

Élida Graziane Pinto

Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação

Uma Perspectiva Constitucional

Prefácio
Ingo Wolfgang Sarlet

 **Fórum**
CONHECIMENTO JURÍDICO

1ª Reimpressão

Esse material é protegido por direitos autorais sendo vedada a reprodução não autorizada, gratuita ou onerosamente, sob pena de ressarcimento, em caso de infração desses direitos.

É permitido citar os excertos em petições, pareceres e demais trabalhos, desde que seja informada a fonte, garantidos os créditos dos autores da obra, do órgão emanador da decisão ou informação e da publicação específica, conforme a licença legal prevista no artigo 46, III da Lei nº 9.610/1998.

FINANCIAMENTO DOS DIREITOS
À SAÚDE E À EDUCAÇÃO
UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

ÉLIDA GRAZIANE PINTO

Ingo Wolfgang Sarlet
Prefácio

FINANCIAMENTO DOS DIREITOS
À SAÚDE E À EDUCAÇÃO
UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

1ª reimpressão

Belo Horizonte



2017

© 2014 Editora Fórum Ltda.
2017 1ª Reimpressão

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Flávio Henrique Unes Pereira
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alexandre Coutinho Pagliarini	Gustavo Justino de Oliveira
André Ramos Tavares	Inês Virgínia Prado Soares
Carlos Ayres Britto	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Mário da Silva Velloso	Juarez Freitas
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Luciano Ferraz
Cesar Augusto Guimaraes Pereira	Lúcio Delfino
Clovis Beznos	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Cristiana Fortini	Márcio Cammarosano
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Marcos Ehrhardt Jr.
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Egon Bockmann Moreira	Ney José de Freitas
Emerson Gabardo	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Fabício Motta	Paulo Modesto
Fernando Rossi	Romeu Felipe Bacellar Filho
	Sérgio Guerra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

P658f Pinto, Éliida Graziane

Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional / Éliida Graziane Pinto ; prefácio Ingo Wolfgang Sarlet. – 1. Reimpressão. Belo Horizonte : Fórum, 2017.

251 p.
ISBN 978-85-7700-921-3

1. Direito constitucional. 2. Políticas públicas. 3. Direito administrativo. 4. Direito financeiro. 5. Finanças públicas. I. Título. II. Sarlet, Ingo Wolfgang.

CDD: 341.2
CDU: 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PINTO, Éliida Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

AGRADECIMENTOS

Cumpre registrar as principais bases e referências em que se assentaram o presente trabalho, até para lhes retribuir pelo quanto enriqueceram e qualificaram o debate aqui incipientemente provocado. Por outro lado, impõe-se o aviso de que as falhas e inconsistências são exclusivamente oriundas das minhas próprias opções.

À Professora Sonia Fleury, da Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (Ebape/FGV-RJ), registro meu especial agradecimento por nossos debates em sede de estudos pós-doutorais que me provocaram a sair em busca das razões estruturais, mais do que apenas conjunturais, em torno dos complexos impasses distributivo e federativo havidos no financiamento dos direitos fundamentais à saúde e à educação do pós-1988.

Ao Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, da PUCRS, devo agradecer pelo amadurecimento de muitas ideias aqui esposadas e pelo diálogo fértil e generoso por meio eletrônico. Ele que é, sem sombra de dúvida, um lumiar do Direito Constitucional brasileiro e se, nos presentes dias, o direito à saúde é interpretado de forma mais atenta à busca da sua máxima eficácia, encontra-se aí parcela digna de nota do seu trabalho acadêmico e profissional.

Ao Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo e ao Grupo Nacional do Ministério Público (GNMP), destaco o consistente reconhecimento de que são os ambientes férteis e plurais onde pude desenvolver e amadurecer a ideia de gasto mínimo material, em contraponto à simples reflexão de cumprimento de vinculação formal e quantitativa de gasto mínimo em saúde e educação. Os desafios abertos pela noção substantiva de gasto mínimo passam, obviamente, pela avaliação de se as despesas empreendidas naquele porcentual vinculado foram capazes de assegurar o cumprimento das obrigações legais de fazer, assim como pelo controle de se os resultados obtidos não se revelaram regressivos ao longo do tempo. Agradeço ainda à Luzia Marta Ribeiro, pelo sutil e incomensurável apoio durante a revisão deste texto.

À minha querida Duvanjo, agradeço as orações e o apoio sempre generoso. Ao Adriano, meu amor companheiro e indiscutivelmente meu forte estimulador, agradeço-lhe por todas as horas de silencioso cuidado e suporte físico-espiritual. Brinco sempre que se Deus me

colocou a seu lado (e agora ao lado das nossas Bia e Bel), é sinal de que devo estar muito bem com Ele. Indiretamente, esse é o melhor agradecimento que posso fazer por tê-los em minha vida.

São Paulo, março de 2014.

Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam pra si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.

(Norberto Bobbio)

SUMÁRIO

LISTA DE GRÁFICOS E TABELAS.....	11
PREFÁCIO	
Ingo Wolfgang Sarlet	13
APRESENTAÇÃO	
GASTO MÍNIMO MATERIAL E INSUFICIÊNCIA DE CUSTEIO PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS – UM ESTUDO EM PROL DO CONTROLE DA REGRESSIVIDADE.....	17
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO	31
CAPÍTULO 2	
ALGUNS BREVES PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS.....	37
CAPÍTULO 3	
EDUCAÇÃO E SAÚDE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS BALIZADOS, EM SUA GARANTIA MÍNIMA, POR COMANDOS CONSTITUCIONAIS DE VINCULAÇÃO ORÇAMENTÁRIA.....	43
3.1 Arranjo constitucional do direito à educação e da sua respectiva garantia de financiamento estatal	47
3.1.1 Distribuição de competências entre os entes da federação	71
3.1.2 Progressividade conquistada à luz das Emendas Constitucionais nºs 14/1996, 53/2006 e 59/2009	77
3.2 Arranjo constitucional do direito à saúde e da sua respectiva garantia de financiamento estatal	80
3.2.1 Distribuição de competências entre os entes da federação	82
3.2.2 Orçamento da seguridade social e financiamento da saúde pública.....	84
3.2.2.1 Esvaziamento sistêmico do OSS e densificação individualizada do SUS.....	95
3.2.2.2 Receita vinculada e gasto mínimo como garantias do financiamento da saúde pública – O paradoxo da sua instabilidade fiscal	102
3.2.2.3 A Emenda Constitucional nº 29/2000	111
3.3 Diferenças entre os arranjos normativos do direito à educação e do direito à saúde	120

CAPÍTULO 4

PACTO FEDERATIVO E FINANCIAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO – ESTUDO COMPARATIVO ENTRE OS GASTOS DA UNIÃO, DO ESTADO DE MINAS GERAIS E DOS MUNICÍPIOS MINEIROS COM MAIS DE 100 MIL HABITANTES, NO PERÍODO DE 2003 A 2008.....		145
4.1	Estabilidade(?) do financiamento do direito à educação à luz da progressividade constitucional do seu arranjo normativo	146
4.1.1	Participação da União no custeio federativo das ações públicas de manutenção e desenvolvimento do ensino – Uma trajetória de tentativas e erros.....	147
4.1.2	Participação do estado de Minas Gerais – Um pouco acima do mínimo	167
4.1.3	Participação dos municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes – Estabilização da rota do financiamento e ampliação dos deveres materiais.....	170
4.2	Guerra fiscal de despesa no financiamento do direito à saúde – Vulnerabilidade fiscal oriunda de um déficit normativo?	175
4.2.1	Impasses fiscais provocados pela União	178
4.2.1.1	Reconcentração tributária e concomitante desvinculação de receitas da União	187
4.2.1.2	Controvérsias interpretativas oriundas da falta de regulamentação da EC nº 29/2000	206
4.2.1.2.1	Estabilização ou regressividade(?) proporcional do gasto federal em saúde.....	213
4.2.1.2.2	Regressividade do gasto federal em saúde e estagnação do estágio do debate – Resgatando o binômio possibilidade-necessidade na fixação do gasto social federal no SUS	217
4.2.2	Impasse fiscal provocado pelo estado de Minas Gerais e divergência do que pode ser considerado gasto em saúde – Mera questão de interpretação ou uma “evasão fiscal” de despesa?.....	221
4.2.3	Sobrecarga nos municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes – Muito além do gasto mínimo em saúde	226

CAPÍTULO 5

À GUIA DE CONCLUSÃO – VEDAÇÃO DE RETROCESSO NA RESPONSABILIDADE ORÇAMENTÁRIA DA FEDERAÇÃO PELO CUSTEIO DOS DIREITOS À EDUCAÇÃO E SAÚDE.....	231
---	-----

REFERÊNCIAS.....	237
------------------	-----

POSFÁCIO	243
----------------	-----

LISTA DE GRÁFICOS E TABELAS

GRÁFICO 1 – Despesas realizadas na função educação em relação às despesas totais do Estado	168
GRÁFICO 2 – Composição das receitas orçamentárias da União de 1970-2003.....	191
GRÁFICO 3 – A evolução da receita e do gasto federal com saúde	219
TABELA 1 – Evolução normativa da política de educação à luz da redação originária da Constituição de 1988 e das Emendas Constitucionais nºs 14/1996, 53/2006 e 59/2009.....	78
TABELA 2 – Evolução normativa da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) à luz das Emendas Constitucionais nºs 12/1996, 21/1999, 31/2000, 37/2002 e 42/2003	109
TABELA 3 – Dimensões e variáveis de análise	121
TABELA 4 – Evolução dos patamares de gasto mínimo federal na manutenção e desenvolvimento do ensino de 2003 a 2008.....	148
TABELA 5 – Trajetória da receita corrente da União, por sua variação nominal, no período de 2003 a 2008.....	150
TABELA 6 – Análises do TCU sobre o cumprimento pela União das vinculações orçamentárias com MDE nos exercícios de 2003 a 2006, sob a vigência da EC nº 14/1996.....	155
TABELA 7 – Análises do TCU sobre o cumprimento pela União das vinculações orçamentárias com MDE nos exercícios de 2007 e 2008, sob o pálio da EC nº 53/2006	161
TABELA 8 – Divergências interpretativas entre a STN e o TCU sobre o conteúdo material das vinculações orçamentárias para as ações de manutenção e desenvolvimento do ensino no período de 2003 a 2008	163
TABELA 9 – Aplicação pelo estado de Minas Gerais das vinculações orçamentárias para as ações de manutenção e desenvolvimento do ensino no período de 2003 a 2008	167
TABELA 10 – Aplicação pelos municípios mineiros, com mais de 100 mil habitantes, das vinculações orçamentárias para as ações de manutenção e desenvolvimento do ensino no período de 2003 a 2008.....	171
TABELA 11 – Aplicação pela União da vinculação orçamentária para Ações e Serviços Públicos de Saúde no período de 2003 a 2008	179

TABELA 12 – Evolução nominal da receita corrente da União no período de 2003 a 2008 (em %)	182
TABELA 13 – Análises do TCU sobre o cumprimento pela União das vinculações orçamentárias com ASPS nos exercícios de 2003 a 2008, sob o pálio da EC nº 29/2000	183
TABELA 14 – Recentralização tributária em favor da União no período de 1998-2004.....	199
TABELA 15 – Receita Corrente Líquida e gasto em saúde da União, de 2001 a 2008 (em milhares de R\$)	214
TABELA 16 – Diferença de critério de cálculo do gasto em saúde da União, de 2001 a 2008: variação nominal do PIB <i>versus</i> variação nominal da RCL (em milhares de R\$).....	216
TABELA 17 – Aplicação pelo estado de Minas Gerais da vinculação orçamentária para ações e serviços públicos de saúde no período de 2003 a 2008	222
TABELA 18 – Aplicação, pelo estado de Minas Gerais, nas ações e serviços públicos de saúde à luz da Resolução CNS nº 322, de 2003, no período de 2003 a 2008	223
TABELA 19 – Aplicação pelos municípios mineiros da vinculação orçamentária para ações e serviços públicos de saúde no período de 2003 a 2008	227
ÚLTIMO CONVITE AO DIÁLOGO: AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE GASTO MÍNIMO EM SAÚDE E EDUCAÇÃO	244

A evolução constitucional, especialmente do Segundo Pós-Guerra, foi marcada pela gradativa incorporação, seja na esfera do direito internacional dos direitos humanos, seja no plano constitucional, de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (DESCA), de tal sorte que, na quadra atual, praticamente todos os países que integram a comunidade internacional estão tocados, de algum modo, pelo compromisso — interno e/ou externo — com os DESCAs e, portanto, com a consecução de um mínimo de justiça social.

O quanto a positivação dos DESCAs tem sido mais ou menos simbólica, à feição da proposta de Marcelo Neves,¹ não cabe aqui discutir, mas certamente é algo que guarda forte relação com o problema da efetividade, ou seja, da eficácia social das normas (internacionais e internas) que definem os DESCAs, embora o problema não se limite a essa dimensão. Por outro lado, também já se sabe de há muito (embora ainda exista quem ofereça resistência a tal perspectiva) que o problema de uma constitucionalização simbólica, assim como o desafio da efetividade dos direitos humanos e fundamentais, não constitui um “privilégio” dos DESCAs, mas é algo que diz respeito aos direitos humanos e fundamentais no seu conjunto. Não é à toa que, muito antes (mais de vinte e cinco anos) dos entre nós tão — em parte justamente! — festejados Cass Sunstein e Stephen Holmes,² na Alemanha do início dos anos 1970, um autor do porte de um Peter Häberle já afirmava que, num certo sentido, todos os direitos fundamentais são direitos sociais,³ não apenas, mas também pelo fato de todos os direitos terem uma dimensão positiva, isto é, serem mais ou menos dependentes de prestações

¹ Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994; salientando, todavia, que a noção de constitucionalização simbólica não se limita à positivação de direitos sociais.

² Aqui estamos a nos referir na multicitada obra de HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York; London: W. W. Norton & Company, 1999.

³ Cf. HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. *VVDStRL*, n. 30, p. 43 *et seq.*, 1972; texto apresentado na reunião anual da Associação dos Professores de Direito do Estado de Língua Alemã, tendo o foco temático (dos direitos fundamentais no estado prestacional) sido motivado pela então recém proferida decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão sobre a “reserva do possível” no que diz com o direito de acesso ao ensino superior.

fáticas e normativas (organizatórias e procedimentais) do Estado. Daí para a “descoberta”, no exterior e no Brasil, do problema (econômico, político e jurídico) do “custo dos direitos”, da necessidade de enfrentar, também no contexto jurídico-constitucional, os desafios da escassez e do adequado financiamento dos direitos fundamentais, mas de todos os direitos e não apenas dos DESCA, foi um passo que precisava ser dado.

Embora também neste particular muito já tenha sido produzido, considerando aqui especialmente as publicações na seara do direito constitucional,⁴ trata-se de tema que, pelas suas implicações e pela sua necessária articulação com outros subsistemas e saberes, ainda está carente de muitos investimentos.

É em face desse contexto, aqui esboçado de forma muito superficial e incompleta, que a obra que ora tenho a honra e o privilégio de prefaciá-la assume particular relevância. O texto ora apresentado ao público, da autoria da Doutora, Pós-Doutora, Professora e Procuradora junto ao Ministério Público do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Élida Graziane Pinto, versando sobre o financiamento dos direitos fundamentais no âmbito do federalismo brasileiro, corresponde, em geral (submetido que foi a criteriosa atualização e complementação por um posfácio), ao trabalho final apresentado pela autora no âmbito do Pós-Doutorado em Administração oferecido pela prestigiada Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, sob a competente supervisão da Professora Doutora Sonia Fleury. Se o tema, por si só, já constitui indicativo da atualidade e relevância do texto, tais qualidades são acrescidas, em muito, quando se lança já um primeiro olhar sobre o sumário e conteúdo. Neste particular, não se trata apenas de mais um bom trabalho a apresentar e avaliar aspectos relativamente convencionais (não que isso também não seja importante e não tenha sido, mediante a devida contextualização, suficientemente considerado pela autora) vinculados ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, com destaque, considerando o foco do texto, dos DESCA e em particular o direito à saúde. Cuida-se de contribuição

⁴ Cf., entre tantos, AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 (obra reeditada pela editora Lumen Juris, em 2010, acrescida de um longo e atualizado *post scriptum*); primeiro trabalho monográfico a enfrentar com maior profundidade a questão do custo dos direitos no Brasil. Na sequência, v. também GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. São Paulo: Elsevier, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento & reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; bem como, por último, PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

de caráter propositivo, que agrega valor tanto ao debate teórico como, o que é de ser especialmente enfatizado, para a prudente — mas firme — ação concreta voltada à efetividade dos direitos.

Assim, sem que se possa (e nem pretenda) avançar na apresentação e discussão da obra em si, bastaria apontar para a riqueza dos dados coletados, a análise comparativa (educação e saúde) levada a efeito com competência, a ênfase na necessidade de investir no pacto federativo e no potencial embutido na atualmente já regulamentada Emenda Constitucional nº 29/2000 (sem prejuízo das lacunas e necessárias correções apontadas pela autora), a notável e minuciosa reconstrução da trajetória no que diz respeito ao financiamento do direito à saúde, assim como os critérios oferecidos para uma superação do atual estágio marcado por níveis ainda significativos em termos de déficit de financiamento são, entre muitos outros pontos que poderiam ser colacionados (tais como as noções de gasto mínimo como um conjunto de obrigações legais de fazer de conteúdo material, bem como a proibição de regressividade em matéria de gastos com a efetividade de direitos fundamentais), um indicativo mais do que suficiente de que se trata de um texto academicamente valoroso, dotado de uma saudável dose de originalidade e, acima de tudo, marcado pela coragem de apontar defeitos e propor soluções.

Portanto, assim estamos convencidos, a abordagem da autora agrega valor efetivo para a academia jurídica, mas também oferece preciosos elementos e argumentos para quem, seja no plano da administração, seja na esfera legislativa e mesmo judiciária, está em condições de interferir, de maneira positiva, na realidade, auxiliando o Brasil a avançar em matéria de um adequado financiamento dos direitos fundamentais, migrando de um cenário onde ainda predomina o discurso formal da eficácia jurídica, para um ambiente onde os direitos sociais possam ser direitos efetivos para todos. Que o texto e a autora alcancem o sucesso merecido é tudo o que podemos, no momento, desejar.

Porto Alegre, março de 2014.

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor e Pós-Doutor em Direito (Munique).

Professor Titular da Faculdade de Direito

e dos Programas de Mestrado e Doutorado

em Direito e em Ciências Criminais da PUCRS.

Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS).

Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

GASTO MÍNIMO MATERIAL E
INSUFICIÊNCIA DE CUSTEIO PARA OS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
UM ESTUDO EM PROL DO CONTROLE DA
REGRESSIVIDADE

A vinda deste livro poderia ser considerada tardia se levarmos em conta apenas a sua origem, na medida em que ele é resultado de estudos pós-doutorais finalizados em dezembro de 2010. Mas uma obra não se destina tão somente ao seu autor ou à academia de onde ela emergiu. Na área jurídica e, em especial, na seara do financiamento constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais, é preciso revisitar o passado para encontrar sentido nas decisões e tendências que se apresentam agora e para o futuro.

Mais do que isso, faz-se necessário assumir compromisso de contribuir para a busca de soluções e novas interpretações para problemas crônicos, como, na prática, tem se revelado a questão da garantia de eficácia dos direitos sociais no período de vigência da nossa Constituição Cidadã de 1988.

Fato é que a oportunidade do debate sobre os regimes constitucionais de custeio dos direitos à saúde e à educação no Brasil se revela ainda mais acentuada após o advento da regulamentação da Emenda nº 29/2000, ocorrido com a Lei Complementar nº 141,¹ de 13 de janeiro

¹ Cuja ementa é a seguinte: “Regulamenta o §3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados,

de 2012, a promulgação da Lei nº 12.858,² de 09 de setembro de 2013 e também a partir da edição da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação para o decênio 2014/2023, o qual — não houvesse a mora legislativa — deveria ter sido editado para vigorar entre os anos de 2011 a 2020

Aparentemente essas recentes normas atenderiam ao esforço de busca de maior estabilidade de financiamento para os direitos sociais sob exame. Isso porque a primeira delas dedicou-se ao enfrentamento de problemas antigos como, por exemplo, a falta de explícita indicação legal sobre o que pode ou não ser computado como ações e serviços públicos de saúde, além de haver pretendido fixar a regulamentação do dever de gasto mínimo inscrito no art. 198 da CR/1988. Já a Lei nº 12.858/2013, por seu turno, trouxe o dever de destinação³ das receitas

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”.

² Assim ementada: “Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências”.

³ Tal destinação está prevista no art. 2º e, em especial, em seu §3º da Lei, abaixo transcrito: “Art. 2º Para fins de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal, serão destinados exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde, na forma do regulamento, os seguintes recursos:

I - as receitas dos órgãos da Administração direta da União provenientes dos *royalties* e da participação especial decorrentes de áreas cuja declaração de comercialidade tenha ocorrido a partir de 03 de dezembro de 2012, relativas a contratos celebrados sob os regimes de concessão, de cessão onerosa e de partilha de produção, de que tratam respectivamente as Leis nºs 9.478, de 06 de agosto de 1997, 12.276, de 30 de junho de 2010, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva;

II - as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios provenientes dos *royalties* e da participação especial, relativas a contratos celebrados a partir de 03 de dezembro de 2012, sob os regimes de concessão, de cessão onerosa e de partilha de produção, de que tratam respectivamente as Leis nºs 9.478, de 06 de agosto de 1997, 12.276, de 30 de junho de 2010, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva;

III - 50% (cinquenta por cento) dos recursos recebidos pelo Fundo Social de que trata o art. 47 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, até que sejam cumpridas as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação; e

IV - as receitas da União decorrentes de acordos de individualização da produção de que trata o art. 36 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010.

§1º As receitas de que trata o inciso I serão distribuídas de forma prioritária aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que determinarem a aplicação da respectiva parcela de receitas de *royalties* e de participação especial com a mesma destinação exclusiva.

de *royalties* e participação especial decorrentes da exploração do petróleo encontrado na camada de pré-sal, e cuja declaração de comercialidade tenha ocorrido a partir de 03 de dezembro de 2012, para as políticas públicas de educação e saúde, em proporção de 75% e 25% (setenta e cinco e vinte e cinco por cento) respectivamente.

Problema, contudo, decorre do caráter tópico e contingente de tais leis em face do cenário de histórico subfinanciamento da saúde pública, sobretudo, por parte da União e da hipótese de omissão inconstitucional quanto ao dever inscrito no art. 214, VI da Constituição na área da educação, diante da ausência de aprovação do Plano Nacional de Educação durante o período de 1º.01.2011 a 24.06.2014. O atraso de mais de 3 (três) anos na edição do aludido Plano setorial demonstra o impasse normativo havido no Congresso Nacional com o Executivo Federal e com os demais entes da federação sobre o dever governamental de custeio mínimo na educação em proporção do produto interno bruto (PIB). A regra trazida, pois, pela Lei nº 13.005/2014 — em sua meta 20 — é a de expansão dos gastos públicos até 2023 para que alcancem a cifra de 10% (dez) por cento do PIB brasileiro. Isso foi definido, sem que se tivesse claro em mente qual é o parâmetro do gasto de qualidade, como enunciado no art. 2º, incisos IV e VIII da Lei do PNE e na sua própria meta 7, estratégia 7.21, cujo prazo de atendimento ficou para 2016. Além de tal descompasso, a meta 20 do Plano em comento propugna, em sua estratégia 20.7 (denominada de Custo Aluno Qualidade - CAQ), que haja o “cálculo e o acompanhamento regular dos indicadores de gastos educacionais” também a partir de 2016, para que o volume adicional de recursos previsto na forma do art. 214, VI da CR/1988 tenha como obedecer aos deveres de eficiência e finalidade prescrito no art. 206, VII da mesma Carta Constitucional, em prol da melhoria da qualidade na educação. Eis o atual desafio: gastar mais, mas, sobretudo, gastar melhor os recursos destinados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, para que se alcance e mantenha o mínimo de qualidade na educação pública ofertada no país.

Ora, a Lei Complementar nº 141/2012 não resolveu o conflito federativo oriundo do caráter regressivo⁴ da participação federal no

§2º A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) tornará público, mensalmente, o mapa das áreas sujeitas à individualização da produção de que trata o inciso IV do caput, bem como a estimativa de cada percentual do petróleo e do gás natural localizados em área da União.

§3º União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarão os recursos previstos nos incisos I e II deste artigo no montante de 75% (setenta e cinco por cento) na área de educação e de 25% (vinte e cinco por cento) na área de saúde.”

⁴ A esse respeito, a Associação Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde (AMPASA) bem elucidou a evolução histórica de tal regressividade: “A Constituição

custeio do Sistema Único de Saúde, porque manteve o critério⁵ de gasto da União havido no ano anterior corrigido apenas pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). Eis a razão pela qual permanecem válidas as críticas a respeito do déficit normativo sobre o equilíbrio federativo no custeio do direito à saúde.

Tampouco a Lei nº 12.858/2013 assegurou, por si só, o atendimento do dever de fixação de meta de gasto em educação atrelada ao comportamento do Produto Interno Bruto do país, nem conseguiu fazer avançar — no período observado — a correlação de coerência entre maior aporte de recursos e maior controle do gasto educacional para fins de avaliação de qualidade dos resultados no bojo do Plano Nacional de Educação a que se refere o art. 214 da CR/1988.

A reflexão aqui enunciada merece, desse modo, ser atualizada e relida à luz do contexto de persistente déficit de custeio para as políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais sob análise, mesmo já passadas mais de duas décadas de vigência da Carta de 1988.

Prova disso é a constatação do Ministro Celso de Mello no RE nº 581.352 AgR/AM⁶ de que é preciso intervenção judicial diante da “omissão do Poder Público [que] representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal”.

Se o modelo estivesse em adequado funcionamento, a resposta judicial de que houve falhas no planejamento estatal (caso concreto de omissão tópica na garantia de direitos sociais) deveria retroalimentá-lo. Com isso, o controle não findaria o ciclo, mas retroalimentaria o

indicou para 1989 o mínimo de 30% do orçamento da Seguridade Social para a saúde e até 1993 essa vinculação foi mantida, definida na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), como sendo a participação federal no financiamento do setor. Entretanto, isso jamais foi cumprido. Se o Estado brasileiro mantivesse em 2013 o mesmo percentual proposto em 88, o SUS teria neste ano um orçamento de aproximadamente R\$195 bilhões. Entretanto, a dotação do Ministério da Saúde será de cerca de R\$84 bilhões” (Disponível em: <http://www.ampasa.org.br/templates/176/noticia_visualizar.jsp?idEmpresa=50&idNoticia=14442&idUser=141192>. Acesso em: 21 mar. 2014). Esse tema será alvo, por sinal, de longas reflexões ao longo de todo o texto.

⁵ Conforme se depreende do art. 5º da LC nº 141/2012:

“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.

§1º (VETADO).

§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.”

⁶ STF. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julg. 29.10.2013. *DJe*-230, 21 nov. 2013.

planejamento, de modo a permitir sua correção em prol da progressiva universalização, na lei orçamentária, da resposta judicial em favor de todos os cidadãos que estivessem em igual situação jurídica.

Ideal seria que as ações judiciais revelassem — de forma isolada e esporádica — eventuais déficits de cobertura e atendimento, os quais, uma vez diagnosticados pela via excepcional do Judiciário, seriam sanados espontaneamente (*ex officio*) pela via regular e universal da previsão legal de recursos suficientes no correspondente programa de ação governamental.

Como tal cenário ideal não tem ocorrido, a despeito da trajetória⁷ da universalização⁸ de acesso à medicação para tratamento da Aids (exceção pioneira?), vê-se, na comunidade jurídica e na sociedade em geral, a multiplicação explosiva do número de ações individuais e interpretações contudentes contra e a favor da judicialização⁹ de políticas públicas.

Para além desse horizonte (até certo ponto passional e radicalizado), é preciso retomar a origem dos impasses e refletir se têm sido apresentadas respostas adequadas às reais causas do problema, as quais passam, entre outras variáveis, pela garantia de financiamento minimamente capaz de atender às demandas progressivas ao longo do tempo.

Precisamente porque não é possível dar conta de tudo ao mesmo tempo e agora (dada a inexistência de recursos financeiros, tecnológicos, logísticos e humanos suficientes para tanto), a priorização alocativa revela-se como necessidade de fato, atendida e processada, como via democrática e de controle republicano, por meio dos orçamentos públicos definidos em lei.

Eis o ponto em que entra o segredo da esfinge orçamentária: como decifrar a capacidade de os operadores do Direito controlarem os orçamentos públicos em bases jurídico-constitucionais?

Diferentemente do que usualmente se sustenta com fulcro no princípio da reserva do possível,¹⁰ aquela “contumaz (e irresponsável)

⁷ Interessante a retomada e análise crítica feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso em artigo disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

⁸ Por meio da Lei Federal nº 9.313, de 13 de novembro de 1996.

⁹ Referência indiscutível desse debate no Brasil encontra-se na obra: VIANNA. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*.

¹⁰ Sarlet (2002, p. 12) leciona que a ideia de reserva do possível é empregada especialmente diante de direitos de prestação positiva “que, por sua dimensão econômica, implica[m] alocação de recursos materiais e humanos”. Exatamente porque demandam o manejo de recursos estatais escassos, encontram-se, segundo o aludido autor, “na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do

inércia do aparelho estatal” na consecução dos direitos sociais citada pelo Ministro Celso de Mello pode e deve ser *controlada em sede de tutela coletiva* quando observada a baixa vinculação/aderência dos gestores às peças orçamentárias por eles formuladas e aprovadas e quando analisadas algumas inconstitucionais manobras de esvaziamento da força normativa dessas leis, ao arpejo do art. 165 da Constituição de 1988.

Esta, por sinal, é a hipótese que se busca confirmar ao longo do texto, com fulcro no modo de operação do Direito como integridade¹¹ proposto por Dworkin (1999). Em necessária releitura da tradicional autocontenção judicial que, em respeito à separação de poderes, evita decisões de intensivo e amplo impacto no orçamento público, é preciso — cada vez mais — reconhecer que a aludida omissão estatal não só é “insuportável insulto” (a que se referiu o Ministro Celso de Mello), mas, sobretudo, é ato juridicamente nulo e inconstitucional.

Daí porque emerge o controle judicial do ciclo orçamentário como exigência de coerência do sistema jurídico. Se o único modo constitucionalmente adequado e legítimo de alocar os recursos públicos no Brasil passa pela natureza normativa das leis de plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual, a execução de tais leis não pode desbordar dos limites legais, nem frustrar aquela normatividade, impondo-lhe mero sentido retórico,¹² como, aliás, já suscitado pelo Prof. Ingo Sarlet no Prefácio deste livro.

possível.” Por outro lado, Sarlet ainda lembra que, paralelamente à reserva do possível, os Poderes Executivo e Legislativo defendem-se — para se esquivarem do controle judicial sobre a omissão na garantia de direitos fundamentais de natureza prestacional (também conhecidos como de segunda geração) — com base no argumento de reserva parlamentar em matéria orçamentária. Para Sarlet (2002, p. 12), “com base nesta premissa [de reserva do possível] e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes”.

¹¹ Para Dworkin (1999, p. 271-272), “o princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que todos foram criados por um único autor — a comunidade personificada —, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.” O autor explica que “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN. *O império do direito*, p. 303).

O Direito operado à luz do princípio da integridade determina que o julgador deve se voltar para todo o complexo normativo, retirando dele a norma adequada à situação de aplicação, dadas as especificidades da hipótese de incidência, inferidas a partir de seu próprio contexto.

¹² A esse respeito, ver NEVES. *A constitucionalização simbólica*. Segundo Neves, a legislação simbólica vive um déficit de concretização normativa (incapacidade de dirigir impositivamente condutas), por extremar seu papel político-ideológico.

A execução cotidiana das políticas públicas definidas nas leis orçamentárias é frágil e instável não porque falte formalmente legalidade e publicidade ao seu regime jurídico. O problema é que, material e pragmaticamente, as leis orçamentárias são, sobretudo, “simbólicas”, no sentido propugnado por Neves (2007). Essa nos parece ser a razão pela qual a execução orçamentária de todos os níveis da federação se ressentem da falta de motivação, razoabilidade e finalidade para evitar, conter e punir a ocorrência de abusos.

O desafio, como visto, permanece o mesmo: como assegurar eficácia aos direitos à saúde e à educação, sem concomitantemente garantir estabilidade e — até mesmo — progressividade de custeio às ações governamentais que lhe dão consecução?

Tanto é assim que, no presente estudo, a crítica historicamente feita à falta de regulamentação do gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde pode ser perfeitamente redirecionada para a tímida regulamentação feita pela Lei Complementar nº 141/2012. Isso porque tal Lei, além de tardia,¹³ é insuficiente para sanar a regressividade do gasto federal em saúde, sobretudo porque manteve o critério de correção do gasto da União apenas pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB), tal como estava previsto no art. 77, inc. I, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CR/1988. Eis a razão pela qual permanecem válidas todas as críticas tecidas ao longo do texto a respeito do déficit normativo sobre o equilíbrio federativo no custeio do direito à saúde.

Importa, nesse sentido, registrar desde já um aviso ao leitor: regulamentar gasto mínimo em saúde e em educação sem horizonte efetivo de progressividade é, dentro do postulado constitucional da máxima eficácia dos direitos fundamentais, negar — ainda que de forma parcial — a força normativa dos regimes constitucionais que definem o seu custeio.

O esforço de apresentar e buscar respostas para os impasses da falta de efetiva associação entre padrão adequado de qualidade para o ensino, nos moldes do art. 206, VII e do art. 212, §3º da Constituição, com a busca de expansão do gasto mínimo em educação, na forma do art. 214, VI, também da CR/1988 e da regressividade proporcional do gasto federal em saúde, além das implicações daí decorrentes para os entes subnacionais, é o mote que mantém a razão de ser deste livro. O objetivo que o orienta foi o de problematizar se e em que medida

¹³ Como se vê, foram doze anos de omissão desde a EC nº 29/2000 até a vinda da lei complementar reclamada pelo §3º do art. 198 da CR/1988.

as diferenças de arranjo protetivo dos direitos fundamentais à saúde e à educação influenciaram no grau de cumprimento, pelos três níveis da federação, dos patamares mínimos de gasto definidos nos arts. 198, §2º, e 212 da Constituição.

O fundamento teórico que lastreou a pesquisa reside nos princípios da máxima eficácia dos direitos fundamentais e na vedação de retrocesso que imprimem sentido vinculante ao dever de progressividade dos poderes públicos, quando da materialização desses direitos por meio de políticas públicas.

Para sedimentar os regimes constitucionais de custeio da educação e da saúde no Brasil, buscou-se diagnosticar e avaliar o estágio de cumprimento dos deveres constitucionais de financiamento mínimo, à luz de dupla análise comparativa entre, primeiramente, os arranjos normativos da saúde e da educação e, posteriormente, entre os padrões de gasto da União, do estado de Minas Gerais e dos municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes no período de 2003 a 2008.

As hipóteses testadas e, ao final, confirmadas foram as de que (i) o financiamento público da educação mostrou-se relativamente estabilizado e menos propenso que a saúde às distorções de subfinanciamento e burla interpretativa ao modelo constitucionalmente definido de repartição federativa de custos; e, por outro lado, (ii) no âmbito do financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), há uma tendência de guerra fiscal de despesa havida entre os entes da federação, com sobrecarga de financiamento suportada pelos municípios, além de interpretações controvertidas sobre o que se reputa “gasto em saúde” e da redução proporcional e progressiva de gastos da União em ações e serviços públicos de saúde.

À luz de tais perspectivas analíticas, o estudo aponta para três conclusões estruturais.

A primeira delas é que a ausência de regulamentação da EC nº 29, durante o período de 2000 até 2012, serviu de mote para que a União se retirasse paulatina e regressivamente do financiamento do SUS e para que o estado de Minas Gerais, durante o período observado de 2003 a 2008, deixasse de aplicar o seu percentual mínimo em ações e serviços públicos universais e gratuitos de saúde, sendo que, em ambos os casos, houve uma espécie de “evasão fiscal” de despesa causadora de profundas instabilidades no sistema federativo de custeio da política pública de saúde. Por conseguinte, o custo majorado desse impasse tendeu a recair sobre os municípios investigados, os quais passaram a suportar a sobrecarga de despesas e demandas do frágil

arranjo protetivo inaugurado pela EC nº 29/2000. A guerra fiscal de despesa deflagrada, desse modo, no financiamento do SUS acabou, direta ou indiretamente, por romper com a concepção constitucional da saúde como direito coletivo e solidário, acirrando competições interesteriores em toda a seguridade social. Também provocou distorções federativas principalmente sobre os municípios, na forma de sobrecarga de demandas sociais e (cada vez mais) judiciais, sem correspondente fonte de receitas.

Por outro lado, a segunda conclusão do estudo é que o arranjo constitucional da educação, diferentemente da saúde, pareceu controlar — com mais densidade jurídica e até mesmo fiscal — as tentativas de fuga ao dever de financiamento mínimo. Tal estabilidade permitiu, nesse sentido, à área da educação avançar em novas emendas constitucionais que lhe proporcionaram não apenas garantias fiscais, mas também uma consistente rota material de progressividade na sua prestação, cujo maior exemplo foi a determinação de ensino público, universal e obrigatório dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade. Trata-se claramente de outro patamar aquisitivo, em torno do qual a saúde deve se orientar para tentar alcançá-lo.

A terceira conclusão, contudo, advém da necessidade de atualizar o foco para além do período inicialmente observado no levantamento estatístico das contas públicas examinadas, o qual restara adstrito ao lapso entre 2003 a 2008.

Diante da persistente instabilidade e judicializada insuficiência de custeio para os direitos à educação e saúde, em rota de afronta aos comandos, respectivamente, dos art. 206, VII e art. 212, §3º cominados com o art. 214, VI e art. 198, §§2º e 3º, todos da CR/1988, impõe-se novo esforço para que sejam devidamente contextualizadas a Lei Complementar nº 141/2012, a Lei nº 12.858/2013 e a Lei nº 13.005/2014 à luz do princípio (verdadeiro postulado) da máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, portanto, é que surge o conceito de gasto mínimo material, como terceira e decisiva elaboração conclusiva deste estudo em sua maturação ao longo de nossa atuação no âmbito do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo.

Firmamos, em busca da ampliação conceitual dos tradicionais enfoques dados aos arts. 198 e 212 da nossa Carta Constitucional, que gasto mínimo não é só um percentual de receita, mas também um conjunto de obrigações legais de fazer a serem contidas — material e conjuntamente — no conjunto de ações normativamente irrefutáveis.

O gasto matemático (gasto mínimo formal) é referido a ações vinculadas (gasto mínimo material), ou seja, não há ampla discricionariedade na eleição de como dar consecução ao mínimo, porque também integra o núcleo mínimo intangível do direito à educação e à saúde o cumprimento das obrigações legais de fazer.

Diferentemente do usualmente alegado pelos gestores públicos — a pretexto de reserva do possível ou discricionariedade administrativa — as prescrições legais de obrigações de fazer em saúde e educação são muitas, criam vinculações substantivas inafastáveis para o conteúdo do gasto mínimo e reclamam eficácia imediata, nos moldes do art. 5º, §1º da CR/1988, como veremos mais detidamente no posfácio.

Reconhecemos e ressaltamos que os desafios abertos pela noção substantiva de gasto mínimo passam, obviamente, pela avaliação de se as despesas empreendidas naquele porcentual vinculado foram capazes de assegurar o cumprimento das obrigações legais de fazer, assim como passam pelo controle de se os resultados obtidos não se revelaram regressivos ao longo do tempo.

No tocante ao direito à educação, a noção de gasto mínimo material permitir-nos-á promover, a título de exemplo, o controle judicial da capacidade financeira estatal de atender aos deveres de assegurar oferta de educação básica obrigatória dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade (a que se refere o art. 208, I c/c art. 6º da EC nº 59/2009), de pagar o piso salarial nacional para os profissionais da educação escolar pública¹⁴ e de garantir padrão de qualidade para o ensino, tal como exigido pelo art. 206, incisos VII e VIII da Constituição de 1988, entre outras interfaces.

Particularmente no tocante à qualidade da educação, o que estamos a defender é que não basta o cumprimento matemático do dever de gasto mínimo se a ele corresponder regressividade imotivada de indicadores e índices oficiais de desempenho¹⁵ durante o período examinado. Gastar formalmente o montante mínimo de recursos vinculados, mas não assegurar o padrão de qualidade, é gastar mal (lesão aos princípios da finalidade e eficiência), além de configurar

¹⁴ Fixado pela Lei Federal nº 11.738, de 16 de julho de 2008, assim ementada: “Regulamenta a alínea ‘e’ do inciso III do *caput* do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica”.

¹⁵ Como o são, por exemplo, o índice de desempenho da educação básica (IDEB), a taxa de distorção idade-série, a taxa de abandono, a taxa de aprovação, a taxa de reprovação, a taxa de analfabetismo, a taxa de escolarização e a proporção de alunos com aprendizado adequado para etapa escolar.

oferta irregular de ensino nos moldes do art. 208, §2º cominado com o art. 206, VII, ambos da CR/1988.

Por outro lado, quando se observa o regime constitucional de custeio referido ao direito à saúde, a regressividade do gasto federal pode vir a ser controlada como hipótese de descumprimento do dever de gasto mínimo material. Isso ocorre na medida em que a equação federativa conduzida pela União desde 1988 de majoração da sua capacidade arrecadatória, de um lado, e de redução do gasto proporcional, de outro, tem historicamente implicado o subfinanciamento federal do Sistema Único de Saúde (SUS).

Desde a própria EC nº 29/2000 (como comprovam o inciso I do §2º e o inciso IV do §3º¹⁶ do art. 198 da CR/1988), não foi fixada correlação alguma entre o comportamento progressivo da receita com o volume de gastos federais no SUS, pois seu critério normativo de gasto mínimo a ser vertido para a saúde sempre cuidou de manter o patamar do ano anterior corrigido pela variação nominal do PIB.

Tal cenário pode ser inferido até mesmo a partir da garantia meramente formal do §2º do art. 5º da LC nº 141/2012 de que, se houver variação negativa do PIB, não poderá haver redução “em termos nominais” do *quantum* aplicado pela União em saúde de um exercício financeiro para outro. Significa dizer que os valores não serão reduzidos apenas em seu montante declarado nominalmente, mas podem sim

¹⁶ In verbis: “Art. 198. [...]

§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, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no §3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - 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 arts. 157 e 159, inciso I, alínea ‘a’, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea ‘b’ e §3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000) Regulamento

I - os percentuais de que trata o §2º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)”.

ser proporcional e relativamente regressivos quando comparados ao volume total de receita do exercício.

Como já dito e bastante repisado, a regressividade proporcional em face do volume inicialmente previsto no art. 55¹⁷ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) tem sido a tendência do gasto federal em saúde desde o advento da CR/1988, a qual persistiu mesmo após a EC nº 29/2000, sem que tenha sido efetivamente enfrentada pela LC nº 141/2012, a despeito das pressões sociais e da judicialização fortemente incidente sobre o setor.

Ainda que a matéria seja aprofundada adiante, antecipamos, desde já e como pretexto de convite ao leitor para que prossiga sua leitura, nosso entendimento de que tal regressividade proporcional de custeio federal em saúde reclama, já de há muito, controle judicial.

O binômio possibilidade-necessidade objetivamente aferido no exame de pedido de prestações alimentícias, em consonância com o §1º do art. 1.694¹⁸ do Código Civil brasileiro, pode ser trazido, por meio de interpretação analógica, para o dever estatal de custeio do direito à saúde. Quem tem maior capacidade arrecadatória deve ser proporcionalmente implicado na necessidade de custeio do SUS, já que o financiamento da saúde pública e, em particular, os recursos federais destinados ao setor devem ser rateados entre os três níveis da Federação, “objetivando a progressiva redução das disparidades regionais”, conforme o art. 198, §3º, inciso II da Constituição de 1988.

O dever de todos os entes da Federação de concretização do direito à saúde, tal como inscrito no art. 196 da CR/1988, implica responsabilidade solidária¹⁹ entre eles. Tal responsabilidade solidária —

¹⁷ Cujo comando se segue: “Art. 55. Até que seja aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”. Para que se tenha em mente o dado comparativo, retomamos a citação do estudo da Ampasa, em que foi calculado que “Se o Estado brasileiro mantivesse em 2013 o mesmo percentual proposto em 88, o SUS teria neste ano um orçamento de aproximadamente R\$195 bilhões. Entretanto, a dotação do Ministério da Saúde [foi] de cerca de R\$84 bilhões [em 2013]” (Disponível em: <http://www.ampasa.org.br/templates/176/noticia_visualizar.jsp?idEmpresa=50&idNoticia=14442&idUser=141192>. Acesso em: 21 mar. 2014).

¹⁸ Cujo teor é o seguinte: “Art. 1.694. [...] §1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

¹⁹ Citando os precedentes do ARE nº 738.729-AgR/RS, Rel. Min. Rosa Weber; RE nº 607.381-AgR/SC, Rel. Min. Luiz Fux; RE nº 641.551-AgR/SC e RE nº 665.764-AgR/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE nº 721.088-AgR/RS e AI nº 817.938-AgR/RS, Rel. Ricardo Lewandowski; AI nº 732.582/SP, Rel. Min. Ellen Gracie e RE nº 716.777-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, o Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática que negou seguimento ao Recurso Extraordinário nº 799.316/PE, bem sintetizou que “a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é solidária a obrigação dos entes da Federação em promover

reconhecida na sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação a demandas individuais por acesso a medicamentos e procedimentos clínicos ou cirúrgicos — precisa, contudo, ser trazida também para o dever de custeio previsto no art. 198, de igual estatura constitucional.

A natureza regressiva para o custeio do SUS e predatória para o federalismo desse critério anti-isonômico do gasto mínimo federal em saúde segue como desafio mal debatido na comunidade jurídica brasileira. Na LC nº 141/2012 e, antes dela, no art. 77 do ADCT, só a União não tem porcentual de gasto em saúde atrelado ao comportamento da sua receita, assim como só a União desvincula,²⁰ no nascedouro, 20% (vinte por cento) das contribuições sociais e dos recursos mínimos devidos à saúde.

Tal diagnóstico deixa a provocação, por fim, para que sejam responsabilizados — até judicialmente, se for o caso — os governos omissos e causadores da guerra fiscal no financiamento do SUS, com base nos princípios da vedação de retrocesso social e da máxima eficácia dos direitos fundamentais, para que cumpram o dever de progressividade nas suas ações governamentais expressas pelas execuções orçamentárias em saúde, assim como já tem sido conquistado na educação.

O desafio é grande e implica todos, pois, mesmo já transcorridos mais de 25 anos desde a promulgação da nossa Constituição Cidadã, ainda persiste o horizonte de subfinanciamento dos direitos fundamentais a exigir que os operadores do Direito reclamem e militem em prol da plena força normativa dos regimes constitucionais de custeio dos direitos à saúde e à educação.

os atos indispensáveis à concretização do direito à saúde, tais como, na hipótese em análise, a realização de exame pelo recorrido, paciente destituído de recursos materiais para arcar com o próprio tratamento. Portanto, o usuário dos serviços de saúde, no caso, possui direito de exigir de um, de alguns ou de todos os entes estatais o cumprimento da referida obrigação” (*DJe*-054, 19 mar. 2014).

²⁰ Embora seja tópico a ser explorado mais adiante, referimo-nos aqui à Desvinculação de Receitas da União (DRU), prevista na CR/1988 por meio de dispositivos transitórios no ADCT, que, não obstante, vigoram há mais de 20 (vinte) anos. Ou seja, desde 1994, os arts. 71, 72 e 76 do ADCT criaram regras diversas e reiteradas no sentido de desvincular 20% das receitas da seguridade social e do patamar de gasto mínimo que deveria ser vertido à saúde, sendo que a educação dela conseguiu se desvencilhar por meio da EC nº 59/2009, de modo que, apenas a partir de 2011, anulou totalmente os efeitos da DRU sobre o comando do art. 212 da CR/1988.

Interessante destacar, desde já, que a DRU é o dispositivo transitório ironicamente mais “prestigiado” da Constituição de 1988, porquanto tenha sido alvo de regramentos e modificações feitas por 7 (sete) emendas constitucionais, a saber, Emenda de Revisão nº 1/1994, EC nº 10/1996, EC nº 17/1997, EC nº 27/2000, EC nº 42/2003, EC nº 56/2007 e EC nº 68/2011.

Eis, por sinal, a razão do posfácio em sinal de maturação e sincero esforço de entregar à sociedade e à comunidade jurídica não só o resultado de estudos pós-doutorais, mas também a densidade prática dos institutos que resguardam o financiamento dos direitos fundamentais, em seus deveres de custeio mínimo da saúde e da educação, a partir da vivência cotidiana de sua aplicação no âmbito do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo.

Enfim, obra incompleta é sinal de vida em estado contínuo de amadurecimento e reconstrução, da qual agora se migra um retrato momentâneo de inquietações para compartilhamento.

Autora

INTRODUÇÃO

O presente livro tenta compreender se e como as diferenças de formato no arranjo constitucional dos direitos fundamentais à saúde e à educação causaram diferenças de execução dos seus respectivos patamares de gasto mínimo pelos entes da federação.

Justifica-se a instigação ora proposta, na medida em que, a despeito de já transcorrida mais de uma década do advento da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, parece ainda haver, na política pública de saúde, uma instabilidade fiscal não encontrável, à primeira vista, na política pública de educação.

As diferenças de aplicação concreta das políticas públicas em comento não poderiam, isoladamente, responder pelas sensíveis distorções havidas no financiamento no Sistema Único de Saúde (SUS), de um lado, e pela rota aparentemente estabilizada de custeio federativo da política pública de educação.

A proposta de análise, portanto, passou a recair sobre a origem do impasse, ou seja, sobre os arranjos constitucionalmente estabelecidos para cada qual dessas políticas públicas. A comparação passou a ser entre a força normativa do art. 212 da Constituição de 1988 e o teor programático dos §§2º e 3º do art. 198.

De um lado, o art. 212 da CR/1988 e o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) definiram o dever de gasto mínimo na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE). De outro, o art. 198, a sua correspondente norma transitória no art. 77 do ADCT até 2012 e, a partir de 13 de janeiro desse ano, a LC nº 141 fixaram, na medida do política e economicamente possível, o dever de gasto mínimo nas Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS).

O objetivo é problematizar a estrutura e a própria força normativa de cada qual dos arranjos protetivos da saúde e da educação, para observar o grau de cumprimento, pelos três níveis da federação, dos valores constitucionais mínimos de gasto público nas políticas públicas que lhes correspondem, os quais estão definidos, respectivamente, nos arts. 198, §2º, e 212.

Fundamenta-se o trabalho no princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais e no seu caráter diretivo-vinculante para todo o ordenamento jurídico. É, pois, a partir de tal eixo principiológico que deriva a exigência de que a saúde e a educação, sendo direitos fundamentais de natureza prestacional, sejam asseguradas pelo Estado em uma rota de progressiva universalização e expansão qualitativa, dadas as condições sociais de disponibilidade tecnológica e econômica.

Não se pode reputar constitucionalmente adequado que qualquer direito fundamental seja constrangido pelas insubsistências do seu arranjo protetivo, tampouco que o impasse sobre o seu financiamento lhe leve à estagnação do seu contínuo processo de reformulação social e incorporação de novos patamares materiais e fiscais de prestação.

Com mais ênfase, tal norte interpretativo se aplica aos direitos fundamentais à saúde e à educação, razão pela qual a comparação ora proposta visa instigar o debate sobre um verdadeiro e inegável *dever estatal de progressividade*, mormente se se tratar de direito fundamental que a Constituição dotou de estrutura *mínima* de financiamento, a qual, por seu turno, é equitativamente distribuída entre os três níveis da federação. Eis, em suma, o marco teórico do presente estudo.

A comparação e o estudo de caso, ora propostos, direcionam-se em prol da tese de que *o princípio da vedação de retrocesso para os direitos à saúde e à educação já não se situa estritamente no patamar de vedação de extinção ou redução deliberada do arranjo, mas também inclui e exige a proibição de estagnação ou restrição interpretativa que lhe retire a possibilidade de progredir.*

Para cumprir o propósito de confirmar (ou refutar, se for o caso) a tese acima, é que se dividiu o texto em seis partes, além da apresentação e incluída esta introdução, sendo que o segundo capítulo cuidará dos pressupostos metodológicos que orientam todo o estudo.

No terceiro capítulo, o desenho dos arranjos normativos dos direitos à saúde e à educação será apresentado inicialmente em apartado, para, na sequência, serem colocados em linha de comparação. Nesse momento, é que se espera promover uma observação das nuances jurídico-constitucionais da política pública de educação em face da política pública de saúde, e vice-versa.

Tal corte analítico se impõe, para ser possível, posteriormente, tecer a comparação entre as citadas políticas públicas acerca das seguintes dimensões: (i) grau de operacionalidade da norma por si mesma e, por conseguinte, a necessidade de complementação posterior, ou não, para fins de sua aplicação plena; (ii) estabilidade temporal e institucional do próprio arranjo; (iii) existência de definição material feita em lei do que é gasto mínimo e de quais ações e serviços nele se incluem, ou não; (iv) distribuição de competências e responsabilidades por cada ente da federação e entre eles no custeio da política pública; (v) projeção de avanços fiscais e materiais para o futuro, com metas de ação diferidas no tempo e (vi) previsão de sanções decorrentes do inadimplemento parcial ou total do dever de aplicação dos mínimos constitucionais nas políticas públicas de educação e saúde.

Perpassa todas essas dimensões a conjuntura histórico-social da edição da norma constitucional e de suas posteriores alterações, a qual também será considerada para uma melhor contextualização das tensões e construções havidas nas políticas públicas ora observadas.

Espera-se, com isso, que o esforço comparativo entre os arranjos constitucionais de financiamento estatal dos direitos à educação e à saúde permita não apenas a definição de suas respectivas peculiaridades setoriais, mas também o apontamento das congruências e diferenças entre eles.

Na sequência, passará o quarto capítulo a testar se e em que medida as diferenças influenciaram no grau de cumprimento, pelos três níveis da federação, dos valores constitucionais mínimos de gasto nas aludidas políticas públicas.

Para observar tal possível relação, será feito estudo de caso²¹ de como se deu a aplicação dos patamares de gasto mínimo em saúde e educação pelos três níveis da federação no estado de Minas Gerais, durante o período de 2003 a 2008.

As hipóteses que se espera testar, no quarto capítulo, com a análise comparativa entre os arranjos normativos e as séries históricas de execução orçamentária nas políticas públicas de educação e saúde da União, do estado de Minas Gerais e de determinados municípios mineiros são as seguintes:

1. O financiamento público da educação estaria relativamente estabilizado e relativamente menos propenso que a saúde às distorções de subfinanciamento e burla interpretativa ao

²¹ Seus contornos metodológicos encontram-se melhor explicados no próximo capítulo.

modelo constitucionalmente definido de repartição federativa de custos, por força do seu arranjo protetivo mais bem estruturado; e a despeito da grande dificuldade de fixar parâmetros mínimos nacionais de qualidade de ensino desde 1988. Vale lembrar que, após 26 anos de falta de critério para atender ao princípio de garantia de padrão de qualidade inscrito no art. 206, VII, da CR/1988, a Lei nº 13.005/2014 trouxe, em suas estratégias 20.6 a 20.8, a perspectiva de regulamentação do “Custo Aluno Qualidade” para fins de atendimento ao art. 212, §3º da CR/1988 e ao art. 3º, IX da Lei nº 9.394/1996, que fixa as diretrizes e bases da educação nacional. Tais metas traçaram o dever de regulamentar até 2016 padrões mínimos de qualidade atrelados a indicadores de gasto educacional minimamente capazes de refletir a correlação finalística entre gasto e qualidade de ensino.

2. O financiamento do SUS estaria, por outro lado, sujeito a uma tendência de guerra fiscal de despesa havida entre os entes da federação, com sobrecarga de financiamento suportada pelos municípios pesquisados. Além disso, o SUS estaria sujeito a interpretações controvertidas sobre o que se reputa “gasto em saúde” e à redução proporcional e progressiva de gastos da União em ações e serviços públicos de saúde (em participação percentual seja em face do volume total de recursos aplicados no Sistema, seja em face do conjunto das receitas correntes federais).

No quinto capítulo, seguem-se as considerações finais no sentido de provocar a necessidade de ruptura da tendência de instabilidade fiscal provocada pela União e, em menor medida, pelo estado de Minas Gerais, no sistema de financiamento do SUS durante o período de 2003 a 2008 (posterior, portanto, ao arranjo protetivo inaugurado pela EC nº 29, de 2000).

No cenário observado, os riscos mais severos seriam de (i) ruptura com a percepção da saúde como direito coletivo e solidário,²² acirrando competições intersetoriais em toda a seguridade social, assim como de (ii) reprodução de distorções federativas principalmente sobre os municípios pesquisados que tenderiam a suportar a sobrecarga de demandas sem correspondente fonte de receitas.

²² Porquanto acabe sendo questionado em sua universalidade e gratuidade de prestação e, na ponta do dever estatal de assegurá-lo, tenderia a deixar de ser financiado sistemicamente pelo Orçamento da Seguridade Social. Disso, contudo, cuidarão mais detidamente os capítulos 3 e 4 deste estudo.

Diferentemente da saúde, o arranjo constitucional da educação parece controlar — com mais densidade jurídica e até mesmo fiscal — as tentativas de fuga ao dever de financiamento mínimo; muito embora, como já dito, tenhamos consciência dos desafios qualitativos que persistem para o setor educacional, o que, aliás, milita contra a efetividade do atual e do anterior Plano Nacional de Educação. Como se espera observar ao longo do texto, tal estabilidade teria permitido à área da educação avançar em novas emendas constitucionais que lhe teriam proporcionado não apenas garantias fiscais, mas também uma consistente rota material de progressividade na sua prestação.

Vale constatar, contudo, que ainda pendem para a educação desafios incomensuráveis como, por exemplo, o acompanhamento da manutenção de padrão de qualidade do ensino, nos moldes do art. 206, VII; a garantia de piso remuneratório nacional para os profissionais da educação escolar pública, tal como previsto no art. 206, VIII e o monitoramento de que o piso de gasto público em manutenção e desenvolvimento do ensino não se destinou apenas à universalização de acesso à educação básica obrigatória, mas também atendeu ao dever de garantia de padrão de qualidade e equidade, a que se refere o art. 212, §3º da CR/1988, em consonância com o Plano Nacional de Educação editado na forma do art. 214, sendo que todos os dispositivos citados são da CR/1988.

Para além das tensões suportadas topicamente pela saúde e pela educação, é importante retomar que a aquisição de novos patamares constitucionais de alargamento do dever estatal de consecução material de direitos fundamentais deve se revelar, desse modo, não mais como uma luta histórico-política de setores isolados, mas sim como uma conquista de todo o sistema jurídico-protetivo da dignidade da pessoa humana.

A confirmação da existência de uma progressiva evolução constitucional recente da política pública de educação tende, nesse sentido, a expressar um norte interpretativo, em torno do qual a saúde deveria se orientar para tentar alcançá-lo.

À luz das preliminares instigações acima levantadas, antevê-se, porém, a necessidade de registrar, desde já, um severo alerta. O aviso inicial é de que, enquanto o SUS estiver envolto no difícil impasse de desequilíbrio federativo do seu financiamento, a União tenderá a seguir aplicando no sistema menos recursos do que pode e deve, na medida em que facilmente transfere aos municípios os custos da pressão social e até mesmo judicial por sua expansão e aprimoramento.

Por outro lado, os entes subnacionais, em diversas vezes e situações, cumprem formalmente o patamar de gasto mínimo em saúde

e educação, sem dar plena consecução e cumprimento às obrigações legais de fazer contidas na noção de gasto mínimo material. Tal lógica contábil e aparentemente fundada na discricionariedade administrativa induz o crescimento aritmético das ações judiciais, enquanto nega vigência à máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Tal primário diagnóstico leva, por fim, à necessidade de responsabilizar — até judicialmente, se for o caso — os governos quer sejam eles (i) omissos quanto às obrigações legais de fazer ou (ii) causadores de regressividade imotivada em saúde e educação, quer ainda sejam (iii) ensejadores da guerra fiscal no financiamento do SUS, com base nos princípios da vedação de retrocesso social e da máxima eficácia dos direitos fundamentais. A responsabilização ora propugnada visa ao cumprimento do dever de progressividade nas ações governamentais expressas pelas execuções orçamentárias em saúde e educação.

No posfácio e última parte deste estudo, são assentadas as bases primárias do conceito de gasto mínimo material e suas possibilidades de aplicação, a título de instigação em prol do aprimoramento e eventual reorientação de foco no controle judicial de políticas públicas e no controle externo a cargo dos Tribunais de Contas, na forma do art. 71 da CR/1988.

Eis o desafio de que se passa a cuidar.

ALGUNS BREVES PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

Esta é uma pesquisa exploratória que maneja as técnicas de revisão bibliográfica e estudo de caso, com levantamento primário de dados, interessada em avaliar a possível relação entre as diferenças jurídico-normativas dos arranjos constitucionais das políticas públicas de saúde e educação, de um lado, e a sua efetiva execução pelos entes da federação no período de 2003 a 2008, de outro.

Não se cuida, no presente trabalho, de outras²³ abordagens que não a histórico-jurídica na parte inicial do texto, de cunho comparativo, e a orçamentário-financeira na parte final do estudo de caso sobre o cumprimento dos patamares mínimos de gasto nas ações e serviços públicos de saúde e na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Vale registrar, ainda, que esta pesquisa sobre o cumprimento dos patamares constitucionais de gasto mínimo não alcança o questionamento exaustivo sobre a qualidade do gasto público empreendido em saúde ou em educação. A ocorrência de desvios ou ineficiências que não afetem o cumprimento dos pisos normativos de financiamento é tema que, por si só, está a merecer outros esforços de pesquisa aqui não enfrentados.

Embora se reconheça a importância e a necessidade do olhar sobre se os recursos aplicados estão atingindo a finalidade a que foram

²³ Reconhece-se, a propósito, a existência de inúmeras contribuições sobre o aludido tema que poderiam ser aqui incorporadas à luz da análise das Ciências Econômicas, das Ciências Sociais ou ainda da Teoria da Gestão Pública. Mas, por imperativa e necessária restrição de foco, tais vieses não serão enfrentados neste estudo.

predispostos, do ponto de vista da sua legalidade, legitimidade, eficácia, eficiência, efetividade, adequação etc., esse não é o objeto²⁴ da análise ora pretendida. Isso porque a questão de saber se há certeza e regularidade de financiamento mínimo antecede e condiciona o alcance da discussão sobre o modo pelo qual o gasto mínimo é empreendido.

A comparação ora proposta é entre as estruturas de regras e princípios inscritos na Constituição de 1988, e não se preocupa em analisar, tampouco esgotar o tratamento legal das políticas públicas mencionadas. Tais estruturas normativas definidoras de um dever de financiamento mínimo, por sua vez, são aqui designadas como “arranjos constitucionais”, ou ainda, “arranjos protetivos”.

No que se refere ao cumprimento de tais arranjos pelos entes da federação, que é o estudo de caso propriamente dito desta pesquisa, além do levantamento dos dados da União, optou-se pela análise dos dados do estado de Minas Gerais e dos 26 (vinte e seis) municípios mineiros que, em 2007, contavam²⁵ com mais de 100 (cem) mil habitantes²⁶ pela necessidade de viabilizar o cruzamento e a comparabilidade²⁷ de dados.

O levantamento dos dados do Governo Estadual e dos 26 municípios mineiros observados foi feito por meio das prestações de contas apuradas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG) de 2003 a 2008, quanto à comprovação ou não de cumprimento

²⁴ Não é alvo da análise deste livro o mérito dos gastos arrolados nos relatórios de execução orçamentária para além da comprovação de que se trata de gasto em Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) e em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) e de que o patamar mínimo foi alcançado.

²⁵ De acordo com a *Contagem da População 2007 e Estimativas da População 2007*.

²⁶ O critério de tal corte guarda consonância com a Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Considerando o significativo número total de municípios mineiros (853), optou-se por restringir o universo dos entes pesquisados à União, ao estado de Minas Gerais e aos municípios mineiros que, na contagem populacional de 2007 do IBGE, tinham mais de 100 mil habitantes. Embora, a rigor, esse corte numérico seja relativamente arbitrário e aleatório, justifica-se a sua escolha na medida em que tais municípios, segundo a citada LC nº 131/2009, deveriam, a partir de 2010, disponibilizar ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, as informações pormenorizadas sobre sua execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.

²⁷ Na falta da lei complementar reclamada pelo art. 163, incs. I e V, e pelo art. 165, §9º, ambos da Constituição de 1988, persiste considerável grau de controvérsia sobre a metodologia de contabilização das despesas públicas para fins de prestação de contas. O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais adota a metodologia de contraste entre os dados apresentados originariamente pelo ente público por ele controlado e os dados efetivamente apurados. Razão pela qual serão registrados aqui apenas os dados, de fato, apurados pelo TCCEMG, que são os únicos que têm validade jurídica definitiva, na forma da Nota Conjunta nº 14, de 20 de março de 2008, emanada pela Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda e a Diretoria de Economia da Saúde e Desenvolvimento, subordinada à Secretaria Executiva do Ministério da Saúde (respectivamente, STN/MF e AESD/SE/MS).

dos mínimos constitucionais nas ações e serviços públicos de saúde e na manutenção e desenvolvimento do ensino público (e em quais percentuais de execução teria se dado o aludido grau de cumprimento).

A consulta aos dados dos entes controlados pelo TCEMG se limitou ao sistema disponibilizado ao cidadão de fiscalização das contas públicas, em consonância com o art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O endereço aqui utilizado para consulta às prestações de contas do Estado foi <http://www.tce.mg.gov.br/default.asp?cod_secao=1GL&tipo=2&url=Fiscalizando_TCE/receitadespesa_estado.asp&cod_secao_menu=5N>, acessado em 13.08.2010. Para a prestação de contas dos municípios, foi consultado o endereço <http://www.tce.mg.gov.br/default.asp?cod_secao=1GL&tipo=2&url=Fiscalizando_TCE/Fiscalizando_Contas_Publicas_Resposta.asp&cod_secao_menu=5N>, acessado em 13.08.2010.

Em ambos os casos, o TCEMG somente disponibilizou em sua página a consulta aos exercícios financeiros de 2003 a 2008, razão pela qual a série temporal deste estudo se limitou a esse período.

A consulta às prestações de contas da União foi feita em dois distintos órgãos de controle (sendo um interno e outro externo) para que os dados tivessem correlação de origem com os dados estaduais e municipais.

A pesquisa mais direta e objetiva ao cumprimento dos percentuais mínimos pela União pode ser feita na página de consulta aos relatórios resumidos de execução orçamentária (RREO) do Governo Federal, que são emanados bimestralmente²⁸ e disponibilizados pela Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda (STN/MF).²⁹ Para os objetivos deste texto, foram alvo de consulta apenas os relatórios relativos ao 6º (sexto) bimestre de cada ano da série temporal analisada, porque, em alguma medida,³⁰ expressam o encerramento do exercício financeiro.

Adicionalmente a essa captação direta, os dados federais apresentados pelo Executivo foram cruzados com a sua admissibilidade

²⁸ Na forma dos arts. 52 e 53 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000).

²⁹ Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/contabilidade_governamental/relatorio_resumido.asp>. Acesso em: 13 ago. 2010.

³⁰ Pode não ocorrer uma absoluta coincidência de dados desses relatórios com o respectivo Balanço Geral Anual, do exercício financeiro observado, porque há inconcistências no fechamento das contas da União advindas do excessivo volume de restos a pagar não processados (ou seja, despesas empenhadas e, em 31 de dezembro, não liquidadas) que tanto podem ser confirmados, como definitivamente cancelados.

pelo TCU, na qualidade de órgão de controle externo (na forma do art. 71 da Constituição), até para que não houvesse divergência de critério analítico entre os dados federais e os dos demais entes.

A análise do TCU sobre as contas do Governo Federal, relativas ao período ora avaliado, de 2003 a 2008,³¹ foi pesquisada, em 13 de agosto de 2010.³²

Esclarecidas tais premissas, cumpre, por fim, registrar algumas limitações materiais definidas, desde já, como necessárias ao foco do estudo. A primeira delas diz respeito à opção de não se cuidar taxativamente da teoria dos direitos fundamentais, tampouco da sua eficácia, apenas do estágio atual do debate sobre seu financiamento, sob pena de não se tratar com qualidade e densidade analítica nem daquela, nem desse.

Tampouco serão alvo de discussão neste texto as ações e serviços privados em educação e saúde, regulados constitucionalmente pelos arts. 197 e 199, no caso da saúde, e pelos arts. 209 e 213, no caso da educação, por mais que tais sistemas possam, eventualmente, celebrar parcerias com os poderes públicos, visando complementar os aparatos estatais de prestação desses serviços.

A judicialização de tais políticas públicas também não será detidamente observada em suas complexas interfaces com o tema deste estudo, por mais que se conheça haver derivações de sentido de ambos os lados. Ou seja, o controle judicial pode ser o passo seguinte do diagnóstico comparativo que se espera neste estudo traçar, assim como pode ser mais uma variável de análise sobre o estágio constitucional das políticas públicas de saúde e educação. Independentemente de ser causa ou consequência, fato é que, se esse tema fosse aqui enfrentado, o estudo ganharia contornos outros e perderia o foco eleito que é o das tensões normativas, distributivas e federativas do custeio dos direitos fundamentais que antecedem o próprio controle judicial.

Como visto, o estudo tem alcance limitado aos entes da federação pesquisados durante a série histórica indicada e não visa revisitar os fundamentos teóricos basilares acerca da eficácia dos direitos fundamentais.

Assim adstrita, pode-se afirmar que a comparação ora proposta tem duplo corte: tanto quer testar as diferenças entre os sistemas

³¹ A bem da verdade, a série histórica disponibilizada para consulta do cidadão na página eletrônica do TCU é mais ampla que a série do TCEMG, na medida em que perfaz o período de 1999 a 2009.

³² Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo>.

constitucionais definidores de financiamento mínimo para as políticas públicas de educação e saúde, como quer avaliar o cumprimento de tais arranjos pelos diferentes níveis da federação. Só a partir desses dois exercícios analíticos iniciais é que se poderá empreender alguma consideração acerca do custeio federativo de tais direitos e eventual guerra fiscal de despesa entre qualquer deles.

Por fim, vale deixar registrado que o desenvolvimento do marco teórico desta pesquisa será empreendido no próximo capítulo. Como brevemente enunciado na introdução, os princípios da máxima eficácia e da vedação de retrocesso na consecução dos direitos fundamentais expressam, conjuntamente, o eixo teórico estruturante do presente texto. Tais princípios imprimem sentido progressivo aos arranjos constitucionais definidores do estágio aquisitivo já incorporado aos direitos à saúde e à educação.

Tudo isso se propõe para instigar o debate sobre a existência do *dever estatal de progressividade*, que marca essencialmente o conteúdo nuclear da tese que se quer defender, qual seja, a de que *o princípio da vedação de retrocesso para os direitos à saúde e à educação já não se situa estritamente no patamar de vedação de extinção ou redução deliberada do arranjo, mas também inclui e exige a proibição de estagnação ou restrição interpretativa que lhe retire a possibilidade de progredir*.

Reitera-se, com isso, o tripé fundamental da pesquisa (problema – marco teórico – resposta), para deixá-lo bem evidenciado e para que se possa adequadamente abordá-lo ao longo dos próximos capítulos.

EDUCAÇÃO E SAÚDE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS BALIZADOS, EM SUA GARANTIA MÍNIMA, POR COMANDOS CONSTITUCIONAIS DE VINCULAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Duas importantes teses do constitucionalismo contemporâneo abrem este capítulo: princípios são normas e os direitos fundamentais, por seu turno, têm força normativa de princípios estruturantes do ordenamento constitucional.

Mas por que é relevante abrir a tematização sobre princípios constitucionais em um estudo sobre como se deu, no período de 2003 a 2008, a distribuição dos custos do dever de financiamento dos direitos fundamentais à saúde e à educação entre os entes da federação brasileira?

Os direitos fundamentais, além de representarem limites jurídicos que vinculam negativamente a ação do Estado, são verdadeiras “diretivas positivas”, tal como bem assevera Canotilho (1994), razão pela qual indiscutivelmente ganharam a estatura de princípios no paradigma do Estado Democrático de Direito. Segundo essa linha de raciocínio, os princípios constitucionais operam como fundamento material que conforma a adequação constitucional de leis, atos administrativos e decisões judiciais.

Os princípios não só significam a fronteira de até onde é possível chegar a ação estatal, como também imprimem sentido a toda essa caminhada. Vale colher a lição de Canotilho (1994, p. 487), segundo a

qual “a vinculação jurídico-constitucional dos actos de direção política não é apenas uma *vinculação através de limites*, mas uma verdadeira vinculação material que exige um fundamento constitucional para esses mesmos actos”.

São, pois, os princípios constitucionais que efetivam — contundentemente — a vinculação material a que se referiu Canotilho. A força normativa da Constituição advém da sua posição como *norma fundamental* que apresenta os princípios básicos da convivência política.

Desse modo, revelam-se igualmente como temas materialmente constitucionais o clássico problema da razão de ser do Estado, a distribuição dos poderes, assim como a carta de direitos fundamentais. Isso porque é a Constituição que imprime sentido às ações do Poder Público, por meio da normatização de seu papel (no que se inclui a tutela de direitos fundamentais) e dos meios postos à sua disposição para que cumpra regularmente os seus deveres institucionais.

Contemporaneamente, faz-se necessário assegurar a força normativa da Constituição não só como documento que fixa limites à ação estatal, mas principalmente como fundamento material que deveria orientar — positivamente — essa mesma ação.

Retomando o foco do objeto deste estudo, tem-se que outro não foi o propósito das normas que inseriram na Constituição de 1988 patamares mínimos de gasto público em determinados direitos fundamentais, como os de saúde e educação, senão o de orientar a ação positiva do Estado brasileiro (em qualquer dos três níveis da federação).

Mais do que mera orientação, contudo, os arranjos normativos que estabelecem o grau de aquisição normativa na garantia dos direitos fundamentais à saúde e à educação são, em extensão e profundidade, a própria face objetiva³³ de tais direitos.

Não basta, contudo, dizer que direitos fundamentais não podem ser subjetiva e objetivamente preteridos (em seu estágio já adquirido). Esse posicionamento já assentado doutrinária e jurisprudencialmente, por si só, não dá conta da busca por novos e sistêmicos avanços, uma vez que é no desafio de consistentemente progredir que se dá o maior impasse no financiamento de tais direitos.

³³ Trata-se de uma das várias possíveis decorrências do que Ingo Sarlet (2009, p. 148) chama de “dever geral de efetivação atribuído ao Estado”. Ainda segundo o autor, os direitos fundamentais têm passado por um processo de valorização que lhes atribui, além da clássica percepção de direitos subjetivos de defesa, a “condição de normas de direito objetivo”, cujas múltiplas feições apontam para uma “autêntica mutação dos direitos fundamentais”, garantindo uma “liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal” (2009, p. 151).

Foi em prol da demanda por um movimento de evolução institucionalizada que alguns dispositivos constitucionais operaram um esforço de distribuição federativa dos custos das ações e serviços públicos em saúde (art. 198) e da manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212).

Porque não são passíveis de terem “solução” de uma única vez e de uma vez por todas, as políticas públicas de natureza prestacional (como o são saúde, educação, assistência social etc.) são tidas como de eficácia constitucional progressiva. Ou seja, elas devem ser empreendidas em um processo de satisfação/emancipação progressiva dos cidadãos, já que, de início, deve-se garantir a subsistência em caráter primordial. Sucessivamente (o que não significa dizer cronologicamente) vão sendo promovidas, entre outras, políticas de inclusão cultural, desportiva e laborativa, por exemplo.

Isso ocorre porque a formulação e a execução de políticas públicas são deveres estatais inseridos na sistemática constitucional de condensação de direitos fundamentais. Assim, por mais que a tutela desses direitos passe por uma via complexa de fixação do “mínimo existencial”³⁴ (garantidor do fundamento da dignidade da pessoa humana) e de respeito à ideia de “reserva do possível”,³⁵ tais políticas públicas não podem simplesmente ser preteridas.

A ideia de vedação de retrocesso social³⁶ inscreve-se como garantia de que os direitos sociais, econômicos e culturais — uma vez que tenham sido assegurados constitucionalmente — não podem ser simplesmente suprimidos ou constrangidos pelo legislador (CANOTILHO, 1994, p. 483).

³⁴ Segundo Torres (2010, p. 314), embora o mínimo existencial careça de conteúdo específico, sabe-se que ele abrange qualquer direito “em seu núcleo essencial”. Dito de outro modo, “o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”. Isso porque “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as necessidades materiais de existência não retrocedem a quem de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados” (TORRES, 2010, p. 314, grifos nossos).

³⁵ Em meio às restrições orçamentárias e às prioridades governamentais fixadas intertemporalmente pelo Poder Público.

³⁶ Nas palavras de Canotilho, “o número essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado” (1998, p. 449).

Nesse sentido, o mínimo de garantia estatal em saúde — contra o qual não pode haver medidas tendentes ao retrocesso — toma como ponto de partida, no Brasil pós-EC nº 29, de 13 de setembro de 2000, as vinculações orçamentárias estabelecidas no art. 198, não cabendo a qualquer dos entes da federação atentar contra esse estágio normativo de proteção.

Em igual medida, o mínimo de garantia estatal em educação contemporaneamente toma como ponto de partida o arranjo constitucional desenhado no art. 212 e pelas Emendas Constitucionais nº 14, de 12 de setembro de 1996, nº 53, de 19 de dezembro de 2006, e nº 59, de 11 de novembro de 2009, de forma a configurar um contínuo processo de aquisição evolutiva.

É nesse cenário que se mobilizam os fundamentos da (i) interpretação conforme a Constituição, (ii) vedação de retrocesso social e (iii) inadmissibilidade de restrições a direitos fundamentais que não guardem exata correlação de adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso (elementos da proporcionalidade *lato sensu* que apenas são aferíveis diante do caso concreto).

A finalidade contida no dever de progressividade seria, em suma, a de assegurar a máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais. Ora, falar de direitos fundamentais no Brasil é falar da sua especial tutela no texto constitucional vigente, mormente se se observar o disposto no art. 5º, §1º da Carta Magna que assegura “aplicabilidade imediata” a esses direitos. Vale contextualizar, contudo, que o caráter “imediato” da aplicabilidade dos direitos fundamentais (não apenas dos direitos sociais) é sempre referido à realidade social e econômica em que eles se inserem.

A demanda pela maior eficácia e efetividade possível dos direitos fundamentais efetivamente deve ser realizada segundo uma hermenêutica constitucional que revise as bases de fundamentação da Constituição em favor da dignidade da pessoa humana. Tal raciocínio se aplica com maior ênfase quando se cuida da eficácia dos direitos fundamentais que demandam ação positiva do Estado, dentro das limitações orçamentárias e da definição parlamentar do que deva ser programa de trabalho dos diversos entes da federação.

Para tanto, impõe-se o esforço de questionar a clássica posição da Constituição de mera asseguradora de competências estatais e da separação de poderes para imprimir-lhe o que Clève (2003) chama de dogmática constitucional emancipatória.

O autor em comentário (2003, p. 18-19) cobra “radicalidade” na interpretação do Constituinte de 1988, vez que, em favor dos direitos sociais, foi inserido na Constituição dispositivo que contempla “esses direitos como *verdadeiros* direitos fundamentais” e que os introduziu “no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional”.

A radicalidade na defesa dos direitos à saúde e à educação impõe uma interpretação que dê a máxima eficácia aos comandos constitucionais que situam o estágio atual de sua proteção, sendo vedada qualquer tentativa de retrocesso.

É precisamente em torno dos arranjos constitucionais que vedam retrocesso e fomentam uma consistente rota de progressividade na tutela estatal dos aludidos direitos fundamentais que se estrutura o presente capítulo, sendo seus objetivos a delimitação das nuances normativas de cada qual (saúde e educação) e, na sequência, a comparação entre eles. Disso passam a cuidar os tópicos 3.1 a 3.3 a seguir.

3.1 Arranjo constitucional do direito à educação e da sua respectiva garantia de financiamento estatal

Segundo o art. 205, da Carta de 1988, a educação não só é “direito de todos”, como também é “dever do Estado e da família”, o que guarda íntima relação com a dupla³⁷ dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

Além de ser uma posição jurídica individualmente exigível e oponível na forma de direito subjetivo,³⁸ o direito à educação reveste-se também do caráter de direito objetivo,³⁹ o qual se revela, entre outros

³⁷ Segundo Sarlet (2009, p. 141), “a constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais”.

Embora haja consenso na existência da duplicidade de sentido dos direitos fundamentais, não se encontra, contudo, assentado em bases doutrinárias e jurisprudenciais no Brasil o seu conteúdo, pois, como bem assevera Sarlet (2009, p. 142), “ainda permanecem sérias controvérsias” no concernente ao significado e diversas implicações da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

³⁸ O comando do art. 208, §1º, da CR/1988, é ainda mais claro, senão veja-se: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Ou seja, é direito que pode, do ponto de vista subjetivo de cada cidadão em sua esfera individualmente considerada, ser exigido diretamente dos poderes públicos competentes.

³⁹ A finalidade do art. 208, *caput* e incisos, bem como do art. 211 da Constituição, é definir, de forma objetiva, como se efetiva o dever do Estado para com a educação, organizando-o operacionalmente em seu mínimo essencial e distribuindo procedimentalmente funções a cada qual dos entes da federação. Pois, como explica Sarlet, “com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais 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*” (2009, p. 150, grifos nossos).

aspectos, a partir dos deveres de proteção e de adoção de medidas positivas atribuídos ao Estado e à família.

Desse modo é que o *caput* do supracitado art. 205 finaliza o conceito de educação, indicando que ela “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

A proteção constitucional à oferta pública, universal e gratuita das atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino foi sedimentada desde a redação original e até hoje vigente do art. 212, em cujo *caput* se lê: “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os estados, o Distrito Federal e os municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

A bem da verdade, a Constituição de 1988, nessa matéria, apenas se manteve coerente com uma série histórica de normas constitucionais definidoras de percentual mínimo de gasto público em educação, cuja origem remonta a Constituição da República de 1934. Foi esta que, por seu cunho social e democrático, historicamente revolucionou a concepção de *como* o Estado deveria assegurar o direito à educação. Senão veja-se o art. 156 da Constituição de 1934:

Art. 156. A União e os Municípios aplicarão nunca menos de *dez por cento*, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de *vinte por cento*, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

Parágrafo único. Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual. (grifos nossos)

A Constituição de 1937, reconhecidamente formulada segundo preceitos autoritários durante o Governo Getúlio Vargas, não estipulou percentuais mínimos de aplicação de gastos públicos em educação.

Já na Constituição posterior, qual seja a Constituição democrática de 1946, o seu art. 169 restabeleceu o claro comando de vinculação de gasto mínimo na política pública de educação, conforme se lê a seguir: “Art. 169. Anualmente, a União aplicará nunca menos de *dez por cento*, e os estados, o Distrito Federal e os municípios nunca menos de *vinte por cento* da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Embora esse corte anterior à Constituição de 1988 não seja diretamente o foco do presente estudo, vale registrar, por fim, o

comando de vinculação orçamentária inscrito na Constituição de 1967/1969, no §4º do seu art. 176, abaixo transcrito:

Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola. [...]

§4º Anualmente, a União aplicará nunca menos de *treze por cento*, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *vinte e cinco por cento*, no mínimo, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

O citado parágrafo foi acrescido à Constituição de 1967/1969 pela Emenda Constitucional nº 24, de 1º de dezembro de 1983, uma vez que a redação originária dessa Constituição outorgada não havia contemplado tal vinculação orçamentária. A EC nº 24/1983 tornou-se conhecida como Emenda Calmon, em homenagem ao primeiro signatário da proposta de emenda que lhe deu origem, o Senador João Calmon. Com isso, foram refutadas as matrizes autoritárias das Cartas de 1937 e 1967/1969 que negaram o patamar mínimo de gasto na política pública de educação e prevaleceu a tendência de incremento da proteção estatal ao setor.

Nessa linha de evolução, foi o movimento progressista gerado pela Emenda Calmon que possibilitou firmar no texto da Carta de 1988 não só a garantia do financiamento mínimo para a política pública de educação, mas também ampliar o patamar de gasto devido pela União (de 13% para 18%).

Adicionalmente, no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o constituinte originário havia determinado que, nos dez primeiros anos da CR/1988 (ou seja, até 1998), o Poder Público deveria aplicar, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental.⁴⁰

O comando conjugado dos arts. 212 da CR/1988, e 60 do ADCT revelava-se, pois, uma objetiva garantia material, não apenas financeiro-orçamentária, de que a política pública de educação deveria se desenvolver de forma progressiva. A norma constitucional cuidou

⁴⁰ Os níveis de ensino (infantil, fundamental, médio e superior) estabelecidos nos arts. 208 e 211 da Carta de 1988 operam, desde a sua redação originária, como importantes parâmetros de priorização do gasto mínimo em educação e, simultaneamente, de distribuição de competências entre os entes da federação. A distinção entre tais níveis será empreendida mais adiante, ainda neste tópico.

financeira e substantivamente do *como* seria assegurada a manutenção e o desenvolvimento do ensino público.

Em 12 de setembro de 1996 e antes, portanto, de completados os dez anos previstos no art. 60 do ADCT, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 14. Diante da meta constitucional de eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental, a EC nº 14/1996 deu nova redação ao citado art. 60 para determinar a instituição, no âmbito dos estados e do Distrito Federal, de Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef),⁴¹ os quais seriam custeados com recursos dos três níveis da federação.

Com o advento de tal sistemática de fundos,⁴² foram estabelecidos mais rigidamente critérios contábeis e indicadores constitucionais de priorização do gasto mínimo em educação. Exemplo disso encontra-se na fixação de que, pelo menos, 60% (sessenta por cento) de tal gasto mínimo dos estados, Distrito Federal e municípios deveriam ser destinados às ações de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental.

A universalização de acesso a esse nível de ensino (mais usualmente conhecido como 1º grau) deveria receber a atenção primordial dos estados, DF e municípios, até porque se tratava do nível em que seria possível, de fato, buscar a eliminação do analfabetismo (inclusive para os cidadãos que não tiveram acesso a ele na idade própria).

Sob o pálio da EC nº 14/1996, os estados, o Distrito Federal e os municípios deveriam passar a aplicar não mais apenas o piso de 50% (cinquenta por cento) dos recursos definidos no art. 212 da CR/1988, como originariamente determinava o art. 60 do ADCT. O novo patamar mínimo de gasto subiu para 60% (sessenta por cento) e o modo contábil-operacional de fazê-lo seria exatamente o Fundef.

⁴¹ Regulamentado pela Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996.

⁴² De acordo com Corbucci *et al.* (2009, p. 48), “O MEC não trabalha propriamente na montagem de um sistema nacional de educação, aposta na ideia de utilizar política de fundos [como o Fundef, o FNAE e o Fundeb], com expressão estadual, como saída para dinamizar o financiamento da educação. Alega que a estratégia de um arranjo de fontes de recursos específicas é uma forma de melhorar o processo de gestão, pois se definem de forma clara as responsabilidades e as prioridades das unidades federadas, condições estas relevantes para ampliação do acesso, melhoria da qualidade e aumento da eficiência sistêmica. No entanto, esta questão suscita divergências, pois alguns entendem que tais fundos encobririam, na verdade, o não cumprimento da vinculação constitucional para educação. Esses consideram, portanto, que a existência é descabida e que a fiscalização deve ocorrer sobre todos os recursos financeiros da educação”.

Em termos diretos, é como se tivesse sido fixado o percentual mínimo de 15% (quinze por cento)⁴³ das receitas com impostos e transferências para o aludido Fundo e de 9% (nove por cento)⁴⁴ para o pagamento de professores diretamente vinculados e em efetivo exercício no ensino fundamental. Eis o espírito do *caput* e dos §§1º e 5º do art. 60 do ADCT, com a redação que havia lhe sido dada pela EC nº 14/1996.

A União, sob o comando inscrito pela citada emenda instituidora do Fundef, também deveria verter especial atenção ao ensino fundamental, mas sob formas diferentes:

1. Aplicação de 30% (trinta por cento)⁴⁵ dos recursos mínimos exigidos pelo art. 212 nas ações de erradicação do analfabetismo e de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental; e
2. Dentro desse percentual, também se incluiria o dever de complementação, pela União, dos recursos dos fundos (Fundef) dos estados, DF e municípios que não alcançassem um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente, na forma dos §§3º e 4º do art. 60 do ADCT, segundo a redação que lhes foi dada pela EC nº 14/1996.

Não bastasse o fato de que a educação já tinha, desde 1988, vinculação orçamentária com percentual mínimo de gastos fixado constitucionalmente, a Emenda Constitucional nº 14, de 1996, ainda criou hipótese de intervenção federal caso os estados não cumpram o disposto no art. 212 da CR/1988.

⁴³ Esse é o resultado da proporção matemática de 60% (sessenta por cento) sobre os 25% (vinte e cinco por cento) dos recursos de impostos e transferências que os estados, o Distrito Federal e os municípios devem aplicar nas atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental. Tal equação, por seu turno, é oriunda da interpretação conjugada do art. 60 do ADCT com o art. 212 da CR/1988.

⁴⁴ Resultado da proporção matemática de 60% (sessenta por cento) sobre os recursos do Fundef, os quais, como já visto na nota anterior, correspondem a 15% (quinze por cento) dos recursos de impostos e transferências que os estados, o Distrito Federal e os municípios devem aplicar nas atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental. É o que se extrai da leitura conjugada do *caput* e do §5º do art. 60 do ADCT com o art. 212 da CR/1988.

⁴⁵ O resultado do gasto mínimo federal no ensino fundamental corresponde a 5,4% (cinco inteiros e quatro décimos por cento), porquanto a equação seja 30% (trinta por cento) de 18% (dezoito por cento) da receita de impostos da União. Esse é o comando que se depreende do §6º do art. 60 do ADCT, a seguir transcrito: “A União aplicará na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental, inclusive na complementação a que se refere o §3º, nunca menos que o equivalente a trinta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do art. 212 da Constituição Federal” (parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 14/1996).

Nesse sentido, informa Moraes (2001, p. 663):

a aplicação dos recursos constitucionalmente previstos na área da educação, a partir da Emenda Constitucional nº 14, de 12.09.1996, com entrada em vigor no primeiro ano subsequente, tornou-se *princípio sensível* da Constituição Federal (CF, art. 34, VII, “e”), cuja inobservância pelo Estado-membro ou Distrito Federal possibilitará a intervenção federal.

Tal iniciativa da EC nº 14/1996, de proteção do gasto mínimo em educação como verdadeiro “princípio sensível” da Constituição foi pertinentemente reproduzida e ampliada pela EC nº 29/2000, para abarcar, no citado art. 34, VII, alínea “e”, também o gasto mínimo nas ações e serviços públicos em saúde.

Vale notar que a Emenda nº 29/2000, não cuidou apenas da intervenção federal sobre o Estado-membro, mas também fez inserir no elenco das hipóteses de intervenção estadual sobre os seus municípios (art. 35, III, da CR/1988) o mesmo comando de responsabilidade federativa pela aplicação do mínimo exigido na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos em saúde.

Ainda no desenho protetivo dado pela Constituição de 1988 à educação, duas novas emendas constitucionais se sucederam à Emenda nº 14/1996, para melhor definir o alcance do dever estatal de manutenção e desenvolvimento do ensino (ensino básico, em vez de apenas ensino fundamental, com a EC nº 53, de 19 de dezembro de 2006) e, revendo algumas das próprias regras e princípios do sistema de financiamento de tais ações, veio a EC nº 59, de 11 de novembro de 2009.

O arranjo normativo inicialmente concebido foi, por assim dizer, maturado e experimentado em sua fática pretensão de ordenar positivamente a ação dos diversos entes da federação na política pública de educação. Tais reformas não foram politicamente neutras, tampouco expressam concessões ou “benefícios” isentos de conflitos. Seja porque elas foram frutos de circunstâncias histórico-políticas, seja porque os avanços obtidos são os que foram possíveis em um frágil equilíbrio de correlação de forças políticas⁴⁶ as mais variadas.

⁴⁶ Destaca-se aqui, sobretudo, as tensões entre a União e os entes subnacionais, uma vez que a distribuição dos custos entre os diversos níveis da federação opera como verdadeira guerra fiscal entre aquela, que arrecada mais e descentraliza obrigações de despesa, e esses que reclamam por mais recursos.

Um interessante exemplo disso pode ser visualizado na fixação do piso nacional dos professores da educação básica, por meio da Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008, a qual foi questionada por cinco governadores por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.167, no Supremo Tribunal Federal.

Antes de adentrar ao estudo detido das duas emendas que se sucederam à Emenda Constitucional nº 14, de 1996, muito pertinente, contudo, é situar e enfrentar analiticamente alguns dos impasses⁴⁷ provocados por essa última. Isso porque não se pode dizer que houve uma rota linear e incontroversa de evolução na conquista de novos patamares protetivos do direito à educação na Constituição de 1988.

Durante o intervalo de aplicação do Fundef e antes do advento do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb)⁴⁸ (ou seja, de 1996 a 2006), também houve contundentes desafios⁴⁹ sobre o que se

A aludida lei pretendeu regulamentar o dispositivo trazido pela EC nº 53/2006 (qual seja, a alínea “e” do inc. III do *caput* do art. 60 do ADCT), para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, mas foi considerada, pelos governadores que ajuizaram a ADI nº 4.167, desproporcional, por causar despesas exageradas e sem amparo orçamentário nos estados.

⁴⁷ O tratamento mais analítico de tais impasses, com a apresentação de indicadores orçamentários das instabilidades provocadas pela União no financiamento da política pública de educação no período posterior à EC nº 14/1996 e anterior à EC nº 53/2006 será compreendido no tópico 4.1 do próximo capítulo.

⁴⁸ Regulamentado pela Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Segundo a Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária do Estado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (CAEO/TCEMG) (2008, p. 1684), assim como o Fundef, o “Fundeb, por se tratar de um Fundo de natureza contábil, não pode ser considerado federal, estadual, nem municipal, e sim, envolvendo as três esferas de governo, com a participação do Banco do Brasil como agente financeiro do Fundo no Estado de Minas Gerais. Tem seu vínculo com a esfera federal (a União participa da composição e distribuição dos recursos), a estadual (os estados participam da composição, da distribuição, do recebimento e da aplicação final dos recursos) e a municipal (os municípios participam da composição, do recebimento e da aplicação final dos recursos)”.

⁴⁹ Segundo o IPEA (2004, p. 60-61), “reconhece-se que um dos requisitos para que não haja solução de continuidade no processo de universalização da educação básica com qualidade refere-se ao equacionamento da questão do financiamento. Indo de encontro ao que está sendo veiculado acerca da Reforma Tributária, setores organizados da área defendem, por intermédio da Carta da Educação, derrubada dos vetos presidenciais ao Plano Nacional de Educação (PNE); ampliação dos recursos públicos para o setor, para 7% do PIB; cumprimento do valor mínimo por aluno, estabelecido pelo Fundef; definição do custo aluno/qualidade; atendimento da educação infantil e progressiva obrigatoriedade do ensino médio; bem como aplicação de recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) em estabelecimentos públicos de ensino. [...]”

[^] instituição de um Fundo de Educação Básica (Fundeb) vai ao encontro de outra reivindicação de atores sociais ligados à área de educação, principalmente dos segmentos vinculados à educação infantil e ao ensino médio. No entanto, um dos principais óbices à concretização dessa intenção refere-se à disponibilidade de recursos financeiros para a sua implementação. Simulações realizadas por Castro indicam que o aporte de recursos para esse Fundo dependerá do valor que se adote como mínimo para o gasto anual por aluno. Caso fossem mantidas as estruturas atuais de gasto do Fundef, o Fundeb disporia, em 2003, de cerca de 3,5% do PIB, além da complementação da União de cerca de 0,1% do PIB. Sob um cenário mais otimista, os recursos do Fundo deveriam atingir 5,1% do PIB, enquanto que a complementação da União chegaria a 1,7% do PIB, o que corresponde a um volume de recursos maior que o orçamento atual do MEC.

poderia considerar “valor mínimo nacional por aluno”, para fins de complementação financeira da União os fundos geridos por estados, DF e municípios.

Por outro lado, a própria União não fora vinculada tão intensa e diretamente como o foram os demais entes da federação com as metas de erradicação do analfabetismo e universalização do ensino fundamental.

Tais desafios, ao mesmo tempo em que encerraram um impasse federativo no financiamento do direito à educação, também reclamaram a adoção de uma hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais e da própria Constituição.

Para materializar no plano legal o arranjo constitucional do direito à educação e, entre outras coisas, dar cumprimento ao disposto no art. 60 do ADCT (com a redação que lhe deu a EC nº 14/1996), foi editada a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, mais comumente conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, doravante apenas LDB, que dispôs, em seu art. 74, que:

Art. 74. A União, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estabelecerá padrão mínimo de oportunidades educacionais para o ensino fundamental, baseado no cálculo do custo mínimo por aluno, capaz de assegurar ensino de qualidade.

Parágrafo único. *O custo mínimo de que trata este artigo será calculado pela União ao final de cada ano, com validade para o ano subsequente, considerando variações regionais no custo dos insumos e as diversas modalidades de ensino.* (grifos nossos)

Problema surge exatamente no cálculo anualmente empreendido pela União, na forma do parágrafo único do art. 74 da LDB, o que poderia esvaziar sua função supletiva e redistributiva no financiamento do Fundef.⁵⁰ O aludido conflito interpretativo foi muito bem enunciado, em 2004, pelo Boletim de Análise e Acompanhamento de Políticas Sociais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), segundo o qual:

Os resultados dessas estimativas levam a crer que, assim como ocorreu com o Fundef, a instituição do Fundeb pode implicar uma mini-reforma tributária, no âmbito de cada estado, o que deve gerar impasses e forçar negociações entre os governos estaduais mais atingidos e o MEC, visando à compensação de eventuais perdas de recursos dos primeiros, uma vez que em todas as regiões deverá ocorrer aumento de repasses de recursos de estados para municípios”.

⁵⁰ Tal como dispõe o art. 60, §3º do ADCT, e o art. 75 da LDB.

a União vem contribuindo cada vez menos na composição dos recursos do Fundef. Se, em 1998, a complementação da União correspondia a 3,2% do montante de recursos desse Fundo, em 2002, esse índice havia sido reduzido a 2,3%. Tal declínio na participação da União tem sido atribuído ao baixo ajustamento do gasto mínimo per capita que, desde a sua implantação, não só deixou de cumprir o que estabelecia a legislação de regulamentação do Fundo, como também não acompanhou o crescimento da arrecadação de estados e municípios. A redução relativa, da participação da União na composição do Fundef, configurou, para esses atores sociais, uma forma de desobrigar o Ministério de suas responsabilidades para com o ensino fundamental.

Para fazer frente a essa [necessidade de] maior participação da União, será necessário corrigir, de forma expressiva, o valor mínimo atual, o que irá requerer aumento significativo de recursos por parte do MEC. Como esse aporte adicional não está previsto no orçamento, resta saber se a ampliação do valor *per capita* será financiada mediante remanejamento interno de fontes de recursos, com implicações para o cumprimento de determinadas funções, ou se o orçamento da educação será efetivamente ampliado. (IPEA, 2004, p. 60-61, grifos nossos)

A partir da análise do IPEA, dois problemas apresentaram-se como estruturais no financiamento das ações e serviços públicos em educação.

Como já dito, o primeiro deles diz respeito à referência do gasto mínimo por aluno (nacionalmente unificado) que se encontrava, em 2004, defasada, como forma de minimizar o impacto financeiro da obrigação inscrita no art. 60, §3º, do ADCT. Ora, o gasto mínimo anual por aluno era subestimado pelo Ministério da Educação, de certa forma, em decorrência do fato de que a União devia complementar os recursos do Fundef, quando os mínimos estaduais, embora tivessem cumprido o art. 212 da CR/1988, não alcançassem aquele aludido patamar de referência da qualidade mínima nacional do ensino público.

Para que tal defasagem, chamada pelo IPEA de “baixo ajustamento do gasto mínimo *per capita*” (2004, p. 60), fosse evitada, o próprio texto⁵¹ da Emenda Constitucional nº 14/1996, previu a necessidade de que todos os entes da federação ajustassem, ao longo de cinco anos, suas contribuições ao Fundef para garantir progressivamente a densidade material e fática de tal indicador normativo.

⁵¹ Esse, aliás, é o teor do §4º do art. 60 do ADCT, na forma da redação dada pela EC nº 14/1996, segundo o qual: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ajustarão progressivamente, em um prazo de cinco anos, suas contribuições ao Fundo, de forma a garantir um valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente”.

Não poderia, assim, ser considerada constitucionalmente adequada a prática do Ministério da Educação de manter defasado o aludido valor referencial *per capita* de qualidade mínima do ensino. Isso porque, tanto a defasagem estaria a atentiar contra o direito fundamental à educação em sua acepção objetiva de dever estatal de proteção⁵² de um padrão mínimo de gasto nacional por aluno, como também criaria uma rota de fuga da União em face do seu dever federativo de complementar os esforços estaduais e municipais de financiamento das ações de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental.

Vale, nesse ponto, citar uma vez mais a contundente reflexão do Boletim de Acompanhamento e Análise de Políticas Sociais do IPEA, de acordo com o qual a falta de correção real do valor mínimo por aluno trouxe uma espécie de “redução relativa da participação da União na composição do Fundef”, o que, por sua vez, apresentou-se para os estados, Distrito Federal e municípios como uma “forma de desobrigar o Ministério [da Educação] de suas responsabilidades para com o ensino fundamental” (2004, p. 60).

Daí decorre, precisamente, o segundo problema incitado pela análise do IPEA, qual seja, o de tentar restabelecer o equilíbrio na distribuição de deveres e dos custos entre os entes da federação. Era preciso redistribuir o peso das responsabilidades federativas pelo financiamento do direito à educação não mais apenas no âmbito do Fundef, mas, sobretudo, na proposta que já se avizinhava em 2004 e que deu origem à Emenda Constitucional nº 53, de 2006, de ampliação da proteção do ensino fundamental para toda a educação básica.

Com a mudança de Fundef para Fundeb, outros níveis de ensino passaram a ser incluídos na priorização estabelecida pelo art. 60 do ADCT, como se verá mais adiante. Mas, por outro lado, também foram majorados os custos da medida (meritória) que, inicialmente, foram suportados primordialmente pelos estados e municípios, hipótese que, por si só, ensejou a necessidade de revisão da forma de responsabilizar a União nesse processo.

⁵² A esse respeito, bastante rica é a lição de Ingo Sarlet, para quem: “*outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (Schutzpflichten) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza [...] com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais*” (2009, p. 148-149, grifos nossos).

A bem da verdade, tais problemas, segundo aponta o IPEA,⁵³ decorrem de diversas instabilidades na execução orçamentária da União quanto ao financiamento da educação. Sem fonte de custeio vinculada adicional, além do salário-educação⁵⁴ de que trata o art. 212, §5º, da CR/1988, e ainda com a desvinculação⁵⁵ de 20% (vinte por cento) do

⁵³ Senão veja-se que: “Os montantes de recursos orçamentários, inicialmente alocados ao MEC, em 2003, atingiram cerca de R\$18 bilhões [...], representando crescimento de aproximadamente 3,5% (R\$600 milhões) em comparação com a dotação inicial de 2002. No entanto, observa-se uma ‘dança de fontes’ com esse crescimento sendo sustentado pelo aumento dos recursos provenientes de impostos (ordinários e para Manutenção e Desenvolvimento do Ensino – MDE) que serviram como anteparo à forte queda de recursos provenientes das contribuições sociais. Com isso, diminuiu sobremaneira sua importância no financiamento da educação (de R\$3,9 bilhões, em 2002, para apenas R\$2,2 bilhões, em 2003). Tal situação demonstra que o processo de decisão sobre o orçamento público segue tendência errática, ficando à mercê de circunstâncias econômicas e políticas conjunturais, principalmente quando as fontes de financiamento não se encontram subordinadas a vinculações específicas. [...] Outro aspecto a ser salientado refere-se ao fato de que, até 2003, mantiveram-se os recursos de fontes complementares de financiamento, tais como as operações de crédito, os recursos diretamente arrecadados e, principalmente, do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza que, somados, corresponderam a 20% do total. No entanto, para 2004, a previsão de participação dessas fontes reduziu-se à metade.

A fonte de recursos mais importante, em 2003, continua sendo a MDE, a qual somou cerca de R\$7,7 bilhões, ou 43% do volume total de recursos disponíveis. No que se refere às contribuições sociais, a fonte mais importante continua sendo o salário-educação (7,2%), uma vez que é fonte exclusiva da educação e sobre a qual o Ministério administra a arrecadação e a parcela de sua distribuição, o que lhe confere grande poder de comando sobre tais recursos. As outras contribuições sociais são destinadas especificamente às despesas com assistência ao estudante e estão sujeitas a negociações políticas internas ao governo federal, tornando-se, pois, fontes irregulares de recursos.

Verifica-se que, em 2003, houve pequeno aumento da dotação autorizada (R\$18,7 bilhões) em relação à inicial (R\$18 bilhões), com variações em quase todas as fontes. Em relação ao que foi efetivamente liquidado (R\$12,7 bilhões), até o mês de novembro esse montante correspondia a apenas 67,7% do crédito autorizado” (IPEA, 2004, p. 64-65).

⁵⁴ Segundo a Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária do Estado do TCE-MG (2008, p. 1687), o salário-educação é contribuição social “regulamentada pelas Leis nºs 9.424/96, 9.766/98 e 10.832/03, e pelo Decreto nº 6.003/06, que serve como fonte adicional de recursos do ensino fundamental público, permitindo às três instâncias do Governo investirem em programas, projetos e ações que qualifiquem profissionais da educação e estimulem alunos a permanecerem em sala de aula, podendo ainda ser aplicada na educação especial, desde que vinculada ao referido nível de ensino. É vedada sua destinação ao pagamento de pessoal do quadro de servidores do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, competindo aos Tribunais de Contas dos Estados ou Municípios e aos Órgãos dos Ministérios Públicos Estaduais a fiscalização da aplicação de tais recursos.

A base de cálculo é de 2,5%, aplicáveis sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados das empresas contribuintes, associações ou sociedades que assumam o risco de atividade econômica, urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, vinculados à Seguridade Social. Também estão sujeitas à contribuição social do salário-educação as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Cabe ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) tanto a gestão da arrecadação da contribuição social do salário-educação quanto a distribuição dos recursos na forma legal prevista”.

⁵⁵ De que trata o art. 76 do ADCT e que será mais bem estudada no tópico 4.2.1.2 do próximo capítulo.

patamar mínimo de gasto previsto no art. 212 da Constituição, a política pública de educação, no âmbito do governo federal, estava à mercê da liberação errática de recursos.

Nesse sentido, não é demasiado lembrar que a oferta irregular do ensino obrigatório pelo Poder Público — como o seria a fixação nacional de gasto mínimo *per capita* notoriamente defasado — importa responsabilidade da autoridade competente, na forma do art. 208, §2º, da Constituição. Nem se diga que a responsabilidade pelo ensino fundamental competiria apenas aos estados e municípios, pois a CR/1988, em seu art. 211, determinou a organização em regime de colaboração dos sistemas de ensino dos três níveis da federação. Por essa razão é que a União foi chamada pela EC nº 14/1996 a complementar recursos do Fundef para assegurar o atingimento do patamar nacional de qualidade do ensino representado pelo valor de gasto mínimo anual por aluno.

Com a pretensão de mitigar tais instabilidades no financiamento da política pública de educação, veio a Emenda Constitucional nº 53, em 19 de dezembro de 2006, a qual se fez nortear, em última instância, pela expansão do raio da proteção governamental prioritária, tornada, então, de oferta e manutenção obrigatória.

Como já visto, o horizonte protetivo do art. 60 do ADCT foi expandido por meio do Fundeb, de modo a se cuidar primordialmente não mais apenas do ensino fundamental, mas também da educação básica.

Mas o que significa tal ampliação em termos substantivos? À luz do art. 21 da LDB, educação básica é conceito que abarca os seguintes níveis de ensino:

1. Educação infantil, que, segundo o art. 29 da referida lei, é a primeira etapa da educação básica e tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade;
2. Ensino fundamental obrigatório, que, segundo o art. 32 também da LDB, tem por objetivo a formação básica do cidadão, contando com duração de 9 (nove) anos, sendo gratuito na escola pública e devendo iniciar-se aos 6 (seis) anos de idade; e
3. Ensino médio, que, na forma do art. 35 da LDB, é a etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, e tem como finalidades: (i) a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando

o prosseguimento de estudos; (ii) a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; (iii) o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico e (iv) a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

Embora o elenco do citado art. 21 pareça, em uma rápida leitura inicial, conter todas as hipóteses normativas de educação básica, o Fundeb abrange três outros regimes especiais de ensino que também atribuem formação básica de níveis fundamental e/ou médio.

Em uma interpretação sistemática da Constituição de 1988 e da própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 1996), inserem-se também no arranjo protetivo do Fundeb as seguintes modalidades de educação escolar:

4. Educação profissional técnica de nível médio, a qual, na forma do art. 36-A da LDB, cuida da preparação geral para o trabalho e, facultativamente, da habilitação profissional, as quais podem ser desenvolvidas nos próprios estabelecimentos de ensino médio ou em cooperação com instituições especializadas em educação profissional;
5. Educação de jovens e adultos, que, nos termos do art. 37 da LDB, será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria; e
6. Educação especial, que, segundo o art. 58 da LDB, constitui-se na modalidade oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais.

Fato é que, com a nova redação dada ao art. 60 do ADCT pela EC nº 53/2006, os Fundos de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, de natureza contábil, uma vez criados no âmbito de cada estado e do Distrito Federal, não mais seriam constituídos pelo montante de 60% (sessenta por cento) dos recursos mínimos previstos no art. 212 da Constituição de 1988 para serem gastos por estados, DF e municípios.

Assim como seu alcance material cresceu, a composição financeira do Fundeb foi ampliada para abranger, na prática, quase 80%

(oitenta por cento)⁵⁶ dos recursos previstos no art. 212 da Constituição. Isso porque o inc. II do art. 60 do ADCT passou a exigir aplicação no Fundeb de:

20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas “a” e “b” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal; [...].

A participação da União no financiamento da educação, por meio do Fundeb, restou melhor regulada por uma associação de comandos constitucionais mais específicos de controle da complementação ao valor mínimo nacional por aluno. Os mais importantes desses comandos instaurados pela EC nº 53/2006, no âmbito do Fundeb, são:

1. Vedação de uso dos recursos do salário-educação no cômputo da cota de complementação da União, na forma do inc. V do art. 60 do ADCT;
2. Valores mínimos⁵⁷ de complementação que serão progressivamente majorados, de 2007 até 2011, quando, então, passará a vigorar o percentual fixo de complementação pela União de 10% (dez por cento) incidente sobre o total de recursos aplicados pelos estados, Distrito Federal e municípios no Fundeb, segundo o teor do inc. VII do art. 60 do ADCT;

⁵⁶ O resultado desse cálculo tem origem na seguinte equação: enquanto o art. 212 da CR/1988 fala em gasto mínimo em educação para estados, DF e municípios de 25% das receitas de impostos e transferências constitucionais, a nova redação do art. 60 do ADCT, dada pela EC nº 53/2006, requer 20% de aplicação no Fundeb da maioria consistente dos impostos e transferências constitucionais de que tais entes se beneficiam. Estariam excluídas do cômputo apenas as receitas de impostos dos municípios (IPTU, ITBI e ISSQN – previstos no art. 156 da Constituição) e algumas das transferências constitucionais de menor expressão proporcional no volume total de recursos contabilizáveis na forma do já citado art. 212.

⁵⁷ É o que se lê a seguir:

“Art. 60. [...]”

VII - a complementação da União de que trata o inciso V do caput deste artigo será de, no mínimo:

- a) R\$2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), no primeiro ano de vigência dos Fundos;
- b) R\$3.000.000.000,00 (três bilhões de reais), no segundo ano de vigência dos Fundos;
- c) R\$4.500.000.000,00 (quatro bilhões e quinhentos milhões de reais), no terceiro ano de vigência dos Fundos;
- d) 10% (dez por cento) do total dos recursos a que se refere o inciso II do caput deste artigo, a partir do quarto ano de vigência dos Fundos; [...].”

3. À luz do inc. VIII do art. 60 em comento, a União não poderá aplicar mais do que 30% (trinta por cento) dos recursos definidos no art. 212 da CR/1988 com o dever de complementar o Fundeb, com o que se intenta controlar eventual manejo contábil para esvaziar⁵⁸ o restante das ações de manutenção e desenvolvimento do ensino que lhe foram atribuídas no §1º do art. 211 da Constituição de 1988;
4. Dever de atualização anual dos montantes fixos de complementação definidos no inc. VII do art. 60 do ADCT, de forma a preservar, em caráter permanente, o valor real da complementação da União;
5. Vedação de retenção ou qualquer restrição à entrega dos valores de complementação pagos pela União aos fundos constituídos como Fundeb, na forma do que dispõem os incs. I, VII e X do art. 60 do ADCT, e o *caput* do art. 160 da CR/1988; e, por fim, mas não menos importante,
6. Previsão de que o descumprimento do disposto nos incs. V e VII do *caput* do art. 60 do ADCT, ora analisado, importará crime de responsabilidade⁵⁹ da autoridade competente, ou seja, do Presidente da República e do próprio Ministro da Educação, uma vez que eles são as autoridades diretamente competentes para promover tal complementação em nome da União.

Por outro lado, a Emenda Constitucional nº 53, de 2006, corrigiu uma séria distorção da EC nº 14/1996, quando previu⁶⁰ a destinação

⁵⁸ Para que haja incremento real de recursos no Fundeb, a União precisa aportar receitas de outras fontes do orçamento, para além das fontes vinculadas à educação, de modo que o sistema federal não sofra restrições ou cortes. O Presidente da Confederação Nacional dos Municípios, Paulo Ziulkoski, em entrevista sobre o advento do Fundeb (Disponível em: <<http://www.educacional.com.br/entrevistas/entrevista0148c.asp>>. Acesso em: 05 out. 2010), assim se posicionou criticamente quanto ao risco de a União deixar de ampliar seu gasto proporcional na educação básica, embora ela tenha prometido, com a EC nº 53, de 2006, novos aportes de recurso para o Fundo: “A União disse, por meio dos números do Fundeb, que a Educação Básica não é sua prioridade, enquanto afirmou que vai colocar, daqui a quatro anos, 4,5 bilhões no fundo. E, desse total, apenas 30% saem de receitas vinculadas à Educação, o que resulta em pouco mais de 1 bilhão. O restante vai sair do orçamento, ou então vão se extinguir programas já existentes, trocando seis por meia dúzia” (ZIULKOSKI, 2007, grifos nossos).

⁵⁹ Os atos considerados “crime de responsabilidade” do Presidente da República estão inscritos no art. 85 da Constituição e, por uma interpretação sistemática são estendidos aos Ministros de Estado, na forma do art. 87 da CR/1988. Tais infrações político-administrativas, que não são verdadeiramente crimes, no sentido jurídico da expressão, têm a definição, o processo e o julgamento regulados pela Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.

⁶⁰ Esse é o teor do inc. XII do art. 60 do ADCT, que segue transcrito: “Art. 60. [...] XII - proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) de cada Fundo referido no inciso I do *caput* deste

de, no mínimo, 60% (sessenta por cento) dos recursos do Fundeb para pagamento não apenas do universo restrito dos *professores do ensino fundamental* em efetivo exercício no magistério, mas de todos os *profissionais* do magistério da *educação básica* em efetivo exercício.

Além dos professores habilitados em nível médio ou superior para a docência na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio, também foram incluídos na categoria de “profissionais do magistério da educação básica”, segundo o art. 61 da LDB,⁶¹ os seguintes agentes públicos:

- a) os trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia, com habilitação em administração, planejamento, supervisão, inspeção e orientação educacional, bem como com títulos de mestrado ou doutorado nas mesmas áreas; e
- b) os trabalhadores em educação, portadores de diploma de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim.

Com tal medida, a valorização remuneratória e a qualificação dos servidores da educação diretamente envolvidos com a atividade finalística dessa política pública tendem a se mostrar mais homogêneas e não farão discriminação entre professores, pedagogos, inspetores e demais auxiliares pedagógicos no cumprimento das metas estatais de desenvolvimento da educação básica.

O problema principal sobre a valorização remuneratória dos profissionais da educação pública básica segue sendo, porém, o questionamento dos entes subnacionais quanto à falta de recursos hábeis para promovê-la.

Esse, aliás, foi o difícil ponto de equilíbrio que o Supremo Tribunal Federal teve de enfrentar no julgamento havido em 17.12.2008, quanto ao pedido de medida cautelar, e em 23.08.2011, quando do julgamento de mérito, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167/DF, relatada pelo Ministro Joaquim Barbosa.

A ADI nº 4.167 foi ajuizada pelos governadores dos estados de Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará contra a Lei nº 11.738, de 2008. Em síntese, os dispositivos questionados foram os que estabelecem (i) o piso salarial nacional para os profissionais de magistério público da educação básica (art. 2º, *caput* e §1º);

artigo será destinada ao pagamento dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício”.

⁶¹ Redação dada pela Lei nº 12.014, de 06 de agosto de 2009, que altera o art. 61 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, com a finalidade de discriminar as categorias de trabalhadores que se devem considerar profissionais da educação.

(ii) a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais (art. 2º, §1º); (iii) a limitação de que apenas 2/3 dessa carga horária poderia ser comprometida com atividades de interação direta com os educandos (art. 2º, §4º); e (iv) a data de início da vigência do piso, tal como definido e escalonado no art. 3º da Lei nº 11.738, de 2008.

Segundo os próprios termos da ementa⁶² da decisão cautelar, os fundamentos centrais dessa ação foram os seguintes:

[1] Alegada violação da reserva de lei de iniciativa do Chefe do Executivo local para dispor sobre o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os entes federados e aos municípios em razão da regra de simetria (aplicação obrigatória do art. 61, §1º, II, “c” da Constituição).

[2] Suposta contrariedade ao pacto federativo, na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir regime de colaboração, sem imposições postas pela União aos entes federados que não se revelem simples diretrizes (arts. 60, §4º, I e 211, §4º da Constituição).

[3] Inobservância da regra de proporcionalidade, pois a fixação da carga horária implicaria aumento imprevisto e exagerado de gastos públicos. Impossibilidade de acomodação das despesas no ciclo orçamentário corrente.

[4] Aparente contrariedade entre o disposto na cláusula de vigência existente no *caput* do art. 3º da Lei nº 11.738/2008 e o veto aposto ao art. 3º, I do mesmo Texto Legal.

Diante de tais controvérsias, o STF decidiu manter o piso salarial do *caput* do art. 2º da Lei nº 11.738, de 2008, definindo-o conceitualmente quanto ao somatório total da remuneração (e não apenas referido ao vencimento básico) dos profissionais do magistério público da educação básica. Ou seja, o piso é referido ao total do salário e não à base remuneratória do cargo ou da carreira.

Por outro lado, restou suspenso o §4º do art. 2º, uma vez que o Supremo Tribunal considerou que limitar a carga horária dos profissionais de magistério a, no máximo, 2/3, para a interação direta com educandos, violaria não só regras orçamentárias, como o princípio da proporcionalidade. Segundo o STF (2008), “a redução do tempo de interação dos professores com os alunos, de forma planejada, implicaria a necessidade de contratação de novos docentes, de modo a

⁶² Disponível para consulta no seguinte endereço eletrônico do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284167%2EENUME%2E+OU+4167%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

aumentar as despesas de pessoal”. O Tribunal suspendeu o dispositivo em comento também por julgá-lo invasivo da competência dos entes subnacionais para estabelecer o regime didático local, observadas as diretrizes educacionais estabelecidas pela União.

Por fim, no julgamento do quarto quesito originalmente questionado, a Corte Constitucional deu interpretação conforme ao art. 3º da Lei nº 11.738, de 2008, para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial dar-se-ia a partir de 1º de janeiro de 2009, sem novas postergações.

Em suma e fechando a análise do julgamento da ADI nº 4.167/DF, cuja decisão definitiva de mérito ocorreu em 23 de agosto de 2011,⁶³ importa assinalar o piso foi reputado constitucionalmente válido e, por isso, foi mantido como verdadeiro “mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador”.

Por outro lado, os governadores que haviam tido seus pleitos contemplados parcialmente durante o julgamento da cautelar em 17.12.2008, notadamente quanto à impossibilidade de fixação em nível federal da carga horária que compõe a jornada de trabalho de tais profissionais nos entes subnacionais, sofreram derrota em tal entendimento. Isso porque o STF, quando do julgamento definitivo da lide em 23.08.2011, reputou igualmente constitucional “a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse”, donde o resultado do julgamento da ADI nº 4.167/DF haver sido por sua improcedência. É o que se lê na ementa abaixo do quanto decidido na ADI nº 4.167/DF:

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§1º E 4º, 3º, CAPUT, II E III E 8º, TODOS DA LEI Nº 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO.

1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de

⁶³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626497>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008).

2. *É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador.*

3. *É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008.*⁶⁴ (grifos nossos)

O ponto de equilíbrio, como já dito, é frágil, porque os avanços apontados pela União na EC nº 53/2006 foram conquistados, sobretudo, à revelia de uma renegociação adequada entre ela e os demais entes federativos.

Na etapa mais recente desses sucessivos redesenhos, chega-se, enfim, à EC nº 59/2009, que tentou aprimorar o arranjo constitucional do sistema de financiamento e proteção estatal do direito fundamental à educação de forma muito mais substantiva e alargada, porquanto não tenha necessitado dispor de novas normas de contabilização do gasto mínimo na área.

No nível do discurso, é como se o estágio legado pelas duas emendas anteriores (EC nº 14/1996 e EC nº 53/2006) tivesse permitido que as vindouras mudanças normativas responsáveis pela contínua atualização e aperfeiçoamento da Carta de 1988 incorporassem outra forma de olhar o problema das garantias financeiras e materiais de cumprimento do dever estatal de manter e desenvolver o ensino público.

É preciso, contudo, registrar a ressalva de que os impasses federativos seguem latentes e não enfrentados. Segundo o presidente da Confederação Nacional dos Municípios (CNM), Paulo Ziulkoski, apenas muito lentamente serão implementadas as mudanças que o Fundeb poderia trazer do ponto de vista da *qualidade* educacional. Isso porque falta redistribuir equitativamente entre os três níveis da federação os custos desse processo. Para o citado dirigente municipalista:

⁶⁴ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167, oriunda do Distrito Federal – DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julg. 27.04.2011. *DJe*-162, 24 ago. 2011. *RTJ* v. 00220, p. 00158. *RJTJRS* v. 46, n. 282, p. 29-83, 2011.

[...] nós, prefeitos, vamos executar o Fundeb, ele já existe. Tudo isso vai se realizar, a Educação brasileira não vai para trás. Mas o salto de qualidade que deveria acontecer nesse momento não será dado. As melhorias vão “andar a passos de tartaruga”. Depois, não adianta lamentar.

A União tem arrecadado mais impostos, mas dividido menos. Nosso país tem uma carga tributária de quase 40%. Desse total, 60% ficam em Brasília, 25% com o governador e 15% com os prefeitos. Como entender que quem fica com mais invista menos? Como entender que em um fundo que tem 47 bilhões, a União contribua com apenas 10%?

“Danem-se os municípios”, pensa a União. É uma situação aguda, difícil, que eu não sei como a maioria vai superar, principalmente os pequenos e médios. Até os grandes terão dificuldades.

[...] Logo será definido o novo piso salarial nacional dos professores [como, de fato, ocorreu com a promulgação da Lei nº 11.738, de 2008]. Mas de onde virá esse dinheiro? Só se a União assumir os professores. Não há outra forma de fazer isso. Brasília adora criar direitos, mas não esclarece de onde sairão as verbas para cumpri-los. (ZIULKOSKI, 2007, grifos nossos)

Vale, pois, incorporar a crítica: há um desequilíbrio de receitas e de despesas entre os entes da federação que as Emendas Constitucionais nºs 14/1996, 53/2006 e 59/2009 não conseguiram enfrentar e que fica, como de há muito, relegado à prometida e quase sempre adiada “reforma tributária”.

De toda sorte, o principal registro é o de que os avanços na educação ainda não são processados na velocidade necessária porque a União não assume o dever de renegociar, mínima e adequadamente, as bases da redistribuição federativa de receitas. Como denunciado por Ziulkoski (2007), criam-se novos direitos, mas não se cuida de indicar as respectivas fontes sólidas de financiamento.

Tanto é assim que, embora tenha sido arguida como solução bastante no bojo das expressivas manifestações populares de junho de 2013, a vinda da Lei nº 12.858/2013⁶⁵ (relativa à vinculação dos recursos oriundos do pré-sal) não deu conta, por si só, de assegurar o atendimento do dever de associar, de um lado, a aplicação crescente dos recursos públicos em manutenção e desenvolvimento do ensino (em consonância com o art. 214, VI da CR/1988) com a garantia, de outro lado, de padrões mínimos nacionais de qualidade, tal como descrito no art. 206, VII e no art. 212, §3º da Carta de 88 e no art. 3º, IX

⁶⁵ Tal Lei prevê a destinação de 75% (setenta e cinco por cento) dos recursos oriundos de participação especial e royalties do petróleo extraído da camada pré-sal e comercializados a partir de 03 de dezembro de 2012.

da LDB. Foi apenas com a Lei nº 13.005/2014 (ou seja, o Plano Nacional de Educação editado para o decênio 2014/2023 na forma do citado art. 214 da Constituição) que foram fixadas, nas metas 7 e 20, as balizas de integração entre o custeio mínimo atrelado ao patamar de 10% do PIB e a qualidade educacional, por meio da ideia de Custo Aluno Qualidade, a qual, por seu turno, deve expressar os insumos indispensáveis ao processo de ensino-aprendizagem.

Ao largo de tudo isso e a bem da verdade, o grande desafio, como já dito, em material educacional, reside no dever de manutenção da qualidade do ensino. Isso porque não basta o cumprimento matemático de meta de aplicação de recursos públicos em proporção do PIB do art. 214, VI ou o atingimento contábil do percentual de gasto mínimo do art. 212, ambos da CR/1988, se a tais balizas de vinculação de gasto corresponder regressividade imotivada de indicadores e índices oficiais de desempenho⁶⁶ durante o período examinado.

Vale a pena, nessa senda, lembrar o aviso de que gastar formalmente o montante mínimo de recursos vinculados, mas não assegurar o padrão de qualidade, é gastar mal (lesão aos princípios da finalidade e eficiência), além de configurar oferta irregular de ensino nos moldes do art. 208, §2º cominado com o art. 206, VII, ambos da CR/1988.

Enquanto as duas emendas anteriores tinham uma reflexão ainda muito orientada para o passado e para a correção, tanto quanto possível, dos desvios de rota, a EC nº 59/2009 almejou apontar, nesse sentido, metas substantivas para o futuro, além, é claro, de conseguir avanços importantes em algumas condicionantes do financiamento da política pública de educação.

Em uma análise mais detida do seu conteúdo, depreende-se que os objetivos essenciais da aludida Emenda foram muito bem sintetizados em sua ementa abaixo transcrita:

Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009

Acrescenta §3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que

⁶⁶ Vale aqui repetir, embora tais dados já tenham sido aventados anteriormente, a necessidade de acompanhamento e avaliação de resultados refletidos nos seguintes indicadores e índices oficiais: Índice de Desempenho da Educação Básica (IDEB), taxa de distorção idade-série, taxa de abandono, taxa de aprovação, taxa de reprovação, a taxa de analfabetismo, a taxa de escolarização e a proporção de alunos com aprendizado adequado para etapa escolar.

trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao §4º do art. 211 e ao §3º do art. 212 e ao “caput” do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI.

Nesse sentido, o mais paradigmático avanço estritamente financeiro promovido pela EC nº 59 e constante do seu art. 5º foi ter conseguido afastar a incidência do regime de desvinculação de receitas da União (DRU) sobre os recursos mínimos a serem aplicados na política pública de educação.

Tal afastamento, contudo, só foi possível porque operado como uma redução progressiva ao longo de três anos⁶⁷ e também porque, diferentemente da saúde, a educação não conta com o financiamento de outras fontes *vinculadas*⁶⁸ de receita, além da contribuição social do salário-educação, prevista no art. 212, §5º, da Constituição.

Como se verá no próximo capítulo, a DRU visa, em larga medida, operar como antídoto fiscal para mitigar o avanço das receitas tributárias que têm destinação específica (como o são as contribuições de que trata o art. 149 da CR/1988) e para conferir uma relativa flexibilidade em face da rigidez orçamentária causada pelas despesas obrigatórias (porquanto não suscetíveis do contingenciamento a que se refere o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal).

No mérito, porém, dos avanços substantivos, mais paradigmática foi a inserção pela EC nº 59/2009 de dois novos comandos que alargaram a definição do dever estatal de proteção ao direito fundamental à educação.

São as novas redações dadas aos incs. I e VII do art. 208 que efetivamente marcam a progressividade conquistada na política pública de

⁶⁷ Segundo o novo §3º acrescido ao art. 76 do ADCT, tem-se que: “Para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição, o percentual referido no caput deste artigo será de 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento) no exercício de 2009, 5% (cinco por cento) no exercício de 2010, e nulo no exercício de 2011”.

⁶⁸ São fontes vinculadas de receita, à luz do Direito Tributário, as que têm destinação específica (como é o caso das contribuições de que trata o art. 149 da Constituição) e as que tenham fato gerador vinculado a alguma atividade estatal (como as taxas e as contribuições de melhoria). Os empréstimos compulsórios, por sua excepcionalidade e determinação temporal, também são de uso restrito. Nesse sentido, somente os impostos apresentam-se como tributos absolutamente desinibidos de qualquer vinculação ou destinação: esse não é só um comando oriundo da natureza jurídica dos impostos, mas também de um importante princípio constitucional inscrito no art. 167, IV, a saber, o da não afetação das receitas livres.

educação. No caso do inc. I, houve a extensão da garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (*quatro*) aos 17 (*dezesete*) anos de idade, como verdadeira estratégia de universalização, sobretudo, do ensino infantil, na medida em que, até 2016, o ingresso passará a ser feito aos 4 (*quatro*) anos de idade, enquanto o ensino fundamental propriamente dito continuará a se iniciar, como visto na LDB, aos 6 (*seis*) anos de idade.

A expansão do ensino obrigatório para toda a educação básica acena positivamente⁶⁹ em direção ao ensino infantil e também ao ensino médio. Até porque não se pode esquecer a própria meta de progressiva universalização do ensino médio inscrita no inc. II do art. 208 e do dever de fomentar o acesso aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e criação artística, conforme a capacidade de cada educando, na forma do art. 208, inc. V, da Constituição de 1988.

Já no caso do inc. VII, a ampliação empreendida pela EC nº 59/2009 é coerente com a própria formulação de um sistema interpretativo íntegro na garantia da educação básica, pois passa a ser dever do Estado o “atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (grifos nossos).

⁶⁹ Segundo Ziulkoski (2007), tal mudança de foco trazida pelo Fundeb, ao retirar a prioridade do ensino fundamental para abarcar toda a educação básica, poderá comprometer a qualidade do nível fundamental. De acordo com o presidente da CNM, “vai haver menos dinheiro para o Ensino Fundamental, em volume e em porcentagem, porque, além da União não estar colocando praticamente nada, o valor existente vai migrar do Infantil e do Fundamental para o Médio, como se pode ver pelos quocientes de distribuição. Isso vai desqualificar o ensino no Brasil, porque vai desabastecer as etapas de ensino que mais precisam de assistência” (ZIULKOSKI, 2007, grifos nossos).

A crítica é pertinente porque, de certo modo, a