

---

## **PARECER PLENÁRIO n. 00001/2019/CNU/CGU/AGU**

---

**NUP: 80050.001190/2015-11(Principal).** Apensos: 46000001457/2016-16; 59610000054/2016-38; 00400000054/2016-38; 00036001392/2016-92; 00688000068/2016-82; 58000000147/2016-55; 4797500012/22016-18

**INTERESSADOS: SECRETARIA EXECUTIVA - MCID E OUTROS.**

**ASSUNTOS: INTERPRETAÇÃO DE EXPRESSÃO "INDEPENDERÁ DA ADIMPLÊNCIA", CONTIDA NO § 13 DO ART. 166 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS (EPIs). EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 86/2015. § 13 DO ART. 166 DA CF/88. EXPRESSÃO "INDEPENDERÁ DA ADIMPLÊNCIA". ALCANCE DA NORMA. INTERPRETAÇÃO PELA CNU.

I - O disposto no § 13 do art. 166 da CF/88 trata-se de norma de aplicabilidade imediata, embora de eficácia contida, nos termos do inciso III do § 9º do art. 165 da Constituição Federal.

II - As EPIs não podem ser enquadradas de forma geral e excludente na figura das transferências obrigatórias, e tampouco na figura das transferências voluntárias, porque tais emendas impositivas atraem elementos jurídicos das duas figuras e, portanto, configuram um terceiro tipo, de natureza *sui generis*.

III - As EPIs que se insiram no percentual destinado a 'ações e serviços públicos de saúde', ao serem pelo § 10 do art. 166 da CF/1988 associadas ao inciso I do §2º do art. 198 da CF/1988, acabam por integrar esses 0,6% ao percentual obrigatório de destinação de 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro a tais ações e serviços, tornando-se obrigatórias a fundamento constitucional autônomo.

IV - O caráter normativo cogente da expressão "independentará da adimplência", inserta no § 13 do art. 166 da CF/88, não pode ser excepcionado de alguma forma por lei ou ato normativo.

V - A expressão "independentará da adimplência" do § 13 do art. 166 da CF/88 não pode ser excepcionada por dispositivo constitucional anterior à sua vigência.

---

## I - RELATÓRIO

---

Trata-se de demanda encaminhada à CNU/CGU ao fundamento da norma do inc. II, c.c. o disposto no inc. IV do § 1º, todos do art. 7º do Ato Regimental AGU nº 1 de 04/02/2016[1](DOU de 05/02/2016).

O questionamento jurídico teve origem na indagação da CONJUR/MCID, sobre a "**necessidade ou não de conferência da regularidade junto ao CAUC[2]no caso das Emendas impositivas**", quando da análise de convênios custeados com recursos orçamentários decorrentes de emendas parlamentares individuais. Houve solicitação de remessa da dúvida ao DECOR. (vide PARECER Nº 00567/2015/CONJUR-MCID/CGU/AGU, e consequente DESPACHO Nº 03628/2015/CONJUR-MCID/CGU/AGU, Seq. 3).

Num primeiro momento, o Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR/CGU/AGU) consignou a existência de mais outra demanda pendente de análise (da CONJUR/ME) que versava sobre o mesmo objeto (NUP 58000.000147/2016-55, apensado aos autos deste processo), mas, visto sob o prisma da **prejudicialidade** decorrente da suposta "**ausência de eficácia da norma constitucional**". Consignou, outrossim, demanda da Secretaria-Executiva do então MPOG suscitando questão conexa, "**em relação ao enquadramento de todas as emendas individuais impositivas na condição de transferências obrigatórias**" (NUP 0040000054/2016-38, apensado aos autos deste processo). Por conseguinte, o DESPACHO Nº 00008/2016/DECOR/CGU/AGU de 26.1.2016, encaminhou o expediente à CONJUR/MP, à PGFN, à ASJUR/CGU e à SAJ/PR com o intuito de colher o entendimento destas Consultorias Jurídicas a respeito de **duas questões** consignadas na COTA Nº 00009/2016/DECOR/CGU/AGU (Seq. 8), a saber: (i) "*a compatibilidade, ou não, do art. 3º da Portaria Interministerial MP/MF/CGU/SRI/PR nº 311/2015 com o disposto no § 13 do art. 166 da CF*" e (ii) "*a eficácia (plena, contida ou limitada) da norma constitucional insculpida no § 13 do art. 166 da CF, considerando o previsto nos §§ 9º e 11 do referido artigo, o preceituado no inciso III do § 9º do art. 165 da CF, bem como o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 86/2015*".

Em resposta, a CONJUR/MP encaminhou o PARECER Nº 00102/2016/MAA/CGJAN/CONJUR-MP/CGU/AGU, de 2.2.2016 (Seq. 12), assim ementado:

*"I - Questionamentos da Consultoria-Geral da União acerca da compatibilidade do art. 3º da Portaria Interministerial 311/2015 com o disposto no art. 166, §13, da Constituição Federal e da eficácia das normas introduzidas na Carta Magna pela Emenda Constitucional 86/2015.*

*II - Esta Consultoria Jurídica entende que as normas introduzidas pela EC 86/2015 somente devem ser aplicadas ao exercício financeiro seguinte, uma vez*

que a emenda foi promulgada quando já iniciado o ciclo orçamentário: Parecer nº 00465/2015/PFF/CGJQE/CONJUR-MP/CGU/AGU.

*III - As disposições relativas à execução obrigatória de emendas individuais ao projeto de lei orçamentária têm eficácia imediata, podendo a lei complementar de que trata o art. 165, §9º, III, da Constituição estabelecer procedimentos específicos.*

*IV - Pela restituição dos autos à Consultoria-Geral da União."*

A PGFN/AGU respondeu nos termos do PARECER Nº PGFN/CAF/Nº 520/2016, de 13.4.2016 (Encaminhado pelo Ofício nº 987/PGFN/CAF, de 13.4.2016, Seq, 15), cuja ementa se segue:

*"1. Eficácia limitada da sistemática de orçamento impositivo engendrada pela EC. Necessidade de Lei Complementar prevista pelo art. 165, § 9º, III, da Constituição Federal para funcionamento da metodologia.*

*2. Possibilidade factual de execução obrigatória das ações orçamentárias relacionadas com emendas parlamentares individuais, em face do disposto no art. 9º, § 2º, da Lei Complementar nº 101, de 2000.*

*3. Com a sistemática trazida pela EC nº 86, de 2015, ainda não tem eficácia, o disposto no art. 3º da Portaria Interministerial MP/MF/CGU/SRI nº 311, de 2015, está condizente com a normatização (art. 195, §3º, Constituição Federal, art. 25, § 1º, IV, "a", da Lei Complementar nº 101, de 2000; art. 29 c/c 116, todos da Lei nº 8.666, de 1993) que exige prévia regularidade fiscal para transferências voluntárias."*

A SAJ/PR respondeu nos termos da NOTA SAJ nº 278/2016, de 10.2.2016, (Seq 1 do NUP 00688.000068/2016-82, apenso), e concluiu em seu parágrafo 14, *verbis*:

*"(i) que há total compatibilidade jurídica entre as prescrições do art. 3º da Portaria nº311, de 2015, com o §13 do art. 166 da Constituição;*

*(ii) que a norma prevista no § 13 do art. 166 da Constituição é de eficácia plena, a partir do exercício orçamentário de 2016."*

A ASJUR/CGU , não encaminhou o seu posicionamento na ocasião.

Num segundo momento, infere-se que após detida análise das manifestações jurídicas encaminhadas, o DECOR/CGU emitiu o r. PARECER 00016/2016/DECOR/CGU/AGU, em 13.5.2016 (Seq. 22, aprovado pelo DESPACHO Nº 00170/2016/DECOR/CGU/AGU, de 1.7.2016), cuja ementa segue reproduzida:

**"EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 86/2015. § 13 DO ART. 166 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS PARA OUTROS ENTES FEDERATIVOS. EMENDA PARLAMENTAR INDIVIDUAL**

**IMPOSITIVA. (DES)NECESSIDADE DE ADIMPLÊNCIA DO ENTE DESTINATÁRIO.**

*I - O § 13 do art. 166 da CF não era aplicável no exercício financeiro de 2015, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 86/2015, que introduziu o referido dispositivo à Constituição Federal, só entrou em vigor, inovando no disciplinamento do tema, após o início da execução do ciclo orçamentário referente a 2015, de modo que, no referido exercício financeiro, a realização de transferências, da União a outros entes federativos, de recursos advindos de emendas parlamentares individuais impositivas dependia da adimplência do ente destinatário.*

*II - A sistemática do "orçamento impositivo", trazida pela Emenda Constitucional nº 86/2015, tem aptidão para produzir os respectivos efeitos, independentemente da edição da lei complementar, a que se refere o inciso III do § 9º do art. 165 da CF, de modo que, aliado ao entendimento externado no item I acima, o § 13 do art. 166 da CF se aplica a partir do exercício financeiro de 2016, ocasião em que a realização de transferências, da União a outros entes federativos, de recursos advindos de emendas parlamentares individuais impositivas passou a independe da adimplência do ente destinatário; e*

*III - Recomenda-se a alteração da Portaria Interministerial MP/MF/CGU/SG-PR nº 39/2016, a fim de esclarecer as implicações da incidência do § 13 do art. 166 da CF a partir do exercício financeiro de 2016, nas transferências, da União para outros entes federativos, de recursos oriundos de emendas parlamentares individuais impositivas, no sentido tanto de viabilizar a operacionalização da novidade legislativa em foco no âmbito da Administração Pública Federal, quanto de atribuir segurança jurídica ao tema, sem prejuízo de outras eventuais modificações em atos normativos infralegais diversos aplicáveis à questão."*

O entendimento jurídico firmado pelo DECOR/CGU/AGU na ocasião, em síntese, foi no sentido (i) da inaplicabilidade do disposto no § 13 do art. 166 da CF/88 no exercício financeiro de 2015; (ii) da eficácia plena da normatividade constitucional advinda da Emenda Constitucional nº 86/2015; e (iii) que seria dispensável a adimplência do ente federativo destinatário a partir do exercício financeiro de 2016. Outrossim, recomendou a alteração da Portaria Interministerial MP/MF/CGU/SG-PR nº 39/2016 e, ante a natureza do objeto da consulta, sugeriu dar ciência à Comissão Permanente de Convênios e Instrumentos Congêneres (CPCIC), o que foi acolhido pelo DESPACHO nº 00170/2016/DECOR/CGU/AGU (1º.7.2016), do Diretor do DECOR/AGU/AGU, com destaque para "**a relevância do tema e de seus possíveis desdobramentos em outras questões jurídicas igualmente relevantes, como a relacionada à interpretação do termo "adimplência" contido no § 13 do art. 166 da Constituição**". Houve aprovação do Exmo. Consultor-Geral da União, por meio do DESPACHO DO CONSULTOR GERAL DA UNIÃO Nº 405/2016 (21.7.2016), assim como do Exmo. ADOGADO-GERAL DA UNIÃO (todos na Seq. 22).

Instado na forma sugerida no PARECER Nº 16/2016/DECOR/CGU/AGU, o i. Coordenador da CPCIC solicitou, *a priori*, a manifestação das Consultorias

Jurídicas do MPDG e MTE, além da PGFN quanto ao alcance da expressão "*independará da adimplência*", inserta no § 13 do art. 166 da CF/88, considerando-se (i) "as condições previstas no art. 38 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011" e (ii) "a natureza jurídica do FGTS", do que retornaram as seguintes respostas:

a) CONJUR/MPDG: encaminhou o PARECER Nº 996/2016/PFF/CGJOE/CONJUR-MP/CGU/AGU, de 25.8.2016 (Seq. 45), que concluiu no sentido que a expressão "*independará de adimplência do ente federativo destinatário*" do § 13 do art. 166 da CF/88 abrange "*toda e qualquer situação que acarrete inadimplência do ente federativo, incluída aí as condições enumeradas nos incisos do art. 38 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, assim como o FGTS (Art. 38, inciso VI da referida Portaria)*";

b) CONJUR/MTE: encaminhou o PARECER Nº 584/2016/CONJUR-MTE/CGU/AGU, de 2.9.2016 (Seq. 55), que concluiu no sentido que a ampla aplicabilidade da norma do § 13 do art. 166 da CF/88, não pode ser limitada pela imposição da condição de regularidade do FGTS do ente federativo destinatário da EPI;

c) PGFN encaminhou o PARECER/PGFN/CAF/Nº 1498/2016, de 4.10.2016 (Seq. 64), que concluiu no sentido que a expressão "*independará de adimplência do ente federativo destinatário*" do § 13 do art. 166 da CF/88 significa que os entes federativos destinatários das EPIs estão dispensados do cumprimento das condições elencadas nos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII do art. 38 da PI CGU/MF/MP nº 507/2011, todavia, deverão cumprir as demais condições previstas no referido art. 38.

Anote-se que um membro da Comissão Permanente de Convênios e Instrumentos Congêneres-CPCIC, a i. Dra. Natália Resende Andrade, encaminhou o posicionamento do Ministério da Integração Nacional-MIN, materializada no parecer de sua autoria, Nº 675/2016/CONJUR-MIN/CGU/AGU, de 25.10.2016, que, ao final, concluiu que o termo "*independará da inadimplência do ente federativo destinatário*" deve ser interpretado de forma a "**assegurar a máxima efetividade da norma constitucional**", razão pela qual, abarcaria todas as 'condições de adimplência' enumeradas no art. 38 da PI CGU/MF/MP nº 507/2011.

Com o retorno da questão junto à CPCIC, após instaurado intenso debate, o colegiado deliberou na sessão de 25.1.2017, por maioria de votos, que, em suma, (i) a interpretação do termo "*inadimplência*" deve considerar a possibilidade de restrições normativas; e (ii) que tais restrições seriam apenas aquelas previstas da CF/88. Também se propôs o encaminhamento da matéria à Câmara Nacional de Uniformização da AGU (Seq. 68). A deliberação foi aprovada pelo r. DESPACHO Nº 0003/2017/CGOR/CGU/AGU, de 6.4.2017 (Seq. 69). Anote-se que este subscritor, como membro da CPCIC, acompanhou a posição vencida no item "i", e votou no item "ii" com a posição que prevaleceu, no sentido que "*apenas norma constitucional (taxativamente sobre precatórios, limite de pessoal e contribuição previdenciária), poderia ser oposta contra a expressão 'independará de adimplência'*".

Por intermédio do r. DESPACHO Nº 123/2017/DECOR/CGU/AGU, de 7.4.2017 (Seq. 70), então, o Diretor do DECOR determinou, com espeque na norma do art. 7º, inciso II, e seu §1º, incisos I e II, todos do Ato Regimental nº 1, de 4 de fevereiro de 2016, **que a dúvida fosse submetida à CNU** imediatamente após a chegada da manifestação jurídica do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, para este órgão colegiado da Consultoria-Geral da União decidir acerca do alcance da expressão "*independará da adimplência*".

