁴⁶.

O exame que se pretende fazer aqui é em relação ao retrocesso normativo que o art. 110, II do ADCT impõe ao direito prestacional à saúde. Por certo, a progressividade não impede que sejam revistas políticas públicas de saúde, porém não autoriza um “cheque em branco” ao legislador⁴⁷. O resultado é que toda a modificação na Constituição da República deverá redundar numa maior proteção ao direito à saúde⁴⁸. Trata-se de um dever que impõe a obrigação

42 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 475. Amplamente, SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ARANGO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Bogotá: Legis, 2012.

43 PISARELLO, Gerardo, op. cit., p. 63.

44 COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 3-4.

45 COURTIS, Christian, op. cit., p. 4.

46 Ibidem, p. 5.

47 PISARELLO, Gerardo, op. cit., 2007, p. 66.

48 Idem.

concreta da realização do máximo de esforços e recursos, inclusive financeiros, para a satisfação de um conteúdo mínimo do direito fundamental.⁴⁹

Com base nos arts. 196 e seguintes da Constituição da República e nas Emendas à Constituição nº 86/2015 e 95/2016, procura-se evidenciar se a alteração normativa, no campo do financiamento da saúde, viola a cláusula de progressividade (e retrocesso) do direito prestacional à saúde, o que se faz por meio da apresentação de tabelas comparativas.

Tabela 1: Forma de financiamento da saúde pública no Brasil anterior à EC nº 95/2016.

Conteúdo essencial	Forma normativa de financiamento
<p>(1) Acesso a todos ao Sistema Único de Saúde.</p> <p>(2) A prestação dos serviços é dever do Estado.</p> <p>(3) O Estado deve definir políticas públicas para sua efetivação.</p> <p>(4) A saúde deve ser interpretada na sua integralidade.</p> <p>(5) O acesso aos serviços é universal e o acesso é igualitário.</p>	<p>(1) A União garante o escalonamento, entre os anos de 2016 até 2020, da aplicação de um percentual de receita corrente líquida, alcançando, ao final, os 15% do art. 198, §2º, I da Constituição da República, conforme o art. 2º da EC 86/2016 e distribuídos da seguinte maneira:</p> <p>(1.1) 13,2% da receita corrente líquida em 2016;</p> <p>(1.2) 13,7% da receita corrente líquida em 2017;</p> <p>(1.3) 14,1% da receita corrente líquida em 2018;</p> <p>(1.4) 14,5% da receita corrente líquida em 2019;</p> <p>(1.5) 15% da receita corrente líquida em 2020.</p> <p>(2) A previsão orçamentária de despesas na área da saúde não deve ser inferior ao valor empenhado no exercício financeiro anterior e deve receber um aumento, no mínimo, de acordo com a variação do PIB em relação à União (art. 5º da Lei Complementar nº 141/2012).</p>

Fonte: O autor.

49 Idem. QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 72-73. Sobre a aplicação jurisprudencial da progressividade e da regressividade recomendam-se as seguintes leituras: SUNSTEIN, Cass R. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 12. ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others**. Case CCT 11/00. Disponível em <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19media.pdf>> Acesso: 12.12.13. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-571/95**. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-571-95.htm>> Acesso: 10.10.14. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-236/98**. Disponível <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-236-98.htm>> Acesso: 10.10.14. COLÔMBIA. Corte Constitucional. **SU-225/98**. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su225-98.htm>> Acesso: 10.10.14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.068.731/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 08.03.12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197/MS**. Rel. Min. Humberto Martins. DJ 16.09.09. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.409.527/RJ**. Rel. Min. Humberto Martins. DJ 18.10.13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.136.549/RS**. Rel. Min. Humberto Martins. DJ 21.06.10. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 811.608/RS**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 04.06.07. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1.744/SC**. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 26.08.13.

Na Tabela 1, que ilustra o regime anterior à EC nº 95/2016, o dever de progressividade normativo é cumprido ao garantir um investimento contínuo e ascendente⁵⁰ no campo do financiamento da saúde. Além disso, assegura que, no caso de crescimento econômico, exista a vinculação dos Poderes Executivos e Legislativos para o incremento do orçamento da saúde. No entanto, o “Novo Regime Fiscal” apresenta uma nova fórmula normativa para o financiamento da saúde.

