VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

IARA PEREIRA RIBEIRO

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

RENATA CAPRIOLLI ZOCATELLI QUEIROZ

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Iara Pereira Ribeiro; Janaína Machado Sturza; Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-732-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

DIREITO E SAÚDE

O VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), o maior encontro da pesquisa e pós-graduação jurídica do país, teve como tema "Direito e Políticas Públicas na era digital". Como de costume, o Encontro Virtual do CONPE-DI promoveu uma ampla integração acadêmica, com a participação de pesquisadores de todas as regiões do país e do exterior.

Neste cenário, o GT Direito e Saúde contou com trabalhos de grande relevância no que concerne às mais diferentes possibilidades de interlocução com as pautas vinculadas à saúde. Foram 24 trabalhos apresentados por pesquisadores de diferentes partes do Brasil – consolidan-do o quê tradicionalmente vem acontecendo neste GT: discussões e reflexões vislumbrando a saúde como direito universal diante de grandes desafios, com desdobramentos, avanços e retro-cessos, em busca de se alcançar um Direito à Saúde mais justo e equitativo.

Para tanto, o GT foi organizado em 4 blocos de apresentação, no sentido de equalizar os debates. No primeiro bloco foram apresentados 6 artigos, dentre os quais: "A SAÚDE PÚBLI-CA FRENTE A FRATERNIDADE E O BIOTERRORISMO: DA GOVERNAMENTALIDADE BIOPOLÍTICA DA POPULAÇÃO AO DISCIPLINAMENTO /CONTROLE DOS CORPOS PELA SOFISTICAÇÃO DA GUERRA", de autoria de Janaína Machado Sturza, Gabrielle Scola Dutra e Mariana Chini, o qual teve objetivo fomentar uma reflexão acerca da compreensão da saúde pública enquanto um bem comum da humanidade, frente a temática do bioterrorismo como tecnologia bélica de poder no âmbito da utilização de armas biológicas como escolha de guer-ra. O segundo artigo, intitulado "SAÚDE E GÊNERO: A DINÂMICA IDENTITÁRIA DAS MULHERES TRANSMIGRANTES SOB AS LENTES TRANSDICIPLINARES DA FRATER-NIDADE", de autoria de Janaína Machado Sturza e Gabrielle Scola Dutra, o qual buscou anali-sar o fenômeno do acesso à saúde e a feminização das transmigrações que articulam uma diás-pora de precariedade ao longo do percurso transmigratório, fragmentando a potência existencial feminina e cambiando identidades. O próximo trabalho, "A INSEGURANÇA JURÍDICA CAU-SADA NA APLICAÇÃO DO TEMA 793 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL", de autoria de José Adelar de Moraes, teve por

objetivo analisar a Competência da União, dos estados e dos Municípios, ante a tese firmada no Tema 793. Já o trabalho “A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL”, de autoria de Horácio Monteschio e João Marcos Lisboa Feliciano, objetivou examinar e estudar as disposições normativas concernentes à saúde como direito fundamental e humano, em especial e prioritariamente para aqueles indivíduos em formação, como as crian-ças e os adolescentes. O penúltimo texto do bloco, “APONTAMENTOS SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS NO SUS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA REGULATÓRIA EM PROL DO DIREITO À SAÚDE”, de autoria de Mikaele dos Santos e Ale-jandro Martins Vargas Gomez, buscou demonstrar a viabilidade do uso da atividade privada, a partir de um modelo de regulação estatal levado a sério na terceirização de serviços de especia-lidades médicas no SUS, para a expansão do acesso ao direito à saúde. Por fim, o último texto apresentado neste primeiro bloco, “AS CÂMARAS PÚBLICAS DE CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA NA GESTÃO DE CONFLITOS NA ÁREA DA SA-ÚDE”, de autoria de Guilherme Masaiti Hirata Yendo , Aline Ouriques Freire Fernandes e Gus-tavo Erlo analisou o papel desempenhado pelas Câmaras Públicas de Conciliação na resolução consensual de conflitos na área da saúde envolvendo cidadãos e a Administração Pública.

O segundo bloco contou com a discussão de diversos temas atuais e relevantes, iniciou-se pela apresentação do artigo “BIG DATA E O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE EM 2022, O ANO EM QUE FINGIMOQUE A PANDEMIA ACABOU, dos autores Carlos Alterto Rohrmann, Bárbara Henriques Marques e Maria Eduarda Padinha Xavier, o qual abordou a aná-lise do uso de big data e o tratamento de dados pessoais de pessoas doentes demonstrando que a criação e o uso da big data é uma importante ferramenta a ser validada pelo direito. Na sequên-cia, foi apresentado o artigo “CÉLULAS-TRONCO A LEI DE BIOSSEGURANÇA: PREJUÍ-ZOS OU BENEF;ICIOS PAR AO FOMENTO DA SAÚDE PÚBLICA?, de autoria de Juliana de Andrade e Ana Soares Guidas, o qual teve como objetivo conhecer o uso das células tronco na saúde pública analisando sua importância, chegando a conclusão que e a pesquisa e uso de célu-las-tronco na saúde pública deve centrar-se na necessidade e legitimidade em prol da vida e da saúde. Em seguida o artigo “CONSEQUÊNCUAS DE O DIREITO À SAUDE SER UM DIREI-TO HUMANO E FUNDAMENTAL”, dos autores Danilo de Oliveira, Carol de Oliveira Abud e Marcelo Lamy apresentou a motivação e justificativa das notas caracterizadoras do direito à saúde como conceitos estruturantes fundamentais concluindo que os preceitos indicativos das notas precisam ser considerados por sua essência originária. Os autores Dandara Trentin Demiranda, Vitor Prestes Olinto e José Ricardo Cartano Costa, autores do artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À SAUDE? DEBATES SOBRE A SUA EFETIVAÇÃO A PARTIR DA

ANÁLISE DO ORÇAMENTO PÚBLICO, o qual abordou sobre a importância do SUS e compreender de que modo as restrições orçamentárias podem afetar a efetivação do direito fundamental à saú-de. O penúltimo trabalho apresentado neste bloco foi o artigo “DIREITOS HUMANOS, DIREI-TO À VIDA E À SAÚDE. BASES REFLEXIVAS PARA O DEBATE DO CONTROLE SOCIAL FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19”, de autoria Luciano Mamede De Freitas Junior , Cas-sius Guimaraes Chai, que demonstrou que as normas constitucionais e infraconstitucionais são importantes ferramentas jurídicas na garantia da participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos na área da saúde, nas quais a partici-pação da sociedade na definição da alocação dos recursos destinados às políticas sociais, prio-rizando o direito social à saúde, configurando-se condição fundamental para a garantia do direi-to à vida. Por fim, o artigo ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO DIREITO À SA-ÚDE, de autoria de Janaina Mendes Barros De Lima, introduziu uma proposta de solução para um problema complexo que envolve o direito fundamental à saúde, possibilitando uma discus-são em torno do processo do ECI.