A seu turno, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União se pronunciou nos termos do PARECER Nº 00181/2017/CONJUR-CGU/CGU/AGU, de 28.5.2016 (Seq. 72), aprovado com ênfase pelo DESPACHO nº 00343/2017/CNJUR-CGU/CGU/AGU, e concomitantemente pelo DESPACHO nº 345/2017/CONJUR-CGU/CGU/AGU, ambos em 13.6.2017 (Seq. 73 e 74), cuja ementa segue abaixo colacionada, *verbis*:

**"EMENTA: EC 86/2015. ART. 166, §§ 9º a 13, da CFRB. EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS. ORÇAMENTO IMPOSITIVO.**

1) *A norma contida no art. 166, §§ 9º a 13, com o advento da EC 86/2015, é norma de eficácia contida, porém de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 4º, da própria emenda (efeitos a partir da execução orçamentária do exercício de 2014). Doutrina constitucional (Item II.3 deste parecer);*

2) *É obrigatória a transferência decorrente de emenda parlamentar individual, por se tratar de transferência prevista constitucionalmente (Item II.5 deste parecer);*

3) *A expressão "independará da adimplência do ente federativo", contida no § 13, do art. 166, da CRFB, demanda interpretação restritiva conforme a mens legislatoris (conciliação da execução impositiva das emendas com a necessária disciplina de responsabilidade fiscal). Pareceres da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (Item II.4 deste parecer);*

4) *Inobstante a natureza obrigatória da transferência, a sua execução depende da observância de requisitos constitucionais e de gestão fiscal. Transferência constitucional obrigatória de natureza sui generis, sujeita à verificação de requisitos que poderão ser regulamentados por meio de lei complementar (Item II.6, 75 e 76 deste parecer);*

5) *Inaplicabilidade da disciplina legal referente a transferências voluntárias;*

6) *Necessidade de os Poderes Legislativo e Executivo atuarem em harmonia e coordenação para fins de operacionalização da execução das transferências decorrentes desta espécie de emenda à lei orçamentária (Art. 2º, da CRFB c/c Art. 67, da LRF);*

7) *No caso de acolhimento do teor deste parecer pela Consultoria Geral da União, para fins de uniformização de entedimento, deve se observar a segurança jurídica no sentido de se impedir aplicação retroativa de nova interpretação (art. 2º, pu, XIII, da Lei 9.784/99)."(sic)*

Na sequência, adveio a r. COTA Nº 002/2017/3ª Turma-CNU-Decor-CGU/AGU (14/06/2017) - 2ª Distribuição (Seq. 75), com início dos trabalhos na Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos - CNU.

Pois bem, consoante os termos do parágrafo 4 da "COTA Nº 002/2017, registro que o procedimento adotado para o caso em análise procurou seguir as 'diretrizes de trabalho da CNU', consignada na Ata da 11ª Sessão da CNU/CGU, realizada em 29/3/2017:

[...]

**3.** Considerando ser o critério alfabético o regimentalmente estabelecido como norteador das distribuições internas ao colegiado e suas turmas-[5], e que no âmbito da 3ª Turma da CNU a primeira atribuição de processo foi efetuada ao Dr. André Luis Rodrigues de Souza-[6], promovo este expediente eletrônico ao **Dr. Carlos Freire Longato**, para as providências do § 3º do art. 9º e do inciso I do art. 11 do Ato Regimental AGU nº 01/2016-[7].

**4.** Ao ora fazê-lo, saliento a conveniência de observância do procedimento regulado nos arts. 8º a 11 (incisos I a III) do **Ato Regimental nº 01, de 04/02/2016**, e nos arts. 10, 11, 12 (§ 1º, 2º, caput e 3º) e 13 do **Regimento Interno da Câmara Nacional de Entendimentos Consultivos**, consoante as orientações do **Manual de Rotinas da CNU/CGU**, e o ajuste convencionado na **Ata da 11ª Sessão da CNU/CGU**, realizada em 29/03/2017, **verbis**:

**"[...]1) Proposição de nova metodologia de trabalho na CNU**

*O Presidente passou a palavra ao Dr. Bruno Costa, para exposição de proposta relativa à readequação da metodologia dos trabalhos da Câmara, tendo este sugerido os seguintes passos procedimentais:*

**a) Fase dos estudos de Relatoria** : *o integrante ao qual o expediente seja distribuído elabora apenas relatório, sem necessidade de parecer formal, porém assinalando desde logo as questões consultivas a serem debatidas, para cada qual formulando proposta(s) de quesitos iniciais, coligindo subsídios mínimos que lhes ofereçam coerente resposta e fundamentação jurídica, e levando à prévia ciência dos demais integrantes da Turma o relatório e o que mais reputar útil ao debate preliminar;*

**b) Fase dos debates em Turma** : *mediante trocas de mensagens, reunião presencial ou videoconferência provocadas pelo Coordenador, e após discussão desenvolvida a partir dos subsídios gerados pelo relator, eventualmente reformulam-se os tópicos, quesitos e elementos de fundamentação, lavrando-se Ata Preliminar com a delimitação da matéria e a posição inicial da Turma, a ser pelo Coordenador levada à ciência prévia de todos os integrantes do Plenário;*

**c) Fase da deliberação Plenária** : *mediante discussão desenvolvida a partir da relatoria e da delimitação trazida na Ata Preliminar, delibera-se pelo critério da maioria, colhendo-se votos individuais acerca do mérito de cada tópico ou*

questo e respectiva fundamentação, e consignando-se em ata os consensos suficientes à formulação de um parecer de uniformização;

**d) Fase do Parecer Final** : à vista da Ata do Plenário, o relator de origem ou o integrante que na reunião plenária tenha sido designado elabora o Parecer Definitivo e o dá conhecer com antecedência a todos os integrantes da CNU, para que tenham como aprová-lo na reunião plenária que subseqüentemente for designada pelo Presidente da CNU.

Aprovada por unanimidade a proposta, convencionou-se que inicialmente tal metodologia será objeto de um caso piloto, a ser oportunamente avaliado pelo colegiado da CNU.

[...][3]

Então, este signatário iniciou a fase de estudos de Relatoria , com a elaboração do prefacial "Relatório Expositivo", no qual se buscou, na medida do possível, assinalar as questões consultivas que seriam objeto de debate, com a formulação de proposta de quesitos iniciais e subsídios mínimos para uma resposta coerente com fundamento jurídico. Nesse sentido, me reporto ao lançado nos parágrafos 19 ao 28 do "Relatório Expositivo" (Questões consultivas a serem debatidas e respectivos quesitos, com subsídios mínimos para resposta e fundamentação jurídica), que foi submetido à apreciação junto à 3ª Turma, ainda no ano de 2017, e redundou na "**ATA POSICIONAL nº 003/2018/3ª Turma-CNU-Decor-CGU/AGU (31/08/2017)**", a partir da qual seguiram-se os debates no Plenário, em 2ª fase do procedimento da CNU. Registre-se que a 3ª Turma fixou o entendimento preliminar e deliberou no sentido de encaminhar ao Plenário cinco proposições , como subsídio para dirimir o questionamento jurídico encaminhado à CNU, inclusa a sugestão para deliberação colegiada a respeito da necessidade (ou não) de emissão de manifestação jurídica individual em todos os processos relacionados com a execução das emendas parlamentares individuais da União, destinadas a Estados, Municípios e Distrito Federal na forma do § 13 do art. 166 da CF/88:

**"Questão nº 1 (A):**O § 13 do art. 166 da CF/1988 tem aplicabilidade imediata[2], independentemente de edição de lei complementar[3] [4]

**Questão nº 2 (A):**O art. 25 da LRF permite considerar as emendas parlamentares individuais como "*transferências obrigatórias*"[5] [6] [7].

**Questão nº 3 (P):**O caráter normativo cogente da expressão "*independência de adimplência*"[8], contida no § 13 do art. 166 da CF/1988, não pode de forma alguma ser excepcionado[9]por lei ou ato normativo[10].

**Questão nº 4 (P):**Devem ser identificadas pela CNU/CGU eventuais restrições constitucionais incompatíveis ou oponíveis à expressão "*independência de adimplência*", contida no § 13 do art. 166 da CF/1988[11] [12].

**Questão nº 5 (A):**Em função da natureza jurídica que se defina para as emendas parlamentares individuais[13], impor-se-ão diferentes procedimentos e

instrumentos de formalização adequados[14], e, conforme o caso, a obrigatoriedade da análise e manifestação jurídica da AGU, caso a caso ou mediante elaboração de manifestações jurídicas referenciais[15]."[4]

Os debates e deliberações colegiadas em Plenário ocorreram da 34ª até a 38ª Sessão Plenária da CNU, com registro nas respectivas Atas que passam a integrar esse relatório (Anexos 3 ao 7).

O registro cronológico dos trabalhos da relatoria até a 37ª Sessão Plenária[5] consta do "Relatório Final da Fase de Deliberações em Plenário" (Anexo 2[6]), enviado aos membros da CNU em 4.12.2018. Na 38ª Sessão Plenária seguiram-se os encaminhamentos consignados no tópico IV da respectiva Ata[7], que, ao seu final, incumbiu este signatário de elaborar o parecer jurídico a partir das respostas das proposições então ajustadas no Plenário (subitem 4.3), com prazo para apresentação da minuta até a próxima Sessão da Câmara (subitem 4.4):

#### "IV - Encaminhamentos.

4. Em seguida, e ao cabo de debates de que participaram ativamente os Drs. **Arthur Porto Carvalho** (CJ/MCTIC), **Bruno Andrade Costa** (Decor/CGU), **Carlos Freire Longato** (CJU/SJC), **Eduardo Fortunato Bim** (CPS/CGU), **João Paulo Chaim da Silva** (Decor/CGU), **Joaquim Modesto Pinto Júnior** (Decor/CGU), **Marco Aurélio Caixeta** (Decor/CGU) e **Michelle Marry Marques da Silva** (Conjur/MEC), deliberou-se:

4.1) responder-se negativamente à primeira questão acima formulada pelo Dr. **Carlos Freire Longato** (CJU/SJC) em seu "**Relatório Final da Fase de Deliberações em Plenário**", considerando-se mais apropriada a apresentação de Parecer autônomo da CNU/CGU, no qual restem abordadas tanto as congruências com o Parecer n. 016/2016/Decor-CGU/AGU (13/05/2016), quanto as especificidades deliberadas pelo colegiado a partir do Relatório Expositivo de 16/09/2018, e, para tais fins:

4.1.a) manter-se inalterada a resposta para a **Questão nº 1 (A)** do Relatório Expositivo apresentado em 16/09/2018 pelo Dr. **Carlos Freire Longato** (CJU/SJC), a saber:

**Questão nº 1 (A)** - "*É possível corroborar o entendimento do Decor, inserto no Parecer nº 16/2016/Decor-CGU/AGU, (de) que a norma do § 13 do art. 166 da CF/88, em suma, tem aplicabilidade imediata, independentemente da edição de lei complementar?*"

**Resposta unânime do colegiado: SIM.** Trata-se de norma de aplicabilidade imediata, embora de eficácia contida, nos termos do inciso III do § 9º do art. 165 da Constituição Federal.

4.1.b) atribuir-se à letra "b" dos quesitos específicos da **Questão nº 2 (A)** do Relatório Expositivo apresentado em 16/09/2018 pelo Dr. **Carlos Freire**

**Longato**(CJU/SJC) a redação que segue, ajustando-se nesse ponto a Ata da 37ª Sessão Ordinária (21/11/2018):

**Questão nº 2 (A)** -"*Definir se é possível firmar o entendimento segundo o qual as emendas parlamentares individuais (EPIs) têm a natureza de "transferências obrigatórias"*."

**Resposta unânime do colegiado:** NÃO . As EPIs atraem elementos jurídicos tanto das figuras de transferência obrigatória, quanto das figuras de transferência voluntária, e, portanto, configuram um terceiro gênero[1].

**(i)Quesitos específicos:**

**a)**"*A norma do caput do art. 25 da LRF é suficiente para definir que todas as emendas parlamentares individuais (EPIs) são modalidades de 'transferências obrigatórias'?"*

**Resposta unânime do colegiado:**

NÃO . A natureza *sui generis* das EPIs e de seu regime jurídico procedimental não permite sua perfeita subsunção ao contrário senso do art. 25 da LRF[2].

**b)**"*Se for negativa a resposta ao quesito anterior, então, questiona-se: O percentual das EPIs destinadas a 'ações e serviços públicos de saúde' (0,6% da receita líquida corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo) pode ser considerado como "transferência obrigatória", dada sua finalidade constitucional?"*

**Resposta unânime ajustada pelo colegiado [3] [4]:**

SIM , pois ao remeter-se ao inciso I do § 2º do art. 198, o § 10 do art. 166 acaba por integrar esses 0,6% ao percentual obrigatório de destinação de 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro a tais ações e serviços, e, portanto, os torna obrigatórios a fundamento constitucional autônomo.

**4.1.c)**manter-se inalterada a resposta para a**Questão nº 3 (P)**do Relatório Expositivo apresentado em 16/09/2018 pelo **Dr.Carlos Freire Longato**(CJU/SJC), a saber:

**Questão nº 3(P)**-"*É possível afirmar que o caráter normativo cogente da expressão "independência de adimplência", inserta no § 13 do art. 166 da CF/88, pode ser excepcionado de alguma forma por lei ou ato normativo?*

**Resposta unânime proposta pelo colegiado:** NÃO .

**4.1.d)**considerar-se dispensável a providência proposta pelo **Dr.Carlos Freire Longato**(CJU/SJC) em seu "**Relatório Final da Fase de Deliberações em Plenário**", no sentido de se requisitar manifestação adicional da CPCIC-

Decor/CGU acerca da base de fundamentação para a resposta que por maioria de 8 x 6 o colegiado propõe para a **Questão nº 4 (P)** do Relatório Expositivo;

**4.1.e)** atribuir-se ao enunciado da **Questão nº 4 (P)** do Relatório Expositivo apresentado em 16/09/2018 pelo Dr. **Carlos Freire Longato** (CJU/SJC) a redação que segue, mantendo-se a resposta já aprovada e ajustando-se também nesse ponto a Ata da 37ª Sessão Ordinária (21/11/2018):

**Questão nº 4(P), reformulada pelo colegiado [5] [6]:** -"A expressão *"independentemente de adimplência"* do § 13 do art. 166 da CF/88 pode ser excepcionada por dispositivo constitucional anterior à sua vigência?"

**Resposta formada por maioria de 08 (oito) contra 06 (seis):** NÃO .

**Exteriorização de posições dissidentes:** Discordaram da resposta os Drs. **Bruno Andrade Costa** (Decor/CGU), **Joaquim Modesto Pinto Júnior** (Decor/CGU), **Manoel Paz e Silva Filho** (CJU/PI), **Marco Aurélio Caixeta** (Decor/CGU), **Maria Vitória Barros de Silva Saraiva** (Nami/CGU) e **Valério Rodrigues Dias** (CJU/SP), aos quais em concreto poderão ocorrer situações de mitigação da expressão *"independentemente de adimplência"*, do § 13 do art. 166 da CF.