Tabela 2: Forma de financiamento da saúde pública no Brasil com base na EC nº 95/2016.

Conteúdo essencial	Forma normativa de financiamento
(1) Acesso a todos ao Sistema Único de Saúde.	(1) Os gastos constitucionais obrigatórios em saúde são mantidos, contudo a sua recomposição será feita levando em consideração o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), conforme o art. 110, II da ADCT.
(2) A prestação dos serviços é dever do Estado.	(2) O Novo Regime Fiscal é dúbio, pois não deixa claro, no caso da saúde, se há a revogação do escalonamento previsto pela EC n.º 86/2015 e qual será o percentual mínimo a ser aplicado a partir de 2017. Não fica evidenciado se será aplicado o percentual de 13,2% ou 15%.
(3) O Estado deve definir políticas públicas para sua efetivação.	(3) O Novo Regime Fiscal tem um período de vigência de 20 exercícios financeiros.
(4) A saúde deve ser interpretada na sua integralidade.	
(5) O acesso aos serviços é universal e acesso igualitário.	

Fonte: O autor.

Considerada a Tabela 2, é perceptível, com base nos dados trabalhados na seção 3, que a alteração normativa na forma de financiamento da saúde pública no Brasil estabelece uma situação mais prejudicial aos usuários do serviço. Além de ser obtusa em relação à EC nº 86/2015 e de desvincular o Legislador e o Executivo do crescimento econômico do Brasil, desconsidera os dados demográficos que apontam um decréscimo do valor *per capita* investido em saúde.

A existência de uma crise econômica no Brasil não deve justificar qualquer atentado à Constituição⁵¹. O contexto de crise é um espaço para reforçar a importância dos direitos sociais na construção de um Estado sem desigualdades. As palavras do Prof. João Loureiro reforçam o argumento: “E, mesmo argumentando-se que está em causa a ‘salvação de uma vida humana’, adverte-se que ‘o princípio econômico se sobrepõe a tudo’ e que importa atrair capitais estrangeiros.”⁵²

50 SOARES, Hector Cury. **A justiciabilidade do direito prestacional à saúde e os critérios para o controle jurisdicional à luz da Constituição Federal de 1988**. Tese de doutorado, mimeo, UFRGS, 2014. p. 125-126.

51 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais a Prestações em Tempos de Crise. **Espaço Jurídico Journal of Law**. v.15, n. 2, p. 271-284, jul./dez. 2014. p. 278-279.

52 LOUREIRO, João Carlos, op. cit., p. 11.

Nesse sentido, conclui-se que: a) o Brasil incorporou a sua Constituição a cláusula de progressividade (e proibição de retrocesso) no campo dos direitos fundamentais sociais; b) o art. 110, II do ADCT estabelece, normativamente, uma forma de financiamento à saúde que implica em violação à cláusula de progressividade, carecendo, portanto, de constitucionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É pauta recorrente dos Poderes Executivo e Legislativo a resistência à efetivação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República. Desde a Assembleia Constituinte (1987-1988), declarações, como a do então Presidente da República José Sarney, em 25 de novembro de 1987, ao jornal "O Globo": "Constituição tornará País ingovernável"⁵³, retratam a relutância em assegurar os direitos sociais no país. Sarney referia-se aos graves problemas sociais do país e de como a imposição de uma agenda de direitos prestacionais traria dificuldade para se governar.

Quando Fernando Collor de Mello (1990-1992) assumiu a Presidência da República do Brasil, encontrou o país submerso na chamada hiperinflação e, com apoio do Fundo Monetário Internacional (FMI), deu início a uma série de tentativas fracassadas de controle econômico do país, muitas vezes de forma ortodoxa e violenta. Por consequência, houve a necessidade de ajuste fiscal, na tentativa de reduzir drasticamente o gasto público, confrontando-se o programa constitucional ao programa neoliberal⁵⁴. Ainda na década de 90, o governo Fernando Henrique Cardoso, pautado pela agenda neoliberal, propôs 18 Emendas à Constituição que representaram retrocesso em termos de direitos fundamentais sociais.⁵⁵