O terceiro bloco foi iniciada com a análise do caso concreto do Estado da Bahia, “GAS-TOS COM SAÚDE NO ESTADO DA BAHIA 2015-2019: DIREITO SOCIAL AMEAÇADO”, dos autores Bruno Gil de Carvalho Lima , Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, o qual con-cluiu que a saúde não ficou imune a contingenciamentos e desvinculações de rubricas, que o investimento por habitante não cresceu na proporção das necessidades, que tem havido uma prevalência dos repasses a prestadores privados à custa do sacrifício dos serviços próprios, com metas e objetivos não atingidos nos planos e pactos de saúde. Na sequência o artigo "GORDO-FOBIA- OS CORPOS OBESOS E UMA HERMENÊUTICA ATENDA AOS DIREITOS FUN-DAMENTAIS”, dos autores Tais Martins , Andréa Arruda Vaz , Sérgio Czajkowski Jr, apontou que a obesidade e a saúde são temas de estudo e pesquisa instigantes em diversas searas herme-nêuticas. A saúde e o bem-estar devem corporificar a centralidade dos debates. A proteção dos dados pessoais não ficou de fora da discussão do GT, o artigo “LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA MEDICINA VETERINÁRIA”, das autoras deixou claro que é necessário que os profissionais da Medicina Veterinária adotem medidas técnicas e organizacionais para garantir a segurança dos dados, como a criptografia e o controle de acesso e que, nos casos de vazamen-to, o profissional deve comunicar imediatamente as autoridades competentes e os titulares dos dados afetados. O trabalho seguinte, “MARCOS JURÍDICOS E CONCEITUAIS DA SAÚDE: SAÚDE INDIVIDUAL, SAÚDE SOCIAL, SAÚDE AMBIENTAL E SAÚDE SOCIOAMBIEN-TAL”, dos autores Carol de Oliveira Abud , Danilo de Oliveira , Marcelo Lamy, evidenciou que ao conceituar saúde não se evidencia uma distinção radical entre os conceitos estabelecidos em cada tempo histórico. O combate à COVID 19 foi o assunto

abordado pelos Antonio Ricardo Surita dos Santos , Victor Hugo Tejerina Velázquez no artigo intitulado “O COMBATE À CO-VID-19 NAS VISÕES DO UTILITARISMO E DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE RAWLS”, que demonstrou que o Utilitarismo e a Teoria de Justiça de John Rawls (justiça como equidade) apresentam respostas distintas para tal conflito, o primeiro privilegiando a satisfação da maio-ria em detrimento da minoria e a segunda destacando a importância dos interesses da minoria mais desprotegida. Finalizando, o último artigo do bloco três, “O DIREITO DIGITAL E O ACESSO À SAÚDE”, dos autores Joice Cristina de Paula , Lara Paulina Cedro Fraga , Thiago Silva Da Fonseca ressaltou a relevância da abordagem desta temática para melhor reflexão so-bre a relevância da utilização dos meus tecnológicos para efetivação do direito à saúde junta-mente com a necessidade de proteção dos dados dos usuários.

Por fim, no quarto e último bloco, o artigo “O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚ-DE E OS EFEITOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5595”, de Urá Lo-bato Martins, os impactos do julgamento pelo STF da ADI 5.595 que teve como a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade de dois artigos da EC 86/15, o artigo 2º e o 3º que trataram sobre critérios para as alocações de recurso orçamentários. No artigo “O NECESSÁ-RIO IMPLEMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAR O DIREITO À SAÚDE EM MOÇAMBIQUE”, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Augusto Checue Chaimite se debruçam sobre as dificuldades e complexidades que envolvem a criação, promoção, imple-mentação, proteção e execução de políticas públicas de saúde em um país periférico e de mo-dernidade tardia como Moçambique. O artigo “OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS, A JU-DICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O APELO MIDIÁTICO” de Janaina Mendes Bar-ros De Lima e Ranivia Maria Albuquerque Araújo enfatiza a necessidade de concretização do direito ao acesso à saúde e à vida, principalmente no que se refere aos pacientes que são porta-dores de deficiência grave e necessitam de medicamentos de alto custo. O autor Orlando Oli-veira Da Nóbrega Junior no artigo “OS PROCEDIMENTOS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DOS PLANOS DE SAÚDE: OS PARÂMETROS PARA A FUNDAMENTAÇÃO LEGÍ-TIMA DA COBERTURA EM FACE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA DEMANDA” analisa a jurisprudência baiana que sistematicamente tem negado o tratamento em reprodução assistida com fundamento apenas no Recurso repetitivo do STJ e no Enunciado 20 do TJ/BA. A atuação do profissional médico em redes sociais de forma não individualizada tema do artigo “RES-PONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO AMBIENTE DIGITAL: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA DIVULGAÇÃO PÚBLICA DE ORIENTAÇÕES DE SAÚDE NO AMBIENTE DIGITAL” de Camila Braga da Cunha que se detém na distinção entre conteúdo educativo e indicação de procedimento terapêutica para identificar a ilicitude de conduta que enseja res-ponsabilidade civil. O dever da administração pública de publicizar dados epidemiológicos

foi demonstrado no artigo “SINDEMIA DE SARS-COV-2, TRANSPARÊNCIA E DEMOCRACIA: CONSTITUCIONALISMO COMPROMISSÓRIO E SOCIAL NAS ADPFS 690, 691 E 69”2 de Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro e Leandro Cavalcante Lima.