**4.1.f)** confirmar-se que as respostas à **Questão nº 2 (A)** tornaram prejudicada a **Questão nº 5 (A)** do Relatório Expositivo apresentado em 16/09/2018 pelo Dr. **Carlos Freire Longato** (CJU/SJC), de seguinte redação:

**Questão nº 5(A)** -" *Definir qual é a natureza jurídica das emendas parlamentares individuais, e ato contínuo, se é obrigatória a análise e manifestação jurídica da AGU, como requisito de legalidade e constitucionalidade da execução das EPs, sobretudo, nas transferências para os Estados, Municípios e DF.*

**4.2)** reafirmar-se a orientação no sentido de que a apreciação de novas questões aventadas no curso das Sessões 34ª a 37ª da CNU/CGU poderá dar-se em momento oportuno, se tal for necessário e conveniente;

**4.3)** incumbir-se o Dr. **Carlos Freire Longato** (CJU/SJC) de elaborar o pertinente Parecer, a partir das respostas ora ajustadas e confirmadas pelo colegiado, a ser submetido à homologação da CNU/CGU na sua próxima sessão; e

**4.4)** fixar-se prazo até a próxima Sessão da Câmara para que o Dr. **Carlos Freire Longato** (CJU/SJC) apresente a minuta de Parecer referida no item anterior." [8]

Portanto, o limite do objeto definido pela CNU para compor o parecer definitivo, deve abordar os quatro itens abaixo:

a) Se a norma do § 13 do art. 166 da CF/88 tem aplicabilidade imediata, independente da edição da lei complementar prevista no inc. III do art. 9º do art. 165 da CF/88;

b) Se as EPIs podem ser tidas como uma espécie do gênero "transferências obrigatórias" e, por conseguinte, enquadrar todas as EPIs na exceção da parte final da norma do caput do art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000. Caso se conclua de forma negativa, então, se ao menos as EPIs destinadas à ações e serviços públicos de saúde (0,6% da receita líquida corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo) poderiam ser consideradas "transferências obrigatórias", dada sua finalidade constitucional;

c) Se o caráter normativo cogente da expressão "independência de adimplência" pode ser excepcionado por lei ou ato normativo;

d) Se a expressão "independência de adimplência" poderia ser excepcionado por dispositivo constitucional anterior à sua vigência.

Nos termos do que restou decidido na 38ª Sessão da CNU, então, passo à exposição dos fundamentos jurídicos adotados, a partir das respostas ajustadas e confirmadas pelo colegiado.

---

## II - FUNDAMENTOS

### II.I - Das emendas parlamentares ao orçamento[9]

---

Com o intuito de nortear a compreensão dos fundamentos levados a efeito na solução da demanda jurídica, é importante fazer uma abordagem prefacial, ainda que sucinta, de alguns temas jurídicos correlatos, para se fixar determinadas premissas, ante o que, teço breves considerações sobre a figura jurídica do 'orçamento impositivo' no nosso sistema jurídico.

Primeiramente, quanto à natureza do orçamento público, a doutrina não é pacífica, e assim, alguns consideram que se trata de (i) simples ato administrativo, sem caráter de lei, ao passo que outros têm o orçamento público como: (ii) lei em sentido formal, (iii) lei em sentido material, (iv) lei material e formal ou ainda (v) lei em relação à receita e ato administrativo no tocante à despesa[10]. A concepção moderna de orçamento, segundo Regis Fernandes de Oliveira[11], traz em si a vinculação da atividade estatal, no sentido que **a peça orçamentária deve positivizar o ideário político e garantir a sua concretude**, ante o que, **passa a vincular a ação administrativa com a ação política**, inadmitindo-se o orçamento sem compromissos com os interesses públicos, porquanto destina-se a estabelecer, prever, guiar, proteger, amparar e garantir os direitos fundamentais, **e perfaz uma garantia da sociedade em face do Estado**, razão pela qual, o autor considera que o orçamento público trata-se de lei em sentido material.

Entender, *a priori*, a distinção entre o viés **autorizativo** (ou facultativo) e, de outro lado, a **obrigatoriedade** da execução orçamentária, é de essencial importância para a compreensão dos fundamentos e desfecho deste parecer. Nesse diapasão, observa-se que a diversidade doutrinária quanto à natureza jurídica do orçamento público pode ser reduzida a duas posições fundamentais: uma tradicional, que considera que os orçamentos públicos têm caráter meramente *autorizativo*, o que propicia ao administrador da coisa pública a escolha, durante o ciclo da execução orçamentária, das programações contidas na Lei Orçamentária Anual (LOA), e por conseguinte, dá azo aos 'acordos políticos', nos quais o Poder Executivo historicamente se vale, para liberação da despesa orçamentária (discricionárias), condicionando isso ao efetivo apoio dos parlamentares beneficiados pelas programações então escolhidas, o que se traduz no uso da execução orçamentária como instrumento de barganha; outra posição, tida como moderna, considera o orçamento como uma norma de ordem pública que traz ínsito o dever jurídico de execução, vinculante, o que caracteriza a *impositividade* do orçamento.

Em segundo lugar, a alteração do texto constitucional levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 86, de 26 de fevereiro de 2015, teve a finalidade de realçar o viés impositivo do orçamento público, ainda que apenas em parte. Todavia, logo após a edição da referida emenda constitucional, surgiu um entendimento segundo o qual 'ao se taxar explicitamente na CF/88 a impositividade tão somente das **Emendas Parlamentares Individuais-EPis** (no limite de 1,2% da Receita Corrente Líquida- RCL do exercício financeiro anterior), por conseguinte, o legislador teria sugerido que o orçamento público, em sua maior parcela, seria meramente *autorizativo*', obviamente, ressalvadas as hipóteses de execução obrigatória (despesas obrigatórias) previstas em normas constitucionais e infraconstitucionais (dita legislação 'permanente', que cria vínculos e direitos subjetivos).

Não obstante a aparente limitação da parcela impositiva do orçamento, é certo que após a edição da Lei nº 13.242, de 30 de dezembro de 2015 (LDO 2016), as **Emendas de Bancada Estadual-EBEs**, também passaram a ser de execução obrigatória (impositivas), por expressa previsão na Legislação de Diretrizes Orçamentárias - diga-se, o que tem se repetido a cada exercício financeiro, desde então -, senão vejamos o trecho da LDO/2016:

[...]

Seção X

Do Regime de Execução das Programações Incluídas ou Acrescidas por Emendas Parlamentares

Subseção I

Normas Gerais

Art. 57. O regime de execução estabelecido nesta Seção tem como finalidade garantir a efetiva entrega à sociedade dos bens e serviços decorrentes de emendas parlamentares, independentemente de autoria.

Parágrafo único. Os órgãos de execução devem adotar todos os meios e medidas necessários à execução das programações decorrentes de emendas de que trata esta Seção.

**Art. 58. É obrigatória a execução orçamentária e financeira, de forma equitativa, das programações decorrentes de emendas de que trata esta Seção.**

[...]

#### Subseção II

Das Programações Incluídas ou Acrescidas por Emendas Individuais

Art. 64. **A obrigatoriedade de execução referente a programações incluídas ou acrescidas por emendas individuais** aprovadas na lei orçamentária compreende, no exercício de 2016, o empenho e o pagamento correspondentes a 1,2% da receita corrente líquida realizada no exercício de 2015.

[...]

#### Subseção III

Das Programações Incluídas ou Acrescidas por Emendas de Bancada Estadual

Art. 68. **A obrigatoriedade de execução referente a programações incluídas ou acrescidas por emendas de bancada estadual** constantes da Seção I do Anexo de Prioridades e Metas e aprovadas na lei orçamentária compreende, no exercício de 2016, cumulativamente, o empenho e o pagamento correspondentes a 0,6% (seis décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício de 2015.

[...] (Destaquei)

Conclui-se, por conseguinte, que a intenção do legislador ao editar a EC nº 86/2015 foi no sentido de garantir a efetiva execução das emendas parlamentares (naquele momento, apenas com obrigatoriedade de execução das EPs), dirigindo esse comando jurídico ao Poder Executivo, numa situação assemelhada à hipótese das *transferências obrigatórias*. Essa assertiva é corroborada pelo teor do PARECER Nº 1.125/2013, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, emitido na "PEC nº 22-A, de 2000 (nº 565, de 2006, na Câmara dos Deputados)"[12], consoante se infere do trecho abaixo colacionado, com destaque para os seus itens 3 e 8:

[...]

Da análise dos dispositivos constantes da PEC aprovada na Câmara dos Deputados, depreendem-se os seguintes objetivos da alteração do texto constitucional:

1. tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica;
2. limitar o total da programação de execução obrigatória a 1% da receita corrente líquida, conforme definida no projeto de lei orçamentária;
3. fazer corresponder as programações de execução obrigatória às emendas individuais apresentadas ao projeto de lei orçamentária ;
4. garantir que a execução das programações obrigatórias se dê de forma isonômica entre os autores das emendas, possivelmente com o propósito subjacente de impedir preferências ou privilégios em função de filiação partidária ou parlamentar;
5. definir regras procedimentais para que os impedimentos de ordem técnica e legal possam ser resolvidos tempestivamente;
6. permitir o contingenciamento das despesas obrigatórias que especifica, mas limitando o contingenciamento à fração das despesas discricionárias atingidas por esse expediente;
7. assegurar o controle externo;
8. definir que as regras de execução de transferências de recursos da União a Estados, Distrito Federal e municípios não sejam as mesmas das demais despesas, assemelhando-as a transferências obrigatórias nos termos da lei de diretrizes orçamentárias (contraponto a transferências voluntárias) ;
9. definir regra transitória para a execução de restos a pagar de programações derivadas de emendas individuais - restos a pagar esses inscritos nos dois exercícios anteriores ao de entrada em vigor da emenda constitucional, com a indicação dos valores-limite para essa execução nos dois primeiros anos subsequentes ao de promulgação da emenda constitucional;
- 10, regular a possível interferência do limite de gastos com ações e serviços de saúde na execução obrigatória das programações selecionadas.

[...][13](Destaquei)

Do ponto de vista jurídico, destarte, transparece com clareza que **o dever de execução**(obrigatoriedade ou impositividade jurídica)**das programações da LOA decorrentes de Emendas Parlamentares Individuais (EPs)** foi o que motivou, a princípio, a alteração do texto constitucional, levada a efeito pela EC nº 86/2015.

Em terceiro lugar, outro ponto que merece ser abordado aqui, diz respeito à *diferença* entre a natureza das denominadas "despesas obrigatórias" e as

"emendas impositivas". O ponto relevante da distinção é que as "despesas obrigatórias", consoante exposto, têm sua execução garantida (obrigatoriedade de execução) por norma constitucional ou infraconstitucional, ou seja: **a 'despesa obrigatória' já possui o lastro mandatório antes (e independente) de ser inserida na LOA.** Noutra giro, as "emendas impositivas" somente passam a adquirir o caráter da "obrigatoriedade" a partir do momento em que são discricionariamente inseridas na LOA, por parlamentar (ou, atualmente, por Bancada Estadual, segundo reiterada previsão verificada nas LDOs desde o ano de 2016). Destarte, é **avontade do parlamento** (individual ou pela Bancada) que atua num primeiro momento na definição de cada emenda impositiva, e só torna obrigatória a sua execução num segundo momento, quando a emenda é formalmente inserida na LOA, ato contínuo aprovada. É a LOA, portanto, que dá 'validade jurídica em concreto' à execução obrigatória (impositividade) da programação decorrente da emenda orçamentária, e o **fundamento** de validade deste poder mandatório da LOA advém (i) da CF/88, a partir da alteração levada a cabo pela EC nº 86/2015, no exclusivo caso das EPLs , e (ii) das LDOs, desde a edição da Lei nº 13.242/15 (LDO/2016), para as EPLs (repetição da impositividade jurídica constitucional) e também para as Emendas de Bancada , consoante exposto anteriormente, ou seja: **as despesas decorrentes de 'emendas parlamentares impositivas', passam a impor o dever de execução ao Poder Executivo (lastro mandatório), a partir da aprovação da LOA na qual foram inseridas.**

Nesse diapasão, colaciono trecho de interessante trabalho conjunto das Consultorias de Orçamento do Senado e da Câmara dos Deputados, do ano de 2015:

[...]

A garantia da execução orçamentária na Emenda Constitucional somente alcança as chamadas despesas discricionárias. Isso porque a execução das despesas "obrigatórias" já se encontra assegurada pela legislação constitucional ou infraconstitucional . As despesas obrigatórias propriamente ditas, previamente conhecidas e necessariamente incluídas na LOA, têm natureza distinta das despesas atinentes às programações das emendas impositivas. As emendas, por seu turno, somente serão conhecidas a partir do momento em que discricionariamente forem incluídas na LOA . Ou seja, a obrigatoriedade de execução das emendas individuais (enquanto despesas discricionárias) depende do caráter mandatório atribuído à autorização dada na própria lei orçamentária .

Não se deve confundir, portanto, programações que veiculam despesas obrigatórias propriamente ditas com as programações incluídas por emendas (impositivas), cujo regime de execução é bastante distinto . [...][14](Grifei)

Do exposto, outra premissa a se considerar nesse trabalho, é no sentido que **as denominadas "despesas obrigatórias" possuem natureza jurídica distinta das "emendas impositivas parlamentares"**, porquanto, **o atributo da obrigatoriedade da execução daquelas decorre de norma constitucional ou infraconstitucional, ao passo que a obrigatoriedade da**

**execução destas últimas, decorre do caráter mandatário atribuído à autorização dada pela aprovação da própria lei orçamentária**, por força da alteração da CF/88 levada a cabo pela EC nº 86/2015 (para as EPLs) e das LDOs a partir da Lei nº 13.242/15 (que, além da EPLs, incluiu as emendas parlamentares de Bancada Estadual - EBEs). Repita-se que num primeiro momento do "orçamento impositivo" prevalece a vontade (discricionariedade) parlamentar individual ou da Bancada, e num segundo momento, a emenda parlamentar adquire obrigatoriedade de execução em razão da sua formal inserção no bojo da LOA, e conseqüente aprovação.

Nesse contexto, sob um enfoque formalista do direito (i.e, visão estruturante do direito[15]), por conseguinte, verificamos sem qualquer dúvida que o fundamento de validade da norma jurídica que prescreve a execução obrigatória das emendas decorre da CF/88 (após o advento da EC nº 86/2015, para o caso específico das EPLs), ante o que, é inconcebível obstar ou mitigar o seu comando mandatário sem permissão constitucional que lhe dê guarida. É a partir da edição da LDO 2016 (Lei nº 13.242, de 30 de dezembro de 2015), anualmente o legislador tem reiterado a obrigatoriedade da execução das EPLs, acrescentando-se à impositividade da execução orçamentária, outrossim, as Emendas de Bancada Estadual[16], mas aqui, estritamente por força de lei infraconstitucional, consoante se infere dos artigos 64 ao 70 da LDO 2016:

[...]

Art. 64. A obrigatoriedade de execução referente a programações incluídas ou acrescidas por emendas individuais aprovadas na lei orçamentária compreende, no exercício de 2016, o empenho e o pagamento correspondentes a 1,2% da receita corrente líquida realizada no exercício de 2015.