53 Sarney: Constituição tornará País ingovernável. **O Globo**. Rio de Janeiro, p. 6, 25 nov. 1987.

54 Bresser-Pereira faz a distinção entre ultraliberalismo e neoliberalismo, tentando distinguir o praticado pelos Governos Tatcher e Reagan ao praticado no Brasil. Para o autor, nos países do norte, houve uma experiência ultraliberal que, de fato, quer reduzir o Estado ao mínimo, quanto nos países do sul ter-se-ia um neoliberalismo com fortes traços populistas. O ultraliberalismo é profundamente pessimista e individualista, com relação à cooperação social e à ação coletiva. *Idem*, p.275-276. Em contrapartida: SADER, Emir. **A Nova Toupeira: os caminhos da esquerda latino-americana**. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 62.

55 COUTO, Cláudio Gonçalves Couto; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 21, nº 61, 2006. p. 51.

No governo ilegítimo de Michel Temer (2016) é lançado, como base para o seu governo, um documento chamado “Uma Ponte para o Futuro”⁵⁶ que, em suma, retoma o ideário neoliberal e estabelece um severo ajuste fiscal ao Brasil. Efetivamente, representa a desregulamentação de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República.

A relação do dito, à guisa de considerações finais com o tema esposado na pesquisa, é bem simples: existe uma “ponte” entre a política institucional e a Constituição da República. E, para que a política institucional neoliberal possa prosperar, é preciso penalizar os direitos fundamentais sociais. É exatamente dentro dessa perspectiva que surge o “Novo Regime Fiscal” (Emenda à Constituição nº 95/2016).

Entretanto, pode-se perceber ao longo do texto que, para além de diatribes políticas que visam desconstruir o Estado Democrático de Direito, há também questões dogmático-jurídicas que são atravessadas pela EC nº 95/2016. Uma delas é o art. 110, II do ADCT, pois ao ser estabelecido um novo indexador para os gastos públicos em saúde, o IPCA, os Poderes Executivo e Legislativo criam uma situação normativa mais prejudicial aos destinatários do direito prestacional à saúde.

Como visto, os dados demográficos e as estimativas econômicas apontam para um retrocesso em termos de efetivação do direito prestacional à saúde com a perspectiva de crescimento populacional e o encolhimento do gasto *per capita* com a saúde pública. Esse retrocesso representa violação à cláusula de progressividade do direito prestacional à saúde, conforme art. 2, item 1 e art. 12 do PIDESC. Deve ser considerada, para tanto, a incorporação às normas constitucionais de forma implícita ou pela ratificação de um tratado que verse acerca de matéria de direitos humanos, respectivamente, art. 5º, parágrafos primeiro e segundo da Constituição da República.

Além disso, da análise dos dispositivos constitucionais anteriores e posteriores à EC nº 95/2016, é criada uma forma de financiamento mais prejudicial

56 PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO (PMDB). **Uma Ponte para o Futuro**. Disponível em: < http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf>. Acesso em: 12.01.17.

e incapaz de atender normativa e faticamente ao regime jurídico estabelecido nos arts. 196 e seguintes da Constituição da República.

Portanto, conclui-se que a Constituição da República e o Estado Social brasileiro não devem ficar sujeitos às mudanças políticas. O exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador não torna a Constituição e os direitos fundamentais sociais livremente alteráveis. Nesse sentido, o art. 110, II do ADCT viola a progressividade e a proibição de retrocesso no campo do direito prestacional à saúde e, como decorrência, viola os arts. 196 e 198 da Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **The Government of the Republic of South Africa and others v. Irene Grootboom and others**. Case CCT 11/00. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19media.pdf>> Acesso: 12.12.13.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARANGO, Rodolfo. **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**. Bogotá: Legis, 2012.

_____. Los derechos sociales en iberoamérica: estado de la cuestión y perspectiva de futuro. **Cuadernos electrónicos de Derechos Humanos y Democracia**. n.º 5, fev., 2010. Disponível em <http://www.portalfio.org/inicio/archivos/cuadernos_electronicos/numero_5/1_%20Los%20derechos%20sociales%20en%20Iberoam%C3%A9rica.pdf> Acesso: 08.12.13.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o Financiamento do Sistema Único de Saúde e para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil**. Nota Técnica nº 28/2016. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf>. Acesso em: 17.12.16.

BRASIL. Câmara de Deputados. **Projeto de Emenda Constitucional nº 241/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F5C083035789ECDE0FD8C1445955C192.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016>. Acesso em: 12.01.2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02.12.13.

BRASIL. **Decreto nº 591/1992**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 04.01.17.

BRASIL. Diário Oficial da União. **Emenda à Constituição nº 95/2016**. Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/12/2016&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=368>>. Acesso em: 16.12.16.

BRASIL. **Emenda à Constituição nº 86/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm>. Acesso em: 17.12.16.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 141/2012**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm>. Acesso em: 10.01.14.

BRASIL. **Lei Orgânica da Saúde (LOS)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 03.12.13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.136.549/RS**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 21.06.10.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 1.744/SC**. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 26.08.13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.041.197/MS**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 16.09.09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.068.731/RS**. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ. 08.03.12.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.409.527/RJ**. Rel. Min. Humberto Marins. DJ 18.10.13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 811.608/RS**. Rel. Min. Luiz Fux. DJ 04.06.07.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices: the conflicts society in the allocation of tragically scarce resources**. New York: Norton & Company, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-571/95**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-571-95.htm>>. Acesso em: 10.10.14.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-236/98**. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-236-98.htm>>. Acesso em: 10.10.14.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **SU-225/98**. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su225-98.htm>> Acesso em: 10.10.14.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

COUTO, Cláudio Gonçalves Couto; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 21, nº 61, 2006.

FABRE, Cécile. **Social Rights under the Constitution. Government and decent life**. Oxford: Oxford, 2004.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Vol. 52, n.º 1, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 2000.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 20.12.2016.

JUNIOR, Alceu Maurício. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** Coimbra: Coimbra, 2010.

MARTINS, Marcelo Guerra. As vinculações das Receitas Públicas no Orçamento. A desvinculação das receitas da união (DRU). As contribuições e a referebilidade. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. **Orçamentos Públicos e Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos Direitos. In: NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudo sobre os direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. **O dever fundamental de pagar impostos**. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Lisboa: Almedina, 1998.

PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO (PMDB). **Uma Ponte para o Futuro**. Disponível em: < http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf>. Acesso em: 12.01.17.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Madrid: Trotta, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SADER, Emir. **A Nova Toupeira: os caminhos da esquerda latino-americana**. São Paulo: Boitempo, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais a Prestações em Tempos de Crise. **Espaço Jurídico Journal of Law**. v.15, n. 2, p. 271-284, jul./dez. 2014.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. La prohibición de retroceso en derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis. In: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

Sarney: Constituição tornará País ingovernável. **O Globo**. Rio de Janeiro, p. 6, 25 nov. 1987.

SHULTZ, Jim. **Promises to Keep: using public budgets as a tool to advance economic, social and cultural rights**. México: Ford Foundation and FUNDAR – Center for Analysis and Research, 2002. Disponível em: < <http://www.internationalbudget.org/themes/ESC/FullReport.pdf>>. Acesso em: 02.02.14.

SOARES, Hector Cury. Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**. v. 16, n. 2, p. 29-51, jul./out. 2015.

_____. **A justiciabilidade do direito prestacional à saúde e os critérios para o controle jurisdicional à luz da Constituição Federal de 1988**. Tese de doutorado, mimeo, UFRGS, 2014.

_____. O direito ao fornecimento gratuito de medicamentos e políticas públicas: tensões entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. **Revista Âmbito Jurídico**. n. 76, maio de 2010.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/www.inverbis.com.br?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7748&revista_caderno=4>. Acesso em 14.12.16.

SUNSTEIN, Cass R. Direitos Sociais e Econômicos? Lições da África do Sul. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e Direitos Fundamentais**. Vol. I, tomo II, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito tributário e financeiro (O Orçamento na Constituição)**. Vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment n.º 3**. Item n.º 9. Disponível em: < <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm3.htm> >. Acesso em: 27.02.14.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2012.