Portanto, é possível perceber que o GT Direito e Saúde vêm contribuindo não somente para os debates acadêmicos à partir de suas diferentes abordagens, mas também representa uma grande possibilidade de contribuição para a consolidação e efetivação do direito à saúde como um direito universal e equitativo.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Iara Pereira Ribeiro – USP

Renata Capriolli Zocatelli Queiroz – Faculdades Londrina

O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE E OS EFEITOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5595

FINANCING THE RIGHT TO HEALTH AND THE EFFECTS OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 5595

Urá Lobato Martins [1]

Resumo

O estudo analisa os impactos do julgamento pelo STF da ADI 5.595 que teve como a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade de dois artigos da EC 86/15, o artigo 2º e o 3º que trataram sobre critérios para as alocações de recurso orçamentários. No caso, o STF julgou improcedente a ação direta, declarando a constitucionalidade dos artigos 2º e 3º da EC 86/2015. A problemática reside justamente em analisar se a definição de pisos que tratam sobre alocação de recursos orçamentários pode representar violação ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, e qual o impacto da decisão proferida na ADI 5.595 para o direito fundamental à saúde. Diante disso, o estudo analisou os argumentos utilizados durante o julgamento da ADI 5.595, com a finalidade de analisar as correntes doutrinárias concernentes ao tema. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, através de abordagem qualitativa. Para analisar as decisões judiciais, utilizou-se como método de procedimento o método do caso norte-americano (case method). Assim, foi analisado o critério interpretativo da jurisdição constitucional que prevaleceu no caso e seu impacto no âmbito da saúde e do custeio do SUS. Ao final, analisou-se o entendimento do STF no sentido de que a definição de pisos que trataram sobre alocação de recursos orçamentários à saúde não representou violação ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social.

Palavras-chave: Direito à saúde, Sus, Financiamento, Recursos orçamentários, Retrocesso social

Abstract/Resumen/Résumé

The study analyzes the impacts of the judgment by the STF of ADI 5.595, which had the purpose of obtaining the declaration of unconstitutionality of two articles of EC 86/15, articles 2 and 3, which dealt with criteria for the allocation of budgetary resources. In this case, the STF dismissed the direct action, declaring the constitutionality of articles 2 and 3 of EC 86/2015. The problem lies precisely in analyzing whether the definition of floors that deal with the allocation of budgetary resources may represent a violation of the Principle of Prohibition of Social Regression, and what is the impact of the decision handed down in ADI 5595 for the fundamental right to health. In view of this, the study analyzed the arguments used during the judgment of ADI 5595, in order to analyze the doctrinal currents concerning

[1] Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ. Mestra em Direitos Humanos pela UFPA. Advogada e Professora Universitária da Estácio - FAP. Avaliadora MEC/INEP.

the subject. The hypothetical-deductive method was used, with bibliographical and documental research, through a qualitative approach. To analyze the judicial decisions, the method of the North American case (case method) was used as a method of procedure. Thus, the interpretative criterion of the constitutional jurisdiction that prevailed in the case and its impact in the scope of health and SUS funding was analyzed. In the end, the understanding of the STF was analyzed in the sense that the definition of floors that dealt with the allocation of budgetary resources to health did not represent a violation of the Principle of Prohibition of Social Retrogression.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Sus, Financing, Budget resources, Social retrogression

1. Introdução

Ao tratar a questão do financiamento da saúde, a Constituição Federal de 1988 dispõe que as ações e serviços públicos de saúde devem ocorrer através de uma rede regionalizada e hierarquizada, sendo que o art. 198 da Constituição estabelece em seu § 1º 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". Além disso, o § 2º (incluído pela Emenda Constitucional n. 29 de 2000) discorre acerca dos percentuais mínimos a serem aplicados, que não poderia ser inferior a 15% no caso da União.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 86/2015 estabeleceu em seu artigo 2º que o disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal seria cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo um "piso" de, no mínimo, 13,2% da receita corrente líquida em 2017.

Em 2016, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.595 com a finalidade de obter a declaração de inconstitucionalidade de dois artigos da EC 86/15, o artigo 2º[1] e o 3º[2] que trataram sobre critérios para as alocações de recurso orçamentários.

Ocorre que no ano de 2016 a Emenda Constitucional n. 95, originada da PEC do "Teto dos Gastos Públicos", revogou o art. 2 da Emenda Constitucional n. 86/2015, mesmo assim, o STF manteve o julgamento por entender que não ocorreu perda do objeto. Além disso, a Emenda Constitucional n. 95 de 2016 alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir o novo regime fiscal.

[1] "Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo: (Revogado pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)
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; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016) 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; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016) 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; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016) 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; (Revogado pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016) V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)"

[2] "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."

No dia 24 de março de 2023 foi publicado o acórdão do julgamento realizado pelo STF em 18 de outubro de 2022, tendo sido decidida a questão do piso progressivo para o investimento em ações e serviços públicos de saúde. Ao julgar improcedente a ADI 5595 o STF considerou que "a Emenda Constitucional 86/2015, ao inovar na disciplina constitucional referente ao investimento público em ações e serviços de saúde, não vulnerou o núcleo essencial das garantias sociais previstas na Constituição em prol das políticas públicas de saúde". De acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), não seria o caso de cláusula pétrea, logo, poderia ser passível de alteração, tendo rejeitado o argumento contido na inicial.

A problemática reside justamente em analisar se a definição de pisos que tratam sobre alocação de recursos orçamentários representaria uma violação ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, e qual o impacto da decisão proferida na ADI 5.595 para o direito fundamental à saúde.

Diante disso, o estudo analisou os argumentos utilizados durante o julgamento da ADI 5.595, com a finalidade de analisar as correntes doutrinárias concernentes ao tema. A nível metodológico, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, por meio de abordagem qualitativa. Para a análise da decisão judicial, utilizou-se como método de procedimento o método do caso norte-americano (case method). [3]

De acordo com Ramos e Schorscher (2009, p. 49), "o método do caso norte-americano — enfatiza mais a fundamentação que embasam a solução proposta do que a resolução do caso em si (...)". Assim, busca-se analisar o critério interpretativo da jurisdição constitucional que prevaleceu no caso e seu impacto no âmbito da saúde e do custeio do SUS, considerando que este precedente será importante para compreender a jurisdição constitucional.

2. Recursos orçamentários destinados ao custeio da Saúde

O direito à saúde é um direito fundamental social previsto no art. 6 da Constituição Federal, sendo que o art. 196 dispõe quem "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

[3] "O método do caso, na tradição norte-americana, é um instrumento didático que objetiva o ensino de habilidades voltadas para o desenvolvimento e a prática do raciocínio jurídico por meio de análise de decisões judiciais (...) A idealização e o pioneirismo da utilização desse método no ensino jurídico são atribuídos a Christopher Columbus Langdell, não por ter inventado o aludido método, mas por tê-lo introduzido no ensino universitário do direito por meio do estudo e da discussão dos chamados cases em seu curso de contratos na Harvard Law School." (RAMOS; SCHORSCHER, 2009, p. 49)

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Logo, é um direito fundamental subjetivo e universal.

Há divergência se o direito à saúde pode ser usufruído apenas coletivamente ou se gera direito subjetivo. Martins (2015), ao analisar a corrente substancialista[4] e a procedimentalista[5], argumenta que existe direito subjetivo individual à saúde, quando ocorre ausência ou ineficácia das políticas públicas sobre a questão.

Nessa linha, Sarlet (2009) defende a existência de uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais, gerando uma obrigação positiva do Estado em prol de sua concretização. Torres (2014, p. 359) argumenta que o "orçamento público regido por uma Constituição Financeira deve ter como objetivo alocar todos os meios necessários para a realização deste fim constitucional do Estado nas suas máximas possibilidades".

No que tange ao financiamento da saúde, a Constituição Federal de 1988 dispõe que as ações e serviços públicos de saúde devem ocorrer através de uma rede regionalizada e hierarquizada, sendo que o art. 198 da Constituição estabelece em seu § 1º 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". Além disso, o § 2º (incluído pela Emenda Constitucional n. 29 de 2000) discorre acerca dos percentuais mínimos a serem aplicados, que não pode ser inferior a 15% no caso da União.

No caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação *dos* impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os artigos 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios, deverão ser a base de percentual. No caso dos Municípios e do Distrito Federal, a base para o percentual mínimo será o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os artigos 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

A Lei Complementar n. 141 de 13 de janeiro de 2012, por sua vez, determinou que a União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos da referida Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do

[4] "Entende-se, no entanto, que a corrente substancialista é a mais justa e coerente, pois o direito fundamental à saúde gera ao cidadão o direito subjetivo individual de pleitear, de maneira imediata, o custeio de um tratamento ou fornecimento de medicamento necessário, diante da ausência ou ineficácia das políticas públicas vigentes, considerando o caráter principiológico da Constituição. (MARTINS, 2015, p. 319)

[5] "Portanto, a divergência doutrinária com relação ao tema reside na interpretação a ser dada ao art. 196 da CF, pois uma parte da doutrina entende que tal norma dependeria de uma atuação estatal, através da implementação das políticas públicas (tese procedimentalista). Logo, ao Judiciário caberia apenas adentrar no mérito do cumprimento da lei orçamentária". (MARTINS, 2015, p. 318)

Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (art. 5). Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios (art. 6). Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal. (art. 7). O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal. (art. 8).

Com o advento da Emenda Constitucional n, 86 em 2015, seu artigo 2º estabelecia que o disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal seria cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo um "piso" de, no mínimo, 13,2% da receita corrente líquida em 2017. Ocorre que no ano de 2016 a Emenda Constitucional n. 95 revogou o art. 2 da Emenda Constitucional n. 86/2015, tendo alterado também o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir o novo regime fiscal. [6]

Em resumo, o artigo 198 da Constituição Federal estabelecia percentual mínimo para os gastos com saúde, sem especificar os percentuais vinculados à União. No ano de 2012, através da Lei Complementar n 141, embora não tenha fixado percentual mínimo específico, foi determinado que a União deveria aplicar anualmente o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. Ocorre que no ano de 2015 a Emenda Constitucional trouxe como inovação um teto mínimo para a União de 15% de sua receita líquida do exercício anterior (art. 198, §2º, I, CF). Além disso, a referida Emenda estabeleceu que os gastos com ações e serviços de saúde deveriam ser cumpridos progressivamente, sendo que no primeiro exercício deveria ser equivalente a no mínimo 13,2% da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro

[6] "Ao longo do tempo, outras emendas excluíram da incidência desse teto algumas despesas (*e.g.*, as EC nºs 102/2019 e 108/2020). A EC nº 113/2021 alterou a sua fórmula de cálculo (que agora deve considerar a inflação de janeiro a dezembro). A mudança no cálculo tinha o objetivo, segundo estimativa do Congresso Nacional, de disponibilizar cerca de R$ 65 bilhões adicionais para o orçamento de 2022." (BARCELLOS, 2022, p. 654).

subsequente até alcançar o patamar de 15%, o que se daria no quinto exercício financeiro subsequente.

Ocorre que em 2016 a Emenda Constitucional n. 95 revogou o art. 2 da Emenda Constitucional n. 86 de 2015, tendo estabelecido um novo regime fiscal ao alterar o artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prevendo novo teto de gasto com saúde. O referido artigo do ADCT determina que na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde equivalerão, no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198, ou seja, para a União o percentual mínimo deve corresponder à receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento).

Nos exercícios posteriores, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde equivalerão aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Eis a questão, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 95/2016, o artigo 107 citado dispõe o seguinte:

> Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)
> § 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)
> II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), publicado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, apurado no exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 113, de 2021) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 126, de 2022)

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 126 de 2022 excluiu os limites previstos no art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitória, ao determinar sua revogação após a sanção da lei complementar prevista no art. 6º desta Emenda Constitucional. Dessa forma, o art. 6º dispõe que o Presidente da República deverá encaminhar ao Congresso Nacional, até 31 de agosto de 2023, projeto de lei complementar com o objetivo de instituir regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País.

Recentemente, no dia 18 de abril de 2023, o Executivo apresentou proposta de Lei Complementar n. 93 de 2023 (denominado de novo arcabouço fiscal) que pretende instituir regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, nos termos do disposto no art. 6º da Emenda à Constituição nº 126, de 21 de dezembro de 2022. Porém, considerando que o referido

projeto de lei ainda não teve votação concluída, não ocorreu a sanção prevista no art. 9 da Emenda Constitucional n. 126 de 2022, assim que tal sanção ocorrer, o art. 107 do ADCT será revogado.

Ao analisar a construção histórica do custeio da saúde, é possível perceber o caráter progressivo da proteção ao direito à saúde e ao seu respectivo custeio. De acordo com a Constituição Federal, o Sistema Único de Saúde (SUS) tem como premissas o atendimento universal, igualitário e integral, dentre outros.

Assim, a Lei n. 8.080/1990 teve como escopo instituir o SUS representado pelo "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)". A Lei n. 8.142/90, por sua vez, trata sobre a participação da comunidade e do controle social no SUS e as questões de transferências intergovernamentais.

A Constituição Federal em seu artigo 200 estabeleceu atribuições ao sistema de saúde, ao controlar, fiscalizar medicamentos, executar ações de vigilância sanitária, controlar produção, transporte, guarda e utilização de substância e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, dentre outras funções.

Graziane (2020, p. 2) destaca que há risco potencial de um possível colapso do SUS, sendo que "a bem da verdade, o severo risco de insuficiência de atendimento à população brasileira no âmbito do SUS de gigantescas proporções não decorre apenas na pandemia do coronavírus". Para a autora, a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da Emenda 86/2015 pela ADI 5595 iria garantir uma maior alocação de recurso destinados ao SUS. A referida autora destaca que "são inegáveis os efeitos prospectivos da ADI 5595, especialmente diante da promulgação da EC 95/2016" (GRAZIANE, 2020, p. 3)

A autora destaca, ainda, o perigo na interpretação limitada acerca do dever de gasto mínimo, para tanto, "faz-se necessária a afirmação de precedente pela Suprema Corte brasileira que reafirme a vedação de manipulação financeira que frustre a efetividade dos direitos fundamentais, tal como feito pela ADPF 45". Assim, a "ADI 5595, neste momento, é uma oportunidade ímpar de o STF resguardar garantia de proteção financeira suficiente para o SUS e, por conseguinte, para o direito fundamental à saúde". (GRAZIANE, 2020, p. 6).

No entanto, conforme será demonstrado nas próximas linhas, o STF julgou improcedente a ADI 5595, não tendo sido reconhecida suposta violação ao princípio da Vedação ao Retrocesso Social, razão pela qual torna-se necessário compreender a fundamentação contida nos votos proferidos durante o julgamento em questão.

3. Análise da fundamentação contida no julgamento da ADI 5.595 e seu impacto para o direito à saúde

No dia 24 de março de 2023 foi publicado o acórdão do julgamento realizado pelo STF em 18 de outubro de 2022, tendo sido decidida a questão do piso progressivo para o investimento em ações e serviços públicos de saúde.

Inicialmente, cumpre mencionar mesmo com o advento da Emenda Constitucional n. 95 de 2016 que revogou o art. 2 da Emenda Constitucional n. 86/2015, o STF manteve o julgamento por entender que não ocorreu perda do objeto.

Nesse sentido, segundo o voto proferido pela Ministra Rosa Weber, mesmo com a revogação do art. 2º da EC 86/2015 pela EC 95/20016, o prosseguimento de seu julgamento foi importante pois "a eventual declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos subpisos de financiamento da saúde previstos no art. 2º da EC 86/2015, tem repercussão sobre a definição dos pisos de alocação de recursos nos orçamentos seguintes". A referida ministra pontuou que "a definição do montante correspondente ao patamar mínimo de recursos que foram ou deveriam ter sido aplicados em ações e serviços de saúde projeta-se, na forma da EC nº 95, no cálculo dos valores a serem aplicados nos exercícios financeiros seguintes." (STF, 2023, p. 13).

Da mesma forma, o Ministro Ricardo Lewandowski destacou que seria necessário apreciar a ADI em questão considerado os efeitos prospectivos das normas atacadas, "(...) sobretudo diante da constatação oficial do Conselho Nacional de Saúde no sentido de que houve déficit na aplicação das verbas relativas à saúde no ano 2016 em face do patamar fixado no art. 198, § 2º, I, da Constituição." (STF, 2023, p. 31). O referido Ministro ressaltou que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime do Plenário, já definiu que "não há falar em perda de objeto da ação de controle concentrado de constitucionalidade pela revogação superveniente da norma impugnada" [7].

Nesse sentido, Scaff (2022b, p. 2) também entendeu que não houve perda do objeto pois "como a Emenda do Teto de Gastos faz um congelamento dos gastos com ações e serviços públicos de saúde (art. 110, ADCT) com por vinte anos (art. 106, ADCT), existem importantes

[7] "A revogação da norma objeto de controle abstrato de constitucionalidade não gera a perda superveniente do interesse de agir, devendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade prosseguir para regular as relações jurídicas afetadas pela norma impugnada. Precedentes do STF: ADI nº 3.306, rel. Min. Gilmar Mendes, e ADI nº 3.232, rel. Min. Cezar Pelluso." (Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.106/MG, Rel. Min. Luiz Fux).

efeitos a serem regulados no "ponto zero" dessas duas décadas". Diante disso, o autor defende a necessidade de regular as relações intertemporais.

Ultrapassando a questão, cumpre destacar os argumentos utilizados pelo Procurador Geral da República (PGR) em sua inicial que gerou a ADI 5595. Foi alegado que ocorreu a redução do financiamento federal para ações e serviços públicos de saúde (ASPS) através do piso anual progressivo para custeio, pela União, incluindo 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, § 1°, da Constituição da República. (STF, 2023)

Diante disso, o PGR sustentou violação aos seguintes dispositivos constitucionais

> "[...] atentam diretamente contra os direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5°, caput; 6° e 196 a 198, caput e § 1°), contra o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1°, caput e III) e contra o princípio do devido processo legal substantivo (art. 5°, LIV). Violam, por conseguinte, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4°, IV, todos da Constituição da República" (STF, 2023)

O PGR defendeu que as alterações promovidas pela introduzidas pela Emenda Constitucional 86/2015 representaram prejuízo ao financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), ao promoverem redução drástica no orçamento para ações e serviços públicos em saúde, que já seria historicamente insuficiente.

Acrescentou, ainda, que:

> "[...] o patamar mínimo de financiamento da saúde pela União foi definido constitucionalmente a partir da inserção do § 2° 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). (ADI 5.595, págs. 9-10 da petição inicial).

No entanto, o STF, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, declarando a constitucionalidade dos artigos 2º e 3º da EC 86/2015, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Relator), Edson Fachin, Cármen Lúcia, Marco Aurélio (que votaram em assentada anterior) e Rosa Weber, que julgavam inconstitucionais os dispositivos.

A seguir serão analisadas as fundamentações favoráveis e desfavoráveis manifestadas durante os votos do Ministros.

3.1.1 Posicionamentos favoráveis às alterações promovidas pela EC 86/2015

O Ministro Gilmar Mendes destacou durante o voto proferido na ADI 5595 que a Emenda Constitucional nº 86/2015 significou uma reformulação do modelo constitucional de

custeio pela União de ações e serviços públicos em saúde (ASPS), decorrente de condições políticas, econômicas, sociais e culturais subjacentes. Assim, ressaltou que o caso representa "clara a opção de completa reformulação do modelo de recursos mínimos destinados à ASPS, tendo uma matéria anteriormente reservada à Lei Complementar sido expressamente disciplinada em nível constitucional." (BRASIL, 2023, p. 10)

> A revogação do art. 2º no final do exercício financeiro de 2016 (observe que a EC 95 foi promulgada em 15.12.2016) ou a sua eventual declaração de inconstitucionalidade não permite a aplicação do limite de 15% da RCL retroativamente para todo o exercício financeiro de 2016. O limite de 15% da RCL foi expressamente estabelecido para o exercício de 2017 pela Emenda Constitucional 95, que nada dispôs acerca do exercício de 2016 e nem faria sentido fazê-lo, uma vez que já estávamos ao seu final. Aqui, só há duas interpretações possíveis: ou aplica-se o limite de 13,2% da RCL previsto na EC 86 ou mantêm-se os limites da Lei Complementar 141/2012 para 2016. Em qualquer dos sentidos, houve respeito pela União aos limites mínimos estabelecidos, conforme exposto anteriormente. Em 2016, houve gasto equivalente a 14,7% da Receita Corrente Líquida, segundo o Tribunal de Contas da União, órgão que, a propósito, considerou como limite mínimo a quantia referida no art. 2º, I, da EC 86/2015 (13,2% da RCL), quando da emissão do Parecer sobre as Contas Gerais de Governo de 2016. (BRASIL, 2023, p. 21)

Assim, o referido Ministro entendeu que não estaria ocorrendo uma violação ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, considerando que "não se discute qualquer restrição ao direito fundamental da saúde, mas tão somente uma alteração na fórmula de cálculo das aplicações mínimas em saúde. Discute-se o meio, o instrumento, e não o direito fundamental" (BRASIL, 2023, p. 29). Ao final, o Ministro Gilmar Mendes conheceu parcialmente a referida ação direta de inconstitucionalidade para, no mérito, julgá-la improcedente. Considerou prejudicado o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Emenda Constitucional 86/2015, diante de sua revogação pela Emenda Constitucional 95/2016.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, também votou pela improcedência da ADI 5595. Sustentou que "a tese sustentada pelo Requerente pretende atribuir à Lei Complementar 141/2012 – norma que apenas regulamentou uma disposição constitucional – os efeitos de verdadeira cláusula pétrea, a servir de parâmetro de controle para o exame da constitucionalidade da EC 86/2015" (BRASIL, 2023, p. 5). Para o referido Ministro, não houve violação ao princípio da vedação ao retrocesso pois "se o próprio legislador ordinário tem competência para regular o financiamento da saúde pública, fixando e reavaliando periodicamente os patamares mínimos de investimento, não há como recusar ao legislador constituinte derivado reformador a possibilidade inovar na matéria" (BRASIL, 2023, p. 7)

O Ministro Dias Toffoli no tocante a perde do objeto da ADI 5595, entendeu que o controle abstrato de constitucionalidade não deve ocorrem para analisar eventuais efeitos concretos produzidos pela norma revogada. Porém, manifestou seu posicionamento pela

constitucionalidade do art. 2º da EC nº 86/15. Isto porque entendeu que não há limitação ao poder constituinte derivado a partir de regra prevista em lei complementar. Destacou, inclusive, que não teria ocorrido diminuição efetiva no financiamento das ações e serviços públicos de saúde, "eis que, em 2016, o valor nominal aplicado pela União foi superior ao que seria calculado pela regra prevista na Lei Complementar nº 141/12, como apontado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto" (BRASIL, 2023, p. 13)

Através de voto vogal, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu que a revogação do art. 2º da EC nº 86/2015 pela EC nº 95/2016 não prejudicou o conhecimento ADI, considerando que o art. 3º da EC nº 86/2015 continua vigente. Além disso, destacou que a EC nº 86/2015, pela redação de seu art. 4º, "retroagiu os seus efeitos ao exercício financeiro de 2014. Desse modo, a revogação por emenda constitucional superveniente, datada de 15 de dezembro de 2016, não suprimiu os efeitos abstratos produzidos pelo dispositivo em relação aos exercícios financeiros de 2014, 2015 e 2016" (BRASIL, 2023, p. 7).

O Ministro Barroso também entendeu que não teria ocorrido violação ao núcleo essencial do direito à saúde, considerando que a União continuará aportando recursos necessários para financiar o sistema:

> É fato que, até a edição da Lei nº 12.858/2013, não existia uma obrigação legal de aplicação das receitas dos royalties de petróleo e gás em ações de saúde. Após a edição da lei, a União ficou obrigada a aplicar 25% dos recursos em saúde. Em 2015, o que a emenda permitiu foi apenas contabilizar esses recursos no piso mínimo da União. O financiamento à saúde pela União permanece existente, ainda que não nos níveis anteriores e com método contábil diferente (BRASIL, 2023, p. 12)

Diante disso, o Ministro Barroso votou pela improcedência dos pedidos, para declarar a constitucionalidade dos art. 2º e 3º da EC nº 86/2015, com a proposta de fixação da seguinte tese de julgamento: "A alteração da forma de cálculo e dos percentuais mínimos de saúde promovida pelos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015 não viola o núcleo essencial do direito à saúde".

Outro voto vogal foi o do Ministro Nunes Marques, que também defendeu a constitucionalidade das normas questionadas da ADI 5595, não visualizando na Emenda de n. 86/2015 o retrocesso social, mas sim, a constitucionalização de disciplina atribuída à legislação infraconstitucional. A seguir, o ministro destacou que não teria ocorrido ofensa à vedação ao retrocesso social:

> Não há, contudo, por si só, nenhum óbice a eventual racionalização de políticas em curso, sobretudo no campo do financiamento público de prestação estatal. Conferir imutabilidade a certo patamar de gastos públicos, como se dele decorresse necessária garantia de efetivação de determinado direito, significaria não apenas engessar a atuação do Estado, mas, sobretudo, ignorar a possibilidade de o agente público, ao aumentar sua eficiência, passar a fornecer melhor nível de bens públicos com menor quantidade de recursos. (BRASIL, 2023, p. 8)

Em suma, prevaleceu o argumento no sentido que não haveria violação ao retrocesso social, através do entendimento de que a reformulação do modelo de recursos mínimo através da Emenda Constitucional 86/2015 não estaria retirando um direito consolidado, pois a norma que tratou da questão era lei complementar. Assim, a Lei Complementar 141/2012, ao regular uma disposição constitucional, não seria uma cláusula pétrea, de acordo com os referidos ministros. A seguir, serão apresentados os posicionamentos contrários às alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 86/2015.

3.1.2 Posicionamentos desfavoráveis às alterações promovidas pela EC 86/2015.

Ao proferir seu voto pela procedência da ADI 5595, o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator) destacou que a noção de custeio requer a efetivação em duas bases, quais sejam: "bases jurídica e financeiramente estáveis (conforme decorre dos princípios da segurança jurídica e da proibição do retrocesso) e fiscalmente progressivas (em consonância com os postulados da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência)." (BRASIL, 2023, p. 4)

O referido Ministro destacou, ainda, que o direito à saúde requer a prestação positiva do Estado e foi justamente diante das omissões governamentais que a "EC 29/2000 pretendeu mitigar a vulnerabilidade fiscal das ações e serviços públicos de saúde, estabelecendo o dever de observar um gasto mínimo em moldes análogos aos do piso da educação". (BRASIL, 2023, p. 7)

A problemática, segundo o Min. Lewandowski, reside no fato no art. 2º da Emenda Constitucional n. 86/2015, direta ou indiretamente, ter criado o risco do estabelecimento de percentuais proporcionalmente inferiores ao piso antes vigentes, considerando que ficaria dependente da receita corrente líquida da União, o que evidencia a "patente lesão ao princípio da plena e imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, que decorre, como já visto, do disposto no art. 5º, § 1º, da Carta Magna, e também à garantia de irredutibilidade do valor dos benefícios da seguridade social". (BRASIL, 2023, p. 24)

A Ministra Cármen Lúcia também defendeu a procedência da ADI 5595, porém, entendeu que ficou prejudicada a referida ADI com relação ao art. 2º da Emenda Constitucional n. 86/2015, permanecendo o interesse da parte apenas no que toca ao seu art. 3º, tendo julgado parcialmente prejudicada a ação e julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Emenda Constitucional n. 86/2015. Porém, vencida quanto à preliminar, votou no sentido de julgar procedente o pedido também em relação ao art. 2º da Emenda Constitucional n. 86/2015, declarando sua inconstitucionalidade. Para a Ministra a

referida Emenda Constitucional gerou redução no financiamento das ações e serviços de saúde, sendo que "o sistema único de saúde, atualmente, não é sequer capaz de prover à população o mínimo existencial no que se refere ao direito à saúde, razão pela qual é inconstitucional norma que diminui ainda mais o percentual da receita líquida corrente da União investido nesse setor". (BRASIL, 2023, p. 20)

4. Impacto do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5595 para o direito à saúde e a interpretação dada ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5595 foi a análise da constitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 86/2015, que estabeleceu restrição orçamentário-financeira à utilização do direito fundamental à saúde.

Para Graziane (2020, p. 1) o referido julgamento "trata-se do principal debate constitucional sobre o arranjo federativamente equilibrado (ou não) de financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS)", assim, a autora destacou a repercussão paradigmática para o custeio adequado do SUS.

Sobre a questão do Retrocesso Social, na inicial da ADI 5595, o PGR defendeu que haveria retrocesso na concretização de direitos fundamentais, o que seria vedado nos termos do art. 2°, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no art. 1° do Protocolo de São Salvador, que possui regra obrigando os Estados a adotarem medidas econômicas para assegurar progressiva prestação dos direitos sociais.

O STF, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 639.337, analisou a questão do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, nos seguintes termos: "O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive". (STF, ARE 639337)

E qual seria a aplicabilidade prática? "o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados" (STF, ARE 639337)

Conforme pontou Lewandowski em seu voto proferido na ADI 5595, "ainda que transitório o retrocesso, mesmo assim é retrocesso, já que a promessa de um crescimento futuro do piso não garante que os subpisos sejam superados ao longo das futuras execuções orçamentárias (...) ". (BRASIL, 2023, p. 25)

Em contrapartida, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu que não teria ocorrido ofensa ao princípio da proibição do retrocesso:

> Veja-se que a própria temporalidade da lei complementar prevista no art. 198, § 3º, da CF, abre margem para a conciliação entre a exigência de investimento mínimo em ações de saúde pública e considerações relacionadas à administração financeira do orçamento público. Um patamar percentual fixo poderia, com o decorrer do tempo, mostrar-se insuficiente ou mesmo superdimensionado. O constituinte reformador atribuiu o exame desse mérito ao legislador ordinário. Daí porque se mostra insubsistente a alegação de que a alteração desses percentuais acarretaria violação a cláusula pétrea da Constituição, tese fundada na ideia de vedação ao retrocesso social (BRASIL, 2023, p. 7)

Durante o julgamento da ADI 5595 o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou seu entendimento acerca da tese da PGR de ofensa à cláusula pétrea. Assim, argumentou que "as cláusulas pétreas devem ser interpretadas como proibição de supressão do núcleo de sentido dos princípios que consagram, não como a eternização de determinadas possibilidades contidas em sua área não-nuclear". Para o Ministro, sustentar de forma diversa significaria restringir o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, engessando o texto constitucional. Tal fato, para o Ministro seria um obstáculo para adaptação das demandas sociais legítimas. Por fim, o Ministro Luís Roberto Barroso conclui que "uma interpretação ampliativa das limitações materiais ao poder de reforma poderia, assim, esvaziar o princípio democrático, sobretudo em países como o Brasil, onde as cláusulas pétreas abrangem considerável parcela dos dispositivos constitucionais" (BRASIL, 2023, p. 12)

Ramos (2016, p. 291) destaca que a proibição de retrocesso ou efeito *cliquet* impede a retirada de direitos já conquistados, ponderando que "é claro que o Estado pode optar por políticas sociais menos onerosas ou políticas públicas mais eficientes, desde que o resultado final de maior efetividade dos direitos protegidos seja garantido."

Corroborando, Sarlet (2015) ensina que a proibição de retrocesso visa evitar medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais. O autor trata justamente sobre a questão que ocorre quando o legislador concretiza o direito no âmbito infraconstitucional e depois ocorre sua supressão, como no caso em tela:

> O legislador (assim como o Poder Público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o Poder Público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, representa aquilo que efetivamente se encontra protegido (SARLET, 2015, p. 33)

Segundo Canotilho (2003, p. 338) a vedação ao retrocesso representa um limite a alteração de direitos adquiridos, seja através de prestação de saúde, representando um núcleo essencial de existência digna, inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A lógica da vedação ao retrocesso social, conforme ensinam Abramovich e Courtis (2002, p. 92), requer a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados, sendo implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais que já foram concretizados.

Assim, no momento em que um lei infraconstitucional subjetivou um direito fundamental, ao realizar sua regulamentação, sua posterior supressão, conforme ensina Queiroz (2006) viola o princípio da proteção da confiança e da segurança a ser garantida aos seus destinatários.

Nessa linha, Graziane (2020) entende que ocorreu uma ofensa ao princípio da vedação de retrocesso. Scaff (2022a) também defende a tese pela inconstitucionalidade das normas objeto da ADI 5598 a partir do pressuposto principiológico e substancial. Scaff (2022a) sustenta que não houve perda de objeto da referida Adin, considerando os "efeitos que esta norma, mesmo revogada, projetou para o futuro, sendo necessário declarar se ocorreu ou não violação à proteção estabelecida pelo Princípio da Vedação ao Retrocesso Social".

Além disso, Scaff (2022a) defende que o artigo 3º da EC 86/2015 que não foi revogado, também implica em retrocesso ao financiamento da saúde pública pela União, ao estabelecer que o valor arrecadado pela União a título de royalties sobre o petróleo e gás seria utilizado no financiamento da saúde pública. Assim, "o que pode parecer um avanço, mas, na verdade, trata-se de um retrocesso. Anteriormente, o artigo 4º da Lei 12.858/13 estabelecia que esta receita seria utilizada como um "acréscimo" ao financiamento da saúde, e não "dentro" do piso." (SCAFF, 2022a).

> Não existem direitos sociais, que são prestacionais, sem financiamento. Declarar que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (artigo 196, CF) se torna letra morta se não forem alocados recursos para sua concretização. Aqui se encontra substancialmente o debate sobre a Vedação ao Retrocesso Social, e não em uma discussão formal entre o caput do artigo 5º da Lei Complementar 141/12 e o artigo 4º da Lei 12.858/13 em contraposição ao artigo 198, §2º, I, da Constituição, objeto do revogado art. 2º da EC 86. Como envolve o financiamento de políticas públicas, não se trata de uma questão microjurídica, própria da justiça comutativa, mas macrojurídica, âmbito da justiça distributiva — conforme expus no livro Da igualdade à liberdade: considerações sobre o princípio jurídico da igualdade. (SCAFF, 2022a, p. 5)

Portanto, em que pese a decisão proferida na ADI 5595, defende-se neste artigo que quando o legislador concretiza o direito fundamental, mesmo no âmbito infraconstitucional, isto gera reflexo no âmbito de sua efetividade. Logo, sua supressão, mesmo que por norma de patamar superior, contraria a lógica da progressividade da proteção aos direitos fundamentais.

5. Considerações finais

Diante do exposto, ao julgar improcedente a ADI 5595 o STF considerou que a Emenda Constitucional 86/2015 não teria violado o núcleo essencial das garantias sociais previstas na Constituição em prol das políticas públicas de saúde.

De fato, não houve perda do objeto da ADI 5595, considerando que os efeitos prospectivos dos pisos estabelecidos através da Emenda Constitucional 86 de 2015, através do referido julgamento foi possível compreender a jurisdição constitucional. Assim, constata-se que o impacto da decisão proferida na ADI 5.595 para o direito fundamental à saúde reside na existência de um precedente no sentido indicar o posicionamento do STF sobre a interpretação e aplicação do princípio da Vedação ao Retrocesso Social.

No referido julgamento, prevaleceu a tese de que a definição de pisos que tratam sobre alocação de recursos orçamentários não representou violação ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social. Assim, a reformulação do modelo de recursos mínimo através da Emenda Constitucional 86/2015 não estaria retirando um direito consolidado constitucionalmente, pois a norma que tratou da questão era lei complementar. Assim, a Lei Complementar 141/2012, ao regular uma disposição constitucional, não seria uma cláusula pétrea.

Para o STF, o fato de uma lei complementar realizar a regulamentação de uma norma não resulta, de forma absoluta, em cláusula pétrea, não podendo ser utilizada como parâmetro de controle constitucionalidade. Embora o raciocínio jurídico esteja correto, não há como negar que, ao disciplinar o artigo 198 da Constituição Federal, a Lei Complementar 141/2012 indicou parâmetros mínimos a serem utilizados, ou seja, entrou no campo do custeio de um direito fundamental social. Isto não impede que futuramente o assunto pudesse ser tratado pelo poder constituinte derivado, através de Emenda Constitucional. No entanto, considerando a proibição de retrocesso social, a nova normativa deveria seguir de forma progressiva, aumentando a efetividade de um direito e não restringindo seu alcance.

Noutras palavras, quando o legislador concretiza o direito fundamental, mesmo no âmbito infraconstitucional, isto gera reflexo no âmbito de sua efetividade, logo, sua supressão, mesmo que por norma de patamar superior, contraria a lógica da progressividade da proteção aos direitos fundamentais. Conforme argumentou Sarlet (2015) ao suprimir ou relativizar um direito social objeto de lei infraconstitucional, estaria ocorrendo ofensa a vedação ao retrocesso social. No entanto, não foi esta a tese que prevaleceu no STF.

Referências

ABRAMOVICH , Victor; Courtis, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5595**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/10/2022, Brasília, 24 de março 2023.

BRASIL – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337** AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, PUBLICADO EM 15-09-2011.

BRASIL – Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45.** Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Brasília, 29 de abril de 2004. Diário da Justiça, Brasília, 04 maio 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª edi ção. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

GRAZIANE, Élida. Procedência de ADI é fundamental para custeio do SUS. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de abril de 2020.

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v 5, número especial, 2015.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais. Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Luciana de Oliveira; SCHORSCHER, Vivian Cristina. Método de Caso. In: GHIRARDI, José Garcez (Coord.). **Método de ensino em Direito: conceitos para um debate.** São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A **eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA. Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. Vedação de retrocesso social em pauta no STF: caso da ADI 5.595. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de agosto de 2022a.

SCAFF, Fernando Facury. Norma revogada e perda de objeto: semelhanças entre a guerra fiscal e a ADI 5.595. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de outubro de 2022b.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.