§ 1º O empenho a que se refere o caput restringe-se ao valor global aprovado por meio de emendas individuais.

§ 2º O pagamento a que se refere o caput restringe-se ao montante efetivamente liquidado.

§ 3º Os restos a pagar relativos a programações decorrentes de emendas individuais inscritos até o exercício de 2015 poderão ser considerados para fins de cumprimento da execução financeira prevista no caput, até o limite de 0,6% (seis décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no mesmo exercício.

Art. 65.No caso de impedimento de ordem técnica no empenho de despesa que integre as programações de que trata esta Subseção, serão adotadas as seguintes providências:

I - até cento e vinte dias após a publicação da lei orçamentária, os Poderes, o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União enviarão ao Poder Legislativo as justificativas do impedimento;

II - até trinta dias após o término do prazo previsto no inciso I deste parágrafo, o Poder Legislativo, por intermédio do Presidente do Congresso Nacional, consolidará as propostas individuais para correção das programações e informará:

a) ao Poder Executivo, o remanejamento da programação cujo impedimento seja insuperável; e

b) aos Poderes, ao Ministério Público da União e à Defensoria Pública da União, as demais alterações necessárias à correção dos impedimentos, que independam de aprovação de projeto de lei.

III - até 30 de setembro, ou até trinta dias após o prazo previsto no inciso II, o Poder Executivo encaminhará projeto de lei sobre o remanejamento da programação cujo impedimento seja insuperável; e

IV - se, até 20 de novembro, ou até trinta dias após o término do prazo previsto no inciso III, o Congresso Nacional não deliberar sobre o projeto, o remanejamento será implementado por ato do Poder Executivo, nos termos previstos na lei orçamentária.

§ 1º Os Poderes, o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União implementarão, até a data prevista no inciso III, os atos e as medidas necessários solicitados pelo Poder Legislativo, nos termos do inciso II, salvo nos casos que dependam de aprovação de projeto de lei, cuja iniciativa caberá unicamente ao Poder Executivo.

§ 2º Para o cumprimento dos prazos previstos nos incisos III e IV do caput, prevalece a data que primeiro ocorrer.

§ 3º Não se aplica o disposto no § 2º, relativamente ao inciso III, se a Lei Orçamentária de 2016 for sancionada após 31 de março de 2016.

§ 4º Os demais Poderes, Ministério Público da União e Defensoria Pública da União exercerão, no âmbito de cada qual, por ato próprio, o remanejamento previsto no inciso IV.

§ 5º Decorrido o prazo previsto no inciso IV sem que tenha havido deliberação congressual, proceder-se-á ao remanejamento das respectivas programações, na forma autorizada na lei orçamentária, a contar do término do prazo para deliberação do projeto de lei, considerando-se este prejudicado.

Art. 66. Independentemente do procedimento previsto no art. 65, os Poderes, o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União poderão editar atos próprios para viabilizar a execução das programações de que trata esta Subseção.

Parágrafo único. No processo de elaboração e execução das emendas individuais poderá haver, em caráter indicativo:

I - a vinculação de emendas a projetos técnicos cadastrados no SICONV ou demais sistemas similares, nos termos do § 2º do art. 16, desde que compatíveis com as políticas públicas e aptos para execução;

II - a identificação de beneficiários específicos e da ordem de prioridade, na justificação da emenda, para efeito de aplicação dos limites de execução.

Art. 67. Serão ressalvadas da limitação de empenho e pagamento prevista no § 3º do art. 58 as dotações acrescidas por emendas individuais às programações orçamentárias relativas ao PAC ou às Ações e Serviços Públicos de Saúde abrangidas pelo Anexo VIII, nas localidades definidas de acordo com as diretrizes, critérios e parâmetros das respectivas políticas públicas, conforme detalhamento divulgado pelo Poder Executivo e encaminhado à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização.

§ 1º O montante das programações não abrangidas pela ressalva referida no caput não sofrerá redução proporcional superior àquela de que trata o § 3º do art. 58.

§ 2º Para fins de atendimento da execução orçamentária equitativa prevista no art. 58 desta Lei, não serão computados os acréscimos resultantes da aplicação do caput.

[...]

Art. 68. A obrigatoriedade de execução referente a programações incluídas ou acrescidas por emendas de bancada estadual constantes da Seção I do Anexo de Prioridades e Metas e aprovadas na lei orçamentária compreende, no exercício de 2016, cumulativamente, o empenho e o pagamento correspondentes a 0,6% (seis décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício de 2015.

§ 1º O empenho a que se refere o caput restringe-se ao valor global aprovado por meio de emendas de bancada estadual.

§ 2º O pagamento a que se refere o caput restringe-se ao montante efetivamente liquidado.

§ 3º Os restos a pagar relativos a programações decorrentes de emendas de bancada estadual inscritos até o exercício de 2015 poderão ser considerados para fins de cumprimento da execução financeira prevista no caput.

Art. 69. A obrigação de que trata o artigo anterior limita-se às programações correspondentes a obras e empreendimentos de caráter estruturante, em andamento ou com projeto executivo aprovado, bem como a programas vinculados a políticas públicas em execução.

Art. 70. As programações de que trata esta Subseção, cuja execução tenha sido iniciada, deverão ser objeto de emenda pela mesma bancada estadual, anualmente, até a conclusão da obra ou empreendimento.

[...] (Destaquei)

Registre-se que a LDO de 2017 (Lei nº 13.408, de 26 de dezembro de 2016) repetiu, em seus artigos 61 ao 72, a obrigatoriedade da execução das EPLs e das EBEs no mesmo percentual da RCL do exercício anterior, com a possibilidade de aumento do percentual das EBEs conforme o êxito no atendimento da meta fiscal verificada no 2º quadrimestre de 2017. A LDO de 2018 (Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017)[17] e a de 2019 (Lei nº 13.707, de 14 de agosto de 2018)[18], em resumo, repetiram a obrigatoriedade da execução (impositividade) das EPLs e das EBEs[19].

Como visto, a obrigatoriedade da execução das emendas parlamentares, destarte, tem seu fundamento de validade na CF/88 (para as EPLs) e na legislação infraconstitucional (repete para as EPLs e inclui para as EBEs), nesta última, considerada a repetição anual verificada nas LDOs, a partir da Lei nº 13.242, de 30 de dezembro de 2015).

---

## II.III - Da natureza das despesas públicas efetuadas por meio de EPLs

---

De início, é importante que se tenha sempre em mente que o preceito constitucional em comento (§13 do art. 166 da CF/88) versa sobre a obrigatoriedade da transferência e execução das emendas parlamentares individuais exclusivamente destinadas aos entes da federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Essa assertiva tem relevância para a compreensão do procedimento impositivo das EPLs junto aos entes da federação, que é o plano da efetividade do preceito do § 13 do art. 166 da CF/88, e o que importa para a análise do termo "independerá de adimplência", além de seus reflexos jurídicos na transferência e execução dos recursos orçamentários/financeiros oriundos das EPLs.

Pois bem, tenho que a questão da natureza jurídica das despesas públicas decorrentes de EPLs deve ser analisada sob mais de um enfoque, dada a sua novidade e a sutileza de distinção de alguns de seus aspectos jurídicos, senão vejamos.

Em primeiro, para fins de responsabilidade fiscal, é consabido que a *'transferência de recursos públicos de um ente da federação a outro, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, e que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao sistema Único de Saúde'*, é considerada uma **transferência voluntária**, nos termos do art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000[20], e nessa tipologia (transferência voluntária), impõe-se, além da vontade política daquele que tem competência para defini-la, o atendimento de certas exigências de ordem constitucional e

legal. A realização da despesa pública pela via da transferência voluntária, por sua natureza, se insere no âmbito da oportunidade e conveniência daquele que tem competência para decidir sobre a transferência do recurso orçamentário (definição da finalidade, condições, *quantum* beneficiário), ou seja, há uma margem de discricionariedade para o agente político competente para dar destinação ao recurso, decidir a esse respeito.

A etapa de operacionalização de transferências voluntárias da União ocorre mediante a formalização da relação jurídica no âmbito do Poder Executivo, cujo procedimento é regido, no geral[21], pelas disposições do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 (Regulado pela Portaria Interministerial nº 424, de 30 de dezembro de 2016), com a efetivação da transferência dos recursos orçamentários/financeiros em conta específica, etc. Caso não sejam atendidos os requisitos normativos - o que inclui as vedações legais -, então, a transferência será juridicamente inviável. Tais transferências, outrossim, via de regra se sujeitam à ação do Poder Executivo destinada à limitação de empenho e pagamento, prevista no art. 9º da LC 101/2000[22], cujo procedimento é anualmente definido nas LDOs.

Do exposto nos parágrafos anteriores, podemos sintetizar que, grosso modo: (i) a transferência voluntária de dotação orçamentária da União para outro ente federal depende do atendimento das exigências normativas previstas no § 1º do art. 25 da LC nº 101/2000, além das que forem estabelecidas na LDO e na Constituição; (ii) a sua concretização decorre da formação de relação jurídica específica inter partes, a qual deverá seguir o procedimento próprio definido em norma infralegal que, para o caso das transferências voluntárias da União a outros entes da federação, no geral, é regulamentado pelo Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 (atualmente regulado pela Portaria Interministerial nº 424, de 30 de dezembro de 2016); (iii) as dotações orçamentárias destinadas às transferências voluntárias, em regra, se sujeitam à limitação de empenho e pagamento; (iv) a realização de transferência voluntária se insere no âmbito da oportunidade e conveniência da Administração Pública, portanto, é discricionária.

Em segundo, se a transferência de recursos entre entes da federação decorrer de 'determinação constitucional, legal ou os destinados ao sistema Único de Saúde', *a priori*, estaremos diante de uma **transferência obrigatória**, ou seja, impositiva por disposição de lei ou da Constituição. Nesta hipótese, a decisão pela transferência se opera por força do direito posto pelo Poder Legislativo (direito positivo legislado), ante o que, eventual situação que possa de forma válida e excepcional se contrapor ao dever jurídico (impositividade) da transferência obrigatória (ou até mesmo criar condições restritivas a esse dever), deverá ter seu fundamento de validade em norma produzida pelo Poder Legislativo, de hierarquia igual ou superior àquela que anteriormente definiu a obrigatoriedade da transferência. Aqui, inexiste discricionariedade por prevalecer a vontade política que editou a espécie legislativa (do Poder Legislativo), e que assim, torna obrigatória a transferência e, por conseguinte, deverá constar necessariamente como programação inserida na LOA. A obrigatoriedade da transferência, em suma, nasce por força de lei ou da

Constituição, aprovada pelo Poder Legislativo, que impõe o dever de inserir a respectiva programação na LOA.

Do exposto no parágrafo anterior, podemos sintetizar que se a transferência entre entes da federação for de natureza obrigatória, então: (i) o dever da transferência nasce *ipso iure*, e independe do atendimento pelo ente beneficiário, das exigências normativas previstas no § 1º do art. 25 da LC nº 101/2000, restando apenas aquelas que forem estabelecidas na Constituição ou na LDO; (ii) sua concretização se opera por força de lei, e assim independe do acordo de vontades entre a União e o ente federal recebedor; (iii) as dotações orçamentárias destinadas às transferências obrigatórias, em regra, não se sujeitam à limitação de empenho e pagamento; (iv) a realização de transferência obrigatória não se insere no âmbito da oportunidade e conveniência da Administração Pública e, portanto, é atividade vinculada .

Considerando-se a diferenciação acima, aplicada no horizonte da EPIs, por conseguinte, passamos às seguintes considerações que induzem a formar um entendimento segundo o qual '*as EPIs atraem elementos jurídicos tanto das figuras de transferência obrigatória, como das figuras de transferência voluntária, e, portanto, configuram um terceiro gênero*', senão vejamos.[23]

Primeiro, **o dever de transferências** das EPIs não nasce ipso iure , pois, inicialmente a emenda depende da vontade individual de cada parlamentar , o qual definirá o seu beneficiário, o quantum a sua finalidade, e somente num momento posterior é que terá incorporada a força de lei, quando a LOA (que é a lei do orçamento) na qual foi inserida, obtiver formal aprovação do Congresso Nacional, o que afasta este requisito (dever *ipso iure* independente da LOA) inerente às transferências obrigatórias. Agora, vista sob o prisma da transferência voluntária, são incompatíveis com as EPIs algumas das **exigências** normativas previstas no § 1º do art. 25 da LC nº 101/2000, a exemplo da exigência do inc. I do referido §1º, haja vista que a 'dotação específica' já integra a própria emenda individual, ou seja, é elemento necessário e constitutivo da EPI. As exigências das alíneas "a" a "d" do inc. IV do mesmo §1º, igualmente, não podem ser aplicadas invariavelmente às EPIs, pois, em relação à alínea "a", a norma constitucional excepcionou a necessidade de adimplência, o que, numa hipótese de menor abrangência interpretativa, exclui a condição de estar "*em dia com o pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos*". Na alínea "b", se a norma constitucional destacou a importância da aplicação das EPIs na área de saúde (§ 10 do art. 166 c.c. inc. I do § 2º do art. 198, ambos da CF/88), então, seria contraditório obstar a transferência destinada (ou vinculada) à saúde, porque perfaz um meio de maximização da efetividade deste direito social por parte da União, sobretudo, em relação àqueles entes federados que por conta própria não conseguiram cumprir o mínimo constitucional. E esse objetivo no tocante à saúde (maximização da efetividade do direito social), também justifica a inaplicabilidade das alíneas "c" e "d", ao menos em relação às EPIs destinadas às ações e serviços públicos de saúde. Anote-se que mais precisamente em relação às EPIs concernentes às ações e serviços públicos de saúde , o assunto merece uma exposição apartada, o que será levado a cabo mais adiante neste parecer, a fim de não comprometer o desencadeamento lógico deste tópico, sobre a assertiva que as '*EPIs atraem*

*elementos jurídicos tanto das figuras de transferência obrigatória, quanto das figuras de transferência voluntária'.*

Segundo, por vezes, a **concretização** das EPIs opera por força da própria lei (independe da comunhão de vontades), e em outras situações, impõe a formalização de relação jurídica inter partes (depende da conjugação das vontades), no geral, na forma do Decreto nº 6.170/07. Nesse sentido, trago à baila a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o § 3º do art. 198 da CF/88, que, da leitura do seu art. 18 e do correlato parágrafo único o, verificamos que as transferências de recursos do Fundo Nacional de Saúde entre os entes da federação, destinados a despesas com ações e serviços públicos de saúde, **ora se operam diretamente** ("fundo a fundo"), **ora por meio de transferências voluntárias**:

"Art. 18. Os recursos do Fundo Nacional de Saúde, destinados a despesas com as ações e serviços públicos de saúde, de custeio e capital, a serem executados pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios serão transferidos diretamente aos respectivos fundos de saúde, de forma regular e automática, dispensada a celebração de convênio ou outros instrumentos jurídicos .

Parágrafo único. Em situações específicas, os recursos federais poderão ser transferidos aos Fundos de Saúde por meio de transferência voluntária realizada entre a União e os demais entes da Federação, adotados quaisquer dos meios formais previstos no inciso VI do art. 71 da Constituição Federal, observadas as normas de financiamento." (Destaquei)

As EPIs que adicionam recursos ao SUS, têm as respectivas dotações alocadas no Fundo Nacional de Saúde, o que no ano de 2018 foi regulamentado pela PORTARIA do Ministério da Saúde Nº 565, de 9 de março de 2018:

"PORTARIA Nº 565, DE 9 DE MARÇO DE 2018

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e

Considerando a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências;

Considerando a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências;

Considerando a Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2018 e dá outras providências;

[...]

Considerando a Portaria GM/MS 3.992, de 28 de dezembro de 2017, que altera a Portaria de Consolidação nº 6/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, para dispor sobre o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços públicos de saúde do Sistema Único de Saúde, resolve:

## CAPÍTULO I

### DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Portaria regulamenta a aplicação das emendas parlamentares que adicionarem recursos ao Sistema Único de Saúde - SUS no exercício de 2018, nos termos do art. 38, § 6º, inciso II, da Lei nº 13.473, de 8 de agosto de 2017 .

[...]

Art. 6º Os recursos de que trata este Capítulo serão empenhados e pagos em favor do fundo de saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios .

Art. 7º Para a transferência dos recursos de que trata este Capítulo, serão adotados os seguintes **procedimentos**:

I - o gestor do fundo de saúde do Estado, do Distrito Federal ou do Município acessará o portal do Fundo Nacional de Saúde e indicará como objeto o incremento temporário do Piso de Atenção Básica ou da Média e Alta Complexidade; e

II - caso o gestor do fundo de saúde do Estado, do Distrito Federal ou do Município tenha indicado como objeto o incremento temporário da Média e Alta Complexidade, deverá ser informado o número do CNES:

a) do estabelecimento de saúde, quando os recursos forem destinados a entidade privada sem fins lucrativos; ou

b) da Secretaria de Saúde local, quando os recursos forem destinados ao conjunto das unidades próprias do ente federativo.

§ 1º Nos casos em que o limite estabelecido para o Município, Distrito Federal, Estado ou estabelecimento de saúde já tenha sido atingido para o acréscimo temporário do Piso de Atenção Básica ou para o acréscimo temporário da Média e Alta Complexidade, o gestor do fundo de saúde estadual, do Distrito Federal ou municipal deverá indicar outro objeto ou estabelecimento de saúde .

§ 2º Na hipótese de o gestor do fundo de saúde não realizar a indicação referida no § 1º, o saldo de recursos será devolvido ao parlamentar autor da emenda, para nova indicação .

§ 3º Os recursos de que trata este Capítulo **serão transferidos, nos termos dos § 9º e §16 do art. 166 da Constituição, em até seis parcelas**, a contar da data de publicação do ato específico do Ministro de Estado da Saúde que habilitar o ente federativo ao recebimento do recurso financeiro." (Destaquei)

Sob o aspecto do enquadramento jurídico da *formade concretizaçã* das transferências levadas a efeito por EPIs, portanto, é juridicamente impossível afirmar a subsunção exclusiva ao gênero 'voluntário' ou 'obrigatório' da transferência, porquanto, aquelas emendas individuais que destinam recursos ao Sistema Único de Saúde-SUS e que são alocadas no Fundo Nacional de Saúde-FNS, excepcionalmente se concretizam por meio de transferência voluntária , segundo a norma do parágrafo único do art. 141 da LC nº 141/2012, ou seja: tais transferências podem se enquadrar num ou noutro gênero (obrigatória ou voluntária), de acordo com a forma de concretização da EPI ('fundo a fundo' ou 'convênio').

Terceiro, as LDOs têm, como regra, mantido as despesas concernentes às transferências voluntárias no conjunto das despesas passíveis de contingenciamento[24]e, por outro lado, têm expressamente inserido as despesas obrigatórias, a exemplo das destinadas às 'ações e serviços públicos de saúde', no anexo destinado a identificar as "despesas que não serão objeto de limitação de empenho", consoante se infere da leitura do "Anexo III" das LDOs de 2017, 2018 e 2019. Considerando-se que metade do valor destinado às EPIs deve ser destinado às programações relativas às "ações e serviços públicos de saúde", nos termos do §9º do art. 166 da CF/88, então, diante da tendência das últimas LDOs, concluímos que tais EPIs, via de regra, não se submeteriam a contingenciamento. Disto, em tese, o contingenciamento poderia afetar apenas uma parte das EPIs, razão pela qual, também por esse aspecto, seria inviável atribuir caráter da *obrigatoriedade* ou da *voluntariedade* para todas as transferências levadas a cabo mediante EPIs. Por mais esse motivo, é impossível fixar que as EPIs pertencem exclusivamente ao gênero da *transferências obrigatórias*(consoante sugere o termo "transferência obrigatória da União", consignado no § 13 do art. 166 da CF/88), ademais, porque no § 17 do mesmo artigo da CF/88 há expressa menção à possibilidade de redução do percentual das EPIs (1,2%) na mesma proporção da limitação incidente sobre o conjunto das despesas discricionárias, na forma definida na LDO. E da mesma forma, não pertencem exclusivamente ao gênero da *transferências voluntárias*, consoante repetidamente as LDOs têm demonstrado, ao excluir da limitação de empenho "ações e serviços públicos de saúde".

Quarto, no tocante à *obrigatoriedade da realização da transferência e da sua execução*, tratando-se de EPIs, a Administração Pública tem o dever de executá-las, ou seja, há uma vinculação do agir à um poder mandatário decorrente da Constituição (a impositividade). Inexiste margem para a Administração Pública exercer o juízo de escolha entre o fazer e o não fazer: a

partir do momento que a EPI tiver seu ciclo de formação concluído com a aprovação da LOA, caberá ao executor apenas cumprir o comando, salvo (i) se existir impedimento de ordem técnica insanável (§12 c.c. com §§ 14 e 15, todos do art. 166 da CF/88) ou (ii) se for hipótese afetada por contingenciamento admitido pela LDO. Por conseguinte, a execução obrigatória possui estreita afinidade com o gênero "obrigatório" da transferência, todavia, o fato da própria CF/88 prever de antemão a possibilidade da execução das EPIs deixar de ser obrigatória (§15 do art. 166), e possibilitar o remanejamento por iniciativa de lei ou por ato do Poder Executivo na forma da LOA (incisos III e IV do § 14 do art. 166), acaba atraindo o gênero "voluntário" para as EPIs que apresentarem impedimento de ordem técnica. Ocorrerá situação semelhante na inexistência de vedação legal ao contingenciamento para alguma hipótese da EPI. Portanto, se a 'obrigatoriedade da execução' sugere afinidade com a 'obrigatoriedade da transferência' (obrigatoriedade absoluta da transferência), conseqüentemente, a previsão na própria Constituição de condição impeditiva ou prejudicial (impedimento de ordem técnica e contingenciamento), sugere a não-obrigatoriedade da transferência carregada pela EPI (obrigatoriedade relativa da transferência). Esta é a interpretação do termo "transferência obrigatória" inserto no §13 do art. 166 da CF/88: Na EPI há uma obligatoriedade da transferência, que é relativizada em caso de (i) impedimento de ordem técnica ou na hipótese de (ii) contingenciamento admitido pela LDO.

Do exposto neste subtítulo da fundamentação, extraem-se os fundamentos da **decisão unânime** do Plenário, que em síntese, considerou que às EPIs **não podem ser enquadradas de forma geral e excludente na figura das transferências obrigatórias, e tampouco na figura das transferências voluntárias**, porque tais emendas impositivas atraem elementos jurídicos das duas figuras e, portanto, **configuram um terceiro tipo, de natureza *sui generis***.

---

## II.IV - Das EPIs concernentes às ações e serviços públicos de saúde

---

O caso das EPIs destinadas ao custeio de 'ações e serviços públicos de saúde' merece análise apartada, o que passo a fazer.

Deveras, o texto constitucional não deixa dúvida, num horizonte do direito positivado pelo legislador, que uma parcela das emendas orçamentárias individuais deverá obrigatoriamente ser 'destinada a ações e serviços públicos de saúde', consoante se infere da leitura do § 9º do art. 166 da CF/88:

"Art. 166. [...]

§ 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida

prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde .

[...]" (Destaquei)

A seu turno, as 'ações e serviços públicos de saúde', enquanto direitos sociais fundamentais, se inserem no campo das prestações estatais positivas, e integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituída na forma de um sistema único de saúde (SUS), conforme a norma do art. 198 da CF/88:

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

[...]" (Destaquei)

A unicidade do sistema de saúde brasileiro é explicitada pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que reservou um título específico para tratar do assunto: 'TITULO II - DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE'. A disposição preliminar do art. 4º da Lei nº 8.080/90 repete com clareza a estruturação sistêmica das 'ações e serviços públicos de saúde', que envolve todos os entes da federação:

"Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

[...]"

Nesse quadro, é possível fixar um entendimento *a priori*, segundo ao qual as EPLs destinadas a 'ações e serviços públicos de saúde', inserem-se no regime jurídico do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, à luz do §9º do art. 166 da CF/88, representa a metade do percentual do orçamento destinado às EPLs. Outrossim, rememore-se que no horizonte da Lei de Responsabilidade Fiscal, as transferências de recursos orçamentários que (i) decorram de determinação constitucional, (ii) legal ou (iii) que sejam destinados ao SUS, **não se enquadram** na definição de "transferência voluntária", e assim, não se submetem às exigências (sanções) previstas no art. 25 da LC nº 101/2000. Destarte, por imposição legal expressa e visto num panorama lógico-sistemático, temos que as EPLs destinadas ao SUS (aquelas concernentes às 'ações e serviços públicos de saúde'), não se ajustam à tipologia de "transferência voluntária" *docaput* do art. 25 da LRF.

Noutro giro, a norma do § 10 do art. 166 da CF/88, expressamente incluiu o valor das transferências carreadas pelas EPLs destinadas a 'ações e serviços públicos de saúde', no cômputo do percentual mínimo de aplicação na saúde a cargo da União (mínimo de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro), por força do inc. I do §2º do art. 198 da CF/88:

[...]

Art. 166 [...]

§ 10. A execução do montante destinado a ações e serviços públicos de saúde previsto no § 9º, inclusive custeio, **será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2º do art. 198**, vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais.

[...]

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

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

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

III - participação da comunidade.

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

§ 2º **A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos** derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, **não podendo ser inferior a 15%** (quinze por cento);

[...] (Destaquei)

Da conjugação dos dois dispositivos constitucionais retro, portanto, exsurge, de um lado, o dever incondicional de execução da despesa pública destinada ao SUS para custear as ações e serviços público de saúde, que pela União, não pode ser inferior a 15% da RCL do exercício financeiro e, de outro lado, a previsão que as EPIs destinadas às "ações e serviços públicos de saúde" integrarão o cômputo deste percentual mínimo de responsabilidade da União. A conclusão que se chega, portanto, é no sentido que o percentual das EPIs destinadas 'às ações e serviços público de saúde' em muito se aproximam do gênero transferências obrigatórias *acontrario sensu* da tipologia do *caput* do art. 25 da LRF, por força da norma do §10 do art. 166 c.c. § 2º e seu inciso I do art. 198, todos da CF/88. E por essa característica, tanto *a transferênciados* recursos orçamentários/financeiros como *a execução* de tais EPIs destinadas ao financiamento do SUS adquirem um *status* jurídico de impositividade superior, alçando-as a uma posição hierárquica normativa superior àquela das demais EPIs, que não são destinadas 'às ações e serviços públicos de saúde'.

Sobre **odever estatal** das prestações relativas 'às ações e serviços público de saúde', o Supremo Tribunal Federal erigiu este direito fundamental na qualidade de prerrogativa constitucional indisponível, e por essa característica, o inadimplemento do Poder Executivo neste plano das prestações estatais positivas poderá ser suprido até mesmo pelo próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, segue o trecho do v. Acórdão-STF proferido no Ag, no RE nº 271.286-RS:

[...]

1. o direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.

2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. [...] (STF - Ag. Reg. no AI nº 734.487-PR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª turma, DJE 20.8.2010). No mesmo sentido: Ag. No RE nº 271.286-RS, Rel. Min. Celso de Mello.

Em reforço ao entendimento jurídico da prerrogativa constitucional indisponível deste direito fundamental, cite-se a decisão monocrática mais recente do Min. Ricardo Lewandowski (DJe 1.9.2018) proferida na **ADI 5595 MC/DF**[25], que deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia de dispositivos da EC 86/2016, que à época da propositura da ação estariam "**dificultando ou mesmo impossibilitando, a cada dia e de forma irreversível, o gozo dos direitos fundamentais à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros**". Pelo potencial didático das seus fundamentos, segue transcrito com destaques nossos:

"Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra os arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015. Os dispositivos impugnados possuem a seguinte redação:

"Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:

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

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

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

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

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

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

O requerente alegou, em suma, que tais preceitos impugnados "**reduzem o financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde (ASPS)** mediante piso anual progressivo para custeio, pela União, e nele incluem a parcela decorrente de participação no resultado e a compensação financeira devidos pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o art. 20, § 1º, da Constituição da República" (págs. 1-2 da petição inicial).

Por essa razão, sustentou que os dispositivos citados "atentam diretamente contra os direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, caput; 6º e 196 a 198, caput e § 1º), contra o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1º, caput e III) e contra o princípio do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV). Violam, por conseguinte, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, IV, todos da Constituição da República" (págs. 2-3 da petição inicial).

Destaca que as mudanças introduzidas pela citada Emenda Constitucional - EC "são intensamente prejudiciais ao financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), por implicarem redução drástica no orçamento para ações e serviços públicos em saúde, o qual já é historicamente insuficiente" (pág. 8 da petição inicial).

Nesse sentido, apontou que: "o patamar mínimo de financiamento da saúde pela União foi definido constitucionalmente a partir da inserção do § 2º do art. 198 da Constituição, pela Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000 [...]. Esse preceito foi tardiamente regulamentado pela Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, a qual fixou os valores que a União deveria aplicar no SUS" (págs. 8-9 da petição inicial).

Afirmou, contudo, que a EC 86/2015, embora aparente ter aumentado o financiamento federal, "mascara grave redução do custeio do sistema de saúde pública da nação. A emenda foi aprovada em sentido diametralmente oposto ao visado pelo projeto de lei complementar 321, de 2013, fruto de iniciativa popular" (págs. 9-10 da petição inicial).

Ressaltou, nessa linha, que: "o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) realizou projeção do decréscimo de financiamento do SUS causado pela EC 86/2015, com base em dois diferentes cenários (em função da variação do produto interno bruto e da RCL da União) e considerando a execução de

emendas parlamentares individuais e as diferenças de aplicação mínima da União determinadas pela emenda. Com base nisso, nos exercícios de 2015 a 2017, as perdas máximas poderiam ser de R\$ 3,18 bilhões em 2015, R\$ 12,53 bilhões em 2016 e R\$ 4,29 bilhões em 2017, totalizando cerca de R\$ 20 bilhões a menos para financiar o sistema, que, como dito, já padece de subfinanciamento crônico" (págs. 18-19 da petição inicial).

Acrescentou, ademais, que: "antes da promulgação da emenda, os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural - incluídos os decorrentes da exploração em áreas no perfil geológico conhecido como camada do pré-sal - eram fontes adicionais para custeio da saúde, como previa expressamente o art. 4º da Lei 12.858, de 9 de setembro de 2013 [...]. Ao determinar que esses recursos sejam contabilizados no percentual mínimo de gasto da União, a que se refere o art. 198, § 2º, I, da Constituição, o art. 3º da EC 86/2015 impôs nova perda bilionária de recursos para o SUS" (pág. 22 da petição inicial).

Concluiu, dessa forma, que: "as disposições questionadas caracterizam profundo retrocesso na concretização de direitos fundamentais, o que é vedado pelo dever de progressividade assumido pelo Brasil no art. 2º, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no art. 1º do Protocolo de São Salvador, o qual contém regra específica que obriga os Estados a adotarem medidas econômicas para assegurar progressiva prestação dos direitos sociais" (pág. 24 da petição inicial).

Afirmou que, além disso, os dispositivos atacados são "inconstitucionais por violar o princípio da vedação de proteção deficiente de bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Este representa uma das facetas do princípio da proporcionalidade, derivado da cláusula pétrea do devido processo legal, na sua concepção substantiva (CR, art. 5º, LIV)." (pág. 28 da petição inicial)

Por essas razões, requereu o deferimento de cautelar para suspender a eficácia das normas impugnadas.

Argumentou que o periculum in mora "decorre do fato de a manutenção de eficácia das normas atacadas agravar a insuficiência de recursos que permitam regular funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS)" (pág. 30 da petição inicial).

Salientou, ainda, como fundamento do perigo o crescente desemprego no país, o que costuma gerar a rescisão dos planos privados de saúde e a busca pelo sistema público de saúde. Assim, com a redução do orçamento para a saúde e, ainda, com o aumento do número de usuários o colapso no sistema público seria iminente.

Aduziu, por fim, que: "A EC 86/2015 exacerba o quadro crônico de subfinanciamento da saúde pública no País, apontado ao longo desta petição, que causa número formidável de mortes e agravos evitáveis à saúde dos cidadãos brasileiros, com enorme sofrimento individual e impactos na economia e no desenvolvimento. É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa

em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (pág. 32 da petição inicial).

Nos termos do art. 10 da Lei 9.868/1999, determinei a oitiva do Congresso Nacional, da Advocacia-Geral da União e do Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

O Presidente do Congresso Nacional prestou informações, afirmando a inexistência de vício formal, pois "a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição em ambas as Casas do Congresso Nacional obedeceu a todos os ditames constitucionais, legais e regimentais relativos ao processo legislativo ordinário, não havendo que se falar em inconstitucionalidade." (pág. 2 do documento eletrônico 28)

No mérito, sustentou que: "a EC estatuiu que a execução de emendas parlamentares individuais (até o 1,2% da Receita Corrente Líquida do exercício anterior) é obrigatória, fixando também a obrigatoriedade de que metade seja direcionada à saúde. Também há fixação de um mínimo das despesas totais da União para a saúde em 15% da Receita Corrente Líquida no período de 5 anos. Veja que a conclusão é de que há uma parte do orçamento que passa a ser de execução obrigatória, o que vai contra a afirmação de ter havido prejuízo à saúde" (págs. 4-5 do documento eletrônico 28).

A Advocacia-Geral da União opinou pelo indeferimento da cautelar. A manifestação foi assim ementada: "Sistema Único de Saúde. Artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015. Alteração da forma de cálculo dos recursos mínimos a serem aplicados pela União em ações e serviços públicos de saúde. Suposta violação a cláusula pétrea. Ausência de fumus boni iuris. O autor pretende conferir a condição de cláusula pétrea ao disposto no artigo 5º da Lei Complementar nº 141/2012 e no artigo 4º da Lei nº 12.858/2013, restringindo, assim, o exercício do Poder Constituinte reformador. O princípio da vedação do retrocesso destina-se a proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e não a impedir a adequação do Texto Constitucional às variações ocorridas nos campos político, econômico e social. Ausência de periculum in mora. O ato impugnado já vem produzindo efeitos há mais de um ano e meio. Precedentes dessa Suprema Corte. Manifestação pelo indeferimento do pedido de medida cautelar" (pág. 1 do documento eletrônico 30).

A Procuradoria-Geral da República, por seu turno, manifestou-se pelo deferimento da medida, em parecer assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 2º E 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 86/2015. NOVO PISO PROGRESSIVO PARA APLICAÇÃO EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. AGRAVAMENTO DO SUBFINANCIAMENTO DO SUS. OFENSA A CLÁUSULA PÉTREIA E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À SAÚDE. RETROCESSO SOCIAL. CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO. PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE. INOBSERVÂNCIA

## DO DEVER DE PROGRESSIVIDADE NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS.

1. Ofende cláusulas pétreas da Constituição da República a redução drástica no orçamento público para ações e serviços em saúde, promovida pelos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015, por violar, a um só tempo, os direitos à vida e à saúde

(CR, arts. 5º, caput, 6º e 196 a 198, caput e § 1º); o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1º, caput e III); o princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV), em sua acepção substantiva, na

faceta de proibição de proteção deficiente; e o dever de progressividade na concretização de direitos sociais, assumido pelo Brasil no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992) e no Protocolo

Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto 3.321/1999).

2. Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre de as normas agravarem a insuficiência de recursos que permitam regular funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), isto é, o crônico subfinanciamento do sistema, reconhecido por

autoridades do próprio Poder Executivo federal, a impactar diretamente os direitos fundamentais à vida e à saúde dos seus usuários, com potencialidade recrudescimento com o decorrer do tempo.

3. Parecer por concessão de medida cautelar e, em definitivo, por procedência do pedido" (págs. 1-2 do documento eletrônico 32).

Foram formulados, ainda, pedidos de ingresso como *amicus curiae* pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas - AMPCON (documento eletrônico 14) e pelo Instituto de Direito Sanitário Aplicado - IDISA (documento eletrônico 19).

É o relatório. Decido a cautelar.

A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, o dever estatal da sua consecução, cuja garantia pressupõe "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196). Para alcançar tal finalidade, fontes de receita relativas à seguridade social (arts. 195 e 198, § 1º) e o dever de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde (arts. 167, IV e 198, §§ 2º e 3º) se conjugaram na garantia de financiamento estável e progressivo.

Trata-se da dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à saúde, que também se revela na sua organização administrativa por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, concebido como uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde que prima pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação da comunidade em sua gestão e controle (art. 198, caput).

Ingo Sarlet retoma, a esse propósito, a existência de uma eficácia dirigente e irradiante dos direitos fundamentais, na medida em que eles contêm "uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização", bem como "fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional".<sup>1</sup>

Para o autor, 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. Por isso, "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". (grifei)

Ou seja, segundo Sarlet, 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.<sup>2</sup>

No mérito da demanda em apreço, indubitavelmente há de se reconhecer a existência de "imperativos de tutela" na forma como a Constituição de 1988 estruturou garantias instrumentais de organização e procedimento para fins de proteção do direito fundamental à saúde. Isso porque o direito de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde a que se refere o art. 196 é realizado por meio de políticas sociais e econômicas que foram definidas estruturalmente no art. 198, na forma do Sistema Único de Saúde e do seu financiamento adequado.

A dimensão objetiva do financiamento adequado do direito fundamental à saúde, segundo Heleno Taveira Torres, encontra-se fundada nas garantias financeiras, assentadas constitucionalmente, de gasto mínimo e fontes próprias de receitas no bojo do orçamento da seguridade social. Torres trata da verdadeira função de efetividade dos orçamentos públicos em prol dos direitos e liberdades fundamentais:

"A proteção da efetividade dos direitos e liberdades fundamentais tem máxima eficácia no Estado Democrático de Direito. Por isso, o orçamento público regime por uma Constituição Financeira deve ter como objetivo alocar todos os meios necessários para a realização deste fim constitucional do Estado nas sumas máximas possibilidades.

[...] Cumpre apenas assinalar o papel do orçamento público como 'meio' privilegiado para que se evidencie o controle sobre a realização daqueles fins constitucionais do Estado e sua capacidade de funcionar como instrumento essencial para promover a aplicabilidade dos direitos e liberdades".<sup>3</sup>

O orçamento público deve obediência aos imperativos de tutela que amparam os direitos fundamentais, assim como, de fato, o direito à saúde, em sua dimensão de direito subjetivo público e, portanto, prerrogativa indisponível do cidadão, reclama prestações positivas <sup>4</sup> do Estado que não podem ser negadas mediante omissão abusiva, tampouco podem sofrer risco de descontinuidade nas ações e serviços públicos que lhe dão consecução, com a frustração do seu custeio constitucionalmente adequado .

A noção do que seria tal custeio adequado obviamente há de se assentar em bases juridicamente estáveis (conforme assegura o princípio da segurança jurídica) e fiscalmente progressivas (em consonância com os princípios da proporcionalidade e reserva do possível). Esse, por sinal, foi o sentido da bela análise empreendida pelo Ministro Celso de Mello no exame da ADPF-MC 45/DF, na qual asseverou não caber a manipulação da atividade financeira do Estado que inviabilizasse o estabelecimento e a preservação do direito à saúde:

"[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumple advertir, desse modo, que a cláusula da ' reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (ADPF-MC 45, Relator Ministro Celso de Mello. Grifei).

É imperativa, pois, a conclusão de que, ao direito fundamental à saúde, correspondem garantias fundamentais de organização sistêmica (SUS) e de financiamento suficiente e progressivo,<sup>5</sup> conforme a disponibilidade das receitas da seguridade social e o piso de custeio no setor.

Tal arranjo protetivo visa à máxima proteção do direito à saúde, na medida em que seu dever de realização progressiva decorre da lógica do próprio art. 5º, §

1º da Constituição, segundo a qual "a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto".<sup>6</sup>

Como bem delineado pelo Procurador-Geral da República na peça inicial desta ação, "[o constituinte originário] alçou a saúde à categoria de direito fundamental e montou arcabouço necessário para sustentá-la, por meio do financiamento público do SUS. Assegurou acesso universal e igualitário às suas ações e serviços e estabeleceu, como diretriz do sistema, atendimento integral (CR, arts. 196, caput e 198, II). O financiamento público, como dito, é um dos pilares do sistema e **pressupõe progressividade, ao menos até que se cumpra a meta do art. 196** (acesso universal e igualitário). Não por outra razão, a Lei Complementar 141/2012 vedava, mesmo em hipótese de variação negativa do PIB, redução do valor nominal investido no ano precedente" (grifei).

Nesse contexto, como anota Ana Paula de Barcellos, "o constituinte originário não deixou ao livre alvedrio do legislador ordinário, isto é, da maioria episodicamente no poder, o estabelecimento das prioridades e nem muito menos quanto devem investir nas áreas de educação e saúde, principalmente. Ao contrário, vinculou-o desde logo às prioridades que previamente estabeleceu, indispensáveis ao alcance das metas propostas, e, mais que isso, ao quanto se deve investir nos respectivos setores, de modo a tornar até mesmo sindicáveis pelo poder judicial as respectivas políticas públicas à luz do princípio da eficiência a que se submete a administração pública".<sup>7</sup>

Diferentemente do que se suscita usualmente, tal prioridade alocativa dos orçamentos públicos em favor do custeio das ações e serviços públicos de saúde não foi fixada apenas nos § 2º e § 3º do art. 198 da Constituição de 1988, a partir da Emenda 29/2000.

A bem da verdade, o constituinte originário já havia indicado no então parágrafo único do art. 198 que "o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes". Para que houvesse absoluta clareza a respeito de tal dever de custeio, o constituinte originário também cuidou de estabelecer regra de proporcionalidade provisória no art. 55 do ADCT, no intuito de assegurar que 30% (trinta por cento) do orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III, da CF) fosse vertido à política pública de saúde.

Não é sem razão que a destinação das contribuições sociais, tal como definida nos arts. 149, 194, parágrafo único, V e VI e 195, visa ao custeio da seguridade social (de cujo tripé substantivo a saúde participa) persiste constitucionalmente hígida, a despeito das regras de desvinculação parcial de receitas que remontam desde a Emenda Constitucional de Revisão 1/19948 e que têm sido sucessivamente prorrogadas no ADCT desde então, até a recente Emenda Constitucional 93/2016.

Como o direito à saúde reclama prestações positivas e diante das diversas omissões governamentais quanto ao cumprimento do seu arranjo constitucional protetivo (SUS e financiamento suficiente no bojo do orçamento da seguridade social), o Constituinte Derivado, por meio da EC 29/2000, pretendeu mitigar a vulnerabilidade fiscal das ações e serviços públicos de saúde, com o dever de gasto mínimo em moldes análogos ao piso da educação.

A inserção dos citados § 2º e § 3º no art. 198 e do art. 77 no ADCT foi feita na EC 29/2000 para conter o risco de retrocesso no financiamento do SUS, sobretudo após a segregação da fonte de custeio da previdência social no bojo do orçamento da seguridade (art. 167, XI, com a redação dada pela EC 20/1998). Segundo Élica Graziane Pinto,

"a vinculação de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde revelou-se, com o passar dos anos no pós-Constituição de 1988 e com a segregação setorial do orçamento da seguridade social, como uma medida juridicamente necessária. A política pública de saúde não conseguiria mais captar recursos do conjunto da arrecadação de contribuições sociais. Tampouco poderia se equiparar, do ponto de vista de estrutura estável de financiamento, à previdência social. Tal fragilidade adveio da reforma previdenciária de 1998 [...], que tornou exclusivas desse setor algumas das mais robustas contribuições sociais, em termos de arrecadação."9

A escolha, feita constitucionalmente em 2000, foi pelo aperfeiçoamento do regime de financiamento do direito fundamental à saúde que vigia desde 1988, equiparando-o - em primazia fiscal - ao direito à educação. Comprovam tal esforço as alterações promovidas no art. 34, VII, e, no art. 35, III e no art. 167, IV feitas também pela EC 29/2000, sem prejuízo da proteção adicional inscrita no art. 160, parágrafo único, II, por meio do condicionamento da entrega dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e Municípios ao cumprimento do respectivo dever de aplicação mínima em ASPS's.

A rota normativa verificada é de progressividade em prol do direito à saúde e da sua garantia de custeio suficiente em face dos ditames constitucionais de atendimento universal, igualitário e integral no âmbito do SUS, bem como em face da garantia de irredutibilidade no volume de benefícios 10 da seguridade de que trata o art. 194, parágrafo único, IV, também da Constituição .

Tantas e tamanhas têm sido as distorções fáticas no cumprimento do dever de gasto mínimo em saúde que a invocação da responsabilidade solidária na garantia de eficácia do direito fundamental perante as demandas judiciais se revela, de fato, medida necessária, mas não suficiente para lidar com o problema. É imprescindível adicionalmente a compreensão das competências de cada ente da federação, donde deveria decorrer o correspondente rateio de recursos para fins de equilíbrio entre recursos e obrigações de despesas suportadas por cada qual.

À luz dos artigos 23, II, 30, VII e 198 da Constituição, não poderia qualquer dos entes políticos retrair unilateral e abusivamente sua participação proporcional no volume total de recursos públicos destinados ao SUS, sem sobrecarregar os

demaís entes e sem impor grave risco de desestruturação no arranjo protetivo do direito fundamental.

Precisamente por isso tem sido bastante questionado judicialmente o déficit de aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, tanto na seara da responsabilização pessoal do gestor inadimplente (sobretudo, improbidade administrativa) quanto na incidência das sanções de suspensão de transferências voluntárias a que se refere o art. 25, §1º, IV, b da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) e de condicionamento das transferências obrigatórias, na forma do art. 160, parágrafo único, II, da Constituição.

Contribuiu para agravar o cenário de severos impasses fiscais federativos no custeio do direito fundamental à saúde, a longa mora legislativa em regulamentar a EC 29/2000, que só ocorreu em 2012 com o advento da Lei Complementar 141, a despeito de o art. 77 do ADCT ter sido inicialmente concebido para vigorar tão somente por 5 (cinco) anos.

Em decorrência do lapso normativo entre 2006 a 2012, quanto à falta de pertinente regulamentação da EC 29/2000, persistiram divergências profundas e diversas rotas de esvaziamento do alcance protetivo do dever de gasto mínimo em ações e serviços públicos de saúde, diante da prorrogação da vigência provisória do art. 77 do ADCT.

Cabe repisar que esse é o sentido dos incisos I e IV do parágrafo único do art. 194, ao que se soma o forte comando do art. 196, ambos inscritos na Constituição de 1988 desde sua redação originária. Da conjugação desses dispositivos é que se extrai a perspectiva de que qualquer restrição de cobertura ou atendimento no âmbito do SUS e, por conseguinte, do montante de recursos públicos ali empregados pelos governos lesa o direito à saúde, por lhe esvaziar das suas finalidades de redução do risco de doença e de outros agravos, bem como de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação .

Acerca da tensão entre reserva do possível e consecução progressiva do direito fundamental à saúde, Fernando Facury Scaff bem observa que:

"[...] o conceito de *reserva do possível* está casado com outro, muito caro aos direitos sociais, que é o da *progressividade* na concretização desses direitos. Os direitos prestacionais, tal como o direito à saúde, não são direitos que se disponibilizam integralmente de uma única vez. São direitos fornecidos progressivamente pelo Estado, de modo que, passo a passo, em um ritmo crescente, ele se torna cada vez mais concretizado - o que não ocorre com outros direitos, tal como o de *maioridade*, a qual se obtém de um dia para outro - literalmente. Os direitos sociais são *direitos implementados à prestação, de forma progressiva*.

Esta característica aplicada ao direito à saúde no Brasil implica em dizer que o direito "à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação",

constante do art. 196 da CF, não é algo que seja obtido de plano, plenamente finalizado em um dado momento histórico. Isto decorre do desenvolvimento científico e tecnológico da medicina que sempre traz novas respostas aos problemas de saúde existentes, bem como das limitações próprias dos recursos públicos disponíveis. Não há e nem haverá jamais recursos suficientes para implementar de forma completa e cabal o direito à saúde de modo a satisfazer plenamente todas as necessidades da sociedade - infelizmente.

Portanto, *a reserva do possível* está, de certo modo, casada com a necessária característica de serem os direitos sociais *direitos a prestações*. Os recursos públicos são escassos, mas, a despeito disso, devem sempre ser utilizados de modo a ampliar as prestações sociais que implementem os direitos sociais previstos em nossa Constituição".<sup>11</sup>

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

Assim, considerando serem material e faticamente inesgotáveis<sup>12</sup> os fins de redução do risco de doença e de outros agravos, bem como a meta de assegurar acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196), outra alternativa não há senão manter e aprimorar o financiamento "historicamente insuficiente" (como suscitado pelo requerente) da política pública de saúde.

Ana Paula de Barcellos, a esse respeito, pertinentemente alerta que:

" Se o Estado tem o dever de oferecer determinada prestação em matéria de saúde por força do próprio texto constitucional - isto é: se se trata de uma prioridade definida pela Constituição sob a forma de um consenso mínimo oponível a todos os grupos políticos -, parece lógico concluir que o Poder Público está obrigado a tomar decisões orçamentárias coerentes com esse dever . Veja-se: se o Estado está obrigado, pela Constituição, a oferecer serviços que custam dinheiro, concluir que o mesmo Estado estaria absolutamente livre para investir os recursos disponíveis como lhe pareça melhor - inclusive livre para não investir nos serviços referidos - parece um contrasenso .

Nesse cenário, se há carência de postos de saúde, Executivo e Legislativo estão obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar os recursos necessários à prestação de tais serviços. A não alocação de verbas nesses termos descreverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida. E se se trata de um dever jurídico - isto é: o dever de alocar os recursos necessários para a prestação de serviços exigidos constitucionalmente -, sua inobservância deve poder ser objeto de controle jurisdicional !"<sup>13</sup>(Grifei).

Não cabe omissão deliberada, tampouco retrocesso no custeio do direito à saúde, ainda que não se possa pretender assegurar ilimitadamente - no campo

das demandas individuais, inclusive judiciais, pela integralidade do direito à saúde - tratamentos alheios aos limites orçamentários, administrativos e tecnológicos da política pública.

Fernando Facury Scaff chega a afirmar a existência de um "orçamento mínimo social", na medida em que "o constituinte não concedeu ao legislador tão ampla discricionariedade sobre quanto deve destinar do montante arrecadado para os gastos sociais. Isto porque a própria Constituição traz uma série de obrigatórias vinculações de receita às despesas sociais".<sup>14</sup> Daí é que sobressaem as "garantias constitucionais de financiamento dos direitos sociais" a que Scaff se refere.

Dado o seu caráter instrumental (garantia procedimental), Comparato e Pinto<sup>15</sup> chegam a suscitar que os deveres de aplicação mínima de recursos em saúde e educação ("pisos" de que tratam os arts. 198 e 212 da CF) comportam-se como remédios constitucionais que resguardam e tutelam o nível essencial de efetividade de tais direitos sociais, em moldes análogos ao habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular (art. 5º, incisos LXVIII a LXXIII) .

Nessa mesma linha, Fábio Konder Comparato, Heleno Taveira Torres, Élide Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet sustentam que o financiamento dos direitos à saúde e à educação são mínimos inegociáveis :

"Há um aprendizado histórico digno de nota na vivência da Constituição de 1988 pela sociedade brasileira: a prioridade do nosso pacto fundante reside na promoção democrática dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, garantes de uma cidadania inclusiva e ativa. Justamente nesse contexto, o regime de vinculação de recursos obrigatórios para ações e serviços públicos de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino tem sido o mais exitoso instrumento de efetividade de tais direitos, ademais de evidenciar a posição preferencial ocupada pela educação e pela saúde na arquitetura constitucional.

No que concerne ao direito fundamental à educação, somente períodos ditatoriais ousaram rever o compromisso social assumido desde a Constituição Republicana de 1934 de financiamento governamental em patamares mínimos nesse setor. Ou seja, há mais de 80 anos a nação brasileira reconhece na educação pública o caminho decisivo para a progressiva e inadiável superação da dependência tecnológica, ainda que sejam lentos e complexos os esforços de associar dever de gasto mínimo a qualidade no ensino.

Os retrocessos causados pelas Constituições de 1937 e 1967/1969 certamente adiaram esse histórico processo cumulativo de buscar universalizar o acesso à escola para todos os cidadãos, com o dever de ensino de qualidade. Apesar de tais retrocessos autoritários e desde a Emenda Calmon de 1983, a sociedade brasileira parecia caminhar para horizonte civilizatório basilar, como rota progressiva de materialização da dignidade humana sob os comandos legitimamente construídos e fixados em nossa Constituição Cidadã e no Plano Nacional de Educação (Lei 13.005/2014).

Do ponto de vista do direito fundamental à saúde, havia, desde a redação originária da Carta de 1988, dispositivo que assegurava proporcionalidade mínima do custeio desse setor no bojo do Orçamento da Seguridade Social (OSS). Isso porque o artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previa a necessidade de resguardar, no mínimo, 30% desse orçamento especial para a política pública de saúde. Se tivéssemos mantido, ao longo do tempo, tal proporção dada transitoriamente pelo Constituinte Originário, o Sistema Único de Saúde contaria atualmente com disponibilidade de custeio quase 2,5 vezes maior que a dotação prevista para o exercício de 2016.

Em 2000, para remediar a expressiva e histórica instabilidade fiscal na promoção do direito fundamental à saúde pelo Estado, foi promulgada a Emenda Constitucional 29, instituindo a proteção de custeio mínimo em ações e serviços públicos de saúde, em moldes análogos ao piso da manutenção e desenvolvimento do ensino . Ainda que o piso federal no setor tenha sido recentemente alterado pela EC 86/2015, a progressividade de financiamento conforme o nível da receita subsiste, no artigo 198 da nossa Constituição, como dever para todos os entes da federação.

[...] Oito décadas, desde a sua instituição pela Constituição de 1934, ensinaram-nos a não negociar o mínimo de custeio para a educação, a dele não abrir mão. Quase três décadas nos ensinaram a primar pela defesa da saúde em sua dimensão sistêmica, pública, universal e integral.

Estamos em pleno processo pedagógico e civilizatório de educar e salvaguardar a saúde de nossos cidadãos, o que não pode ser obstado ou preterido por razões controvertidas de crise fiscal. Nada há de mais prioritário nos orçamentos públicos que tal desiderato constitucional, sob pena de frustração da própria razão de ser do Estado e do pacto social que ele encerra".<sup>16</sup>

A clara relação de garantia entre o direito fundamental à saúde e seu regime de financiamento mínimo encontra guarida não só na doutrina, mas na leitura integrada dos artigos 1º, caput e inciso III; 5º, §1º e §2º; 6º; 34, VII, e; 35, III; 160, parágrafo único, II; 167, IV; 193; 194, caput e parágrafo único, I, IV, V e VI; 195, §4º e §10; 196; 197; 198 e 200 da Constituição Federal, bem como em fortes e reflexivos "imperativos de tutela" 17 que regem a organização estrutural do SUS e seu procedimento de defesa pelo Estado na forma do dever de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde .

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

Em reforço interpretativo, cabe resgatar o art. 34, VII, e e o art. 35, III, da Constituição como evidências de que os deveres de aplicação mínima de recursos nas ações e serviços públicos de saúde e nas atividades de

manutenção e desenvolvimento do ensino preservam o núcleo de identidade e a imutabilidade constitucional . Isso porque os pisos se comportam como princípios sensíveis da CF, cuja violação pode ensejar a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal ou a intervenção estadual em seus municípios. A hipótese é tão grave que veda, nos termos do art. 60, §1º, a apreciação de proposta de emenda constitucional no período da vigência da intervenção.

Especificamente no caso em exame, a síntese parcial que cumpre firmar é a de que a proteção constitucional do direito à saúde e, por conseguinte, do direito à vida, exige que sejam assegurados concomitantemente a higidez do SUS e o seu financiamento adequado, seja pelo viés das fontes próprias e solidárias de receitas da seguridade social, seja pelo viés do dever de gasto mínimo no setor. Este é o estágio já conquistado de realização do direito à saúde, cujo retrocesso viola seu núcleo essencial . **Em relação ao orçamento para a saúde, antes da entrada em vigor da EC 86/2015, ora impugnada, a Constituição Federal estabelecia em seu art. 198, § 2º, I, que os percentuais mínimos a serem aplicados anualmente pela União, em ações e serviços públicos de saúde, seriam definidos por meio de lei complementar.**

Esse preceito só foi tardiamente regulamentado pela Lei Complementar 141, de 13/1/2012. Dispõe o seu art. 5º, § 2º:

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

[...]

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

Como se nota, o dispositivo em comento impedia o retrocesso nominal, ainda que houvesse variação negativa do PIB.

A EC 86/2015 estabeleceu nova forma de cálculo dos percentuais a serem aplicados anualmente pela União, em ações e serviços públicos de saúde, *in verbis*:

"§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento)".

Esse percentual de 15%, contudo, só será alcançado após cinco exercícios financeiros subsequentes à promulgação da citada Emenda Constitucional, conforme estabelece o art. 2º:

"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".

E nos termos do 4º da EC 86/2015,18 ela passou a produzir efeitos a partir da execução orçamentária do exercício de 2014, ou seja, a nova forma de cálculo do orçamento para a saúde valeu a partir de 2015.

Anoto, por oportuno, os valores nominais alocados no orçamento da União para saúde desde 2011:19

2011 - R\$ 71 bilhões

2012 - R\$ 91,7 bilhões

2013 - R\$ 99,8 bilhões

2014 - 106 bilhões

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

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

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

É nesse ponto que residira a primeira inconstitucionalidade apontada pela PGR.

Isso porque, segundo apontou, haveria perdas nominais nos primeiros exercícios subsequentes à promulgação da referida Emenda, o que, como visto, não era permitido pela forma de cálculo estabelecida pela Lei Complementar 141/2012.

Conforme apontou o Professor Francisco Funcia:

"Um exemplo claro da perda de aplicação em ASPS decorrente da EC 86/2015 pode ser evidenciado a partir da simples constatação de que, se estivesse vigorando em 2014, as despesas empenhadas corresponderam a 14,2% da RCL, enquanto que, para os primeiro e segundo anos de vigência, os percentuais constitucionais são menores (13,2% e 13,7%, respectivamente). Como ainda não terminou o exercício de 2015 e fatos novos surgem diariamente, não é possível ter um valor exato da perda decorrente somente da mudança de critério para apuração do cálculo do valor mínimo, sendo que, num dos cenários, chegará a R\$ 9 bilhões. Em outro estudo que realizamos posteriormente, para manter o padrão de gasto de 2014 e incorporar os acréscimos de despesas obrigatórias, foi estimada uma insuficiência na peça orçamentária de 2016 de R\$ 16,6 bilhões em 2016, se for destinado somente o valor mínimo de R\$ 100,3 bilhões (calculado com base em 13,2% da RCL nos termos da EC 86/2015)".20

Fato é que a ocorrência de reforma constitucional que vise ao aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais é medida desejável de atualização dos fins e preceitos da CF, mas alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por eles alcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros. Nesse sentido, cabe retomar a forte lição de Paulo Bonavides:

"Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. [...]

Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem sucedida e eficaz da Constituição".21

O escalonamento temporal previsto no art. 2º da EC 86/2015, direta ou indiretamente, assumiu o risco de impor percentuais proporcionalmente inferiores ao piso anteriormente vigente na forma da EC 29/2000, na medida em que, a depender do comportamento da receita corrente líquida da União e diante do agravamento da crise fiscal pela qual o país tem passado, será perdida a proteção inserida no art. 5º, § 2º da Lei Complementar 141/2012, que regulamentou o regime de financiamento mínimo inserido no art. 198, § 2º e § 3º pela EC 29/2000.

Tal procedimento fere frontalmente o dever de progressividade inscrito no art. 5º, §§ 1º e 2º e também a garantia de irredutibilidade a que se refere o art. 194, parágrafo único, IV da Constituição, os quais se encontram lastreados no nuclear comando de preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, caput e III) e nos tratados internacionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais dos quais o país é signatário.

Houvesse real intenção de progressividade na promulgação da EC 86/2015 (com o novo patamar de gasto mínimo em ações e serviços públicos fixado em 15% da receita corrente líquida da União, em atendimento alternativo ao pleito popular do Movimento Saúde +10), não haveria os subpisos de 13,2% em 2016, 13,7% em 2017, 14,1% em 2018 e 14,5% em 2019 .

Retrocesso transitório ainda assim é retrocesso, já que a promessa de crescimento futuro do piso não garante que os subpisos serão superados ao longo das execuções orçamentárias, ainda mais com a regra de incorporação no cômputo do gasto mínimo federal em ações e serviços públicos de saúde das receitas oriundas da exploração de petróleo e gás.

Segundo Élide Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet, a EC 86/2015 trouxe retrocesso ao dever de gasto mínimo federal em saúde, na medida em que dá consecução à deliberada conversão do piso em teto fiscal de despesas no setor :

"Hoje, ao invés de celebrarmos a vinda da EC 86/2015, estamos a quantificar perdas, ademais de imprimir um ritmo menor aos avanços na conquista de novas fontes de recursos federais para o SUS, tal como implicado pela troca de critérios ora levada a efeito. [...]

Assim, fica, desde já, a inquietação diante de um evidente retrocesso em matéria fiscal, no sentido de virmos a ter, em 2016, um 'piso' de 13,2% da receita corrente líquida da União, que é histórica e proporcionalmente inferior aos 14% da RCL federal que eram gastos em 2000, quando promulgada a Emenda 29.

O que se está a descortinar, na quadra atual e de modo cada vez mais evidente, é a ocorrência de uma progressiva estagnação no que diz com o gasto federal em saúde pública, de modo a desnudar - ainda mais com o novo regramento introduzido pela Emenda 86/2015 - que o que deveria ser o piso em verdade sempre funcionou primordialmente como teto. Que o direito fundamental à saúde merece mais é algo que nos parece evidente e está na hora de abirmos os olhos para tal fenômeno".<sup>22</sup>

Os autores fazem observar que: " o escalonamento de percentuais abaixo dos 15% da receita corrente líquida da União ao longo de 5 anos, não só permite que o Governo Federal promova um cumprimento dito 'progressivo' de percentuais abaixo do mínimo inscrito no art. 198, §§2º e 3º da CR/1988, como também afirma que este é máximo, justamente por não poder ser atingido desde logo, no presente " .

Além disso, aduzem ser:"prejudicial [a] reversão do regime conquistado após as manifestações de junho de 2013 [art. 2º, § 3º e art. 4º da Lei 12.858, de 9 de

setembro de 2013], segundo o qual seria destinado à saúde pública, em acréscimo ao patamar mínimo constitucional, o montante de 25% das receitas oriundas da exploração do pré-sal".

Em tal confluência de restrições ao regime de custeio mínimo das ações e serviços públicos pela União é que se verifica severo risco de retrocesso, suficientemente capaz de indicar a fumaça do bom direito na impugnação em apreço.

No caso em exame, observa-se a falta de justificativa hábil acerca da existência de eventuais medidas compensatórias,<sup>23</sup> bem como a ausência de comprovação expressa que indique a proporcionalidade e a obediência ao princípio da segurança jurídica na imposição de subpisos, marcados pelo risco da regressividade em face do regime anterior dado pela EC 29/2000, e da perda do caráter de fonte adicional de receitas para os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás. Esta a razão pela qual cabe reconhecer a desconformidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 com o núcleo de identidade protetivo do direito à saúde na Constituição de 1988.

Como leciona Canotilho,

" o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial |".<sup>24</sup>

Segundo Alessandra Gotti,

" o retrocesso social acarreta a presunção de invalidez ou inconstitucionalidade da medida adotada, bem como transfere ao Estado o ônus da prova quanto à sua razoabilidade [...] e proporcionalidade".<sup>25</sup> Isso porque o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU aponta para o dever de cada Estado-parte, em caso de retrocesso constatado, de "demonstrar que examinou todas as alternativas existentes e justificá-las em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da utilização do máximo dos recursos disponíveis, consagrando assim a inversão do ônus da prova, conforme pode ser verificado no Comentário Geral n. 3 (a índole das obrigações dos Estados-partes), parágrafo 9".

As alterações empreendidas pelos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 no financiamento mínimo do direito à saúde inegavelmente constroem a estabilidade jurídica e o caráter progressivo do custeio federal das ações e serviços públicos de saúde.

Por derradeiro, vale lembrar que esta ADI cuida de perquirir sobre eventuais afrontas ao dever federal de financiamento mínimo do direito à saúde, causadas pelos arts. 2º e 3º da Emenda 86/2015, sendo esses os estritos limites em que pode ser avaliada a controvérsia acerca da incidência do regime dado pela

Emenda 95/2016 em relação ao piso constitucional de custeio das ações e serviços públicos de saúde .

Muito embora o art. 3º da Emenda 95/2016 tenha revogado o art. 2º da Emenda 86/2015, o percentual aplicado pela União em ações e serviços públicos de saúde foi inferior a 15% da sua receita corrente líquida em 2016. Trata-se de constatação inequívoca, haja vista o fato de que o Governo federal invocou a incidência do art. 2º, I da EC 86/2015, a pretexto da validade do subpiso de 13,2% para o exercício financeiro em comento.

Como se vê, persiste, indubitavelmente, controvérsia a merecer julgamento de mérito por este Tribunal, além do fato de que segue vigente o art. 3º da EC 86/2015.

Esse entendimento de que não cabe a arguição de perda de objeto nos presentes autos é corroborado pela oficial constatação do Conselho Nacional de Saúde 26 de que houve déficit federal de aplicação em saúde em 2016 em face do patamar fixado no art. 198, § 2º, I, da Constituição .

As contas do Ministério da Saúde relativas ao ano passado foram rejeitadas pela sua respectiva instância de controle social, no âmbito da competência de avaliar e emitir parecer conclusivo a respeito dos relatórios trimestrais e do Relatório Anual de Gestão (RAG), a que se referem os artigos 36, § 1º, 39, § 4º e 41 da Lei Complementar 141/2012.

O embasamento da rejeição do Relatório Anual de Gestão do Ministério da Saúde de 2016 pelo Conselho Nacional de Saúde foi o parecer da sua Comissão de Financiamento e Orçamento, concluído, em suma, nos seguintes termos:

"Considerando a análise realizada anteriormente, incluindo os Anexos, a conclusão referente ao RAG 2016 e ao RPQC/3º Quadrimestre/2016 resultou nos seguintes apontamentos :

A) Descumprimento da aplicação mínima constitucional em ASPs (14,96% ou R\$ 253 milhões abaixo do mínimo);

B) Não compensação integral dos restos a pagar cancelados em 2015 (insuficiente em R\$ 439 milhões);

C) Inexistência de critérios para a escolha das despesas não executadas ou executadas parcialmente em razão do contingenciamento estabelecido pela área econômica;

D) Não demonstração pelo Ministério da Saúde da alocação de recursos suficientes para promover a mudança de modelo de atenção à saúde (para priorizar a atenção básica);

E) Queda real dos valores das transferências fundo a fundo para estados, distrito federal e municípios;

F) Reincidência da baixa execução (pelo nível de liquidação - 'inadequado', 'intolerável' e 'inaceitável') de itens de despesas apesar dos alertas do CNS nos três quadrimestres de 2016, sendo que dos 24 dos avaliados com níveis de liquidação da despesa 'inadequado' em 2015 no fundo nacional de saúde, apenas 5 passaram para os níveis 'adequado' e/ou 'regular'; em 2016;

G) Inexistência de avaliação dos impactos nas condições de saúde da população dos recursos transferidos para estados e municípios;

H) Não comprovação da existência de recursos financeiros vinculados às contas do Fundo Nacional de Saúde e das demais unidades da administração indireta do MS correspondentes aos valores dos empenhos a pagar e dos saldos dos restos a pagar em 31/12/2016, para que se comprove a efetiva aplicação mínima legalmente estabelecida para 2016 nos termos da LC 141/2012;

I) Inexistência de dotação orçamentária específica para compensação integral dos restos a pagar cancelados a partir de 2012, além da não compensação de restos a pagar cancelados desde 2000 que fizeram parte do cômputo da aplicação em ASPS;

J) Não atendimento à solicitação do CNS de presença de representante do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão no pleno do CNS para debater a compensação dos restos a pagar cancelados; e

K) Não atendimento à solicitação do CNS de apresentação da análise de viabilidade técnica e financeira de execução dos restos a pagar antigos (2014 e anos anteriores).

Recomendamos a não aprovação do RAG 2016 do Ministério da Saúde, bem como que esses apontamentos sejam considerados como indicações das medidas corretivas da gestão a serem encaminhadas ao Presidente da República nos termos da Lei Complementar nº 141/2012, especialmente no que se refere à compensação imediata em 2017 do valor da aplicação considerada insuficiente nos termos constitucionais e legais anteriormente destacados".

Tal análise foi submetida ao Plenário do Conselho Nacional de Saúde que, em reunião ordinária realizada no dia 6 de julho deste ano, deliberou formalmente, por meio da Resolução 551/2017, reprovar o Relatório Anual de Gestão 2016 do Ministério da Saúde, com base no apontamento de déficit de aplicação no piso federal em saúde.

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

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

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

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

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

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 31 de agosto de 2017.

Ministro Ricardo Lewandowski

Relator" (Destaquei)

Dos fundamentos da r. decisão monocrática do STF acima reproduzida, em suma, se extrai (como material empírico de sustentação *daratio decidendide*ste parecer) o cenário da preocupação jurídica concernente ao subfinanciamento da saúde pública no país, cujas **'normas que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais - garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea -, devem ser declaradas incompatíveis com o sistema constitucional vigente'**. Dessa forma, eventual interpretação do termo "independência de adimplência", no tocante às EPIs destinadas ao SUS e que integrem o percentual mínimo previsto no inciso I do § 2º do art. 198 da CF/88, que possa restringir a transferência e execução de tais EPIs, será inadmissível, porquanto implicará em violação ao núcleo de identidade e imutabilidade constitucional.

Por esse fundamento, o Plenário da CNU entendeu que, em síntese, as programações incluídas na LOA por EPIs destinadas à 'ações e serviços públicos de saúde', terão o seu valor (*quantum*) **incluído no cômputo, para efetivo cumprimento, dos recursos mínimos que devem ser aportados anualmente pela União ao SUS** (§ 10 do art. 166 c.c. inciso I do § 2º do art. 198, todos da CF/88), razão pela qual, se enquadram no gênero das **"transferências obrigatórias"**. A rigidez deste tipo de EPI, no tocante à obrigatoriedade da sua transferência e da execução, decorre primordialmente do fundamento que veda ao Estado exercer uma "proteção ineficiente" dos direitos fundamentais - proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) -, o que, sob uma perspectiva

funcional do direito, também sob o prisma do realismo jurídico, se observa como tendência contemporânea do STF na interpretação dos direitos fundamentais de prestação estatal positiva, sobretudo, no campo da saúde.

E nessa linha, apenas na hipótese de efetiva impossibilidade material - ou de impeditivo de ordem técnica -, é que poderia ser impedida a transferência e a consequente execução da EPI destinada a 'ações e serviços públicos de saúde'. Pela mesma razão, outrossim, a possibilidade de redução do percentual das EPIs na forma do § 17 do art. 166, deve ser interpretada de forma a atingir apenas as programações que não sejam relativas a 'ações e serviços públicos de saúde', a fim de não afetar o núcleo de identidade protetivo do direito à saúde na Constituição de 1988, consoante a linha da fundamentação da r. decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowsky proferida na ADI nº 5595 MC/DF, acima colacionada.

Anote-se que *aratio decidendiora* afirmada, parte da aplicação da cláusula 'Untermaßverbot' (proibição de proteção deficiente) no campo das prestações estatais positivas concernentes à tutela da saúde, que é o núcleo da norma do § 10 do art. 166 c.c. o inciso I § 2º do art. 198, todos da CF/88, e assim, perfaz o fundamento da decisão unânime do Plenário da CNU, que em síntese, considerou queas **EPIs que se insiram no percentual destinado a 'ações e serviços públicos de saúde', ao serem pelo § 10 do art. 166 da CF/1988 associadas ao inciso I do § 2º do art. 198 da CF/1988 acabam por integrar esses 0,6% ao percentual obrigatório de destinação de 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro a tais ações e serviços, tornando-se obrigatórias a fundamento constitucional autônomo.**

---

## II.V - Do alcance do termo "independerá de adimplência" (§ 13 do art. 166 da CF/88)

---

Neste tópico importa destacar que a fundamentação levada a cabo até então, perfaz o pano de fundo da solução da questão principal submetida à CNU, concernente ao alcance do termo "independerá de adimplência", previsto no § 13 do art. 166 da CF/88, senão vejamos.

Como visto, a dúvida surgiu a partir do questionamento da CONJUR/MCID acerca da necessidade (ou não) da 'conferência da regularidade junto ao CAUC', como requisito necessário da transferência pela via da EPI. A princípio, o desfecho do DECOR/CGU/AGU por meio do PARECER Nº 016/2016/DECOR/CGU-AGU, foi no sentido de recomendar (na alínea "c" do parágrafo 42, do tópico III - CONCLUSÃO, do parecer)a **alteração do ato normativo infralegal que tratava do assunto**(Portaria Interministerial MP/MF/CGU/SG-PR nº 39/2016),**a fim de esclarecer as implicações da**

**incidência do § 13 do art. 166 da CF a partir do exercício financeiro de 2016**, consoante os termos do item III da ementa do referido parecer, com o trecho abaixo reproduzido:

"III - Recomenda-se a alteração da Portaria Interministerial MP/MF/CGU/SG-PR nº 39/2016, a fim de esclarecer as implicações da incidência do § 13 do art. 166 da CF a partir do exercício financeiro de 2016, nas transferências, da União para outros entes federativos, de recursos oriundos de emendas parlamentares individuais impositivas, no sentido tanto de viabilizar a operacionalização da novidade legislativa em foco no âmbito da Administração Pública Federal, quanto de atribuir segurança jurídica ao tema, sem prejuízo de outras eventuais modificações em atos normativos infralegais diversos aplicáveis à questão."

Em atendimento à recomendação, foi emitida a PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 10, de 23 de janeiro de 2018, para auxiliar o desfecho da questão, com destaque para o disposto no seu art. 22, que faz expressa menção ao PARECER Nº 016/2016/DECOR/CGU-AGU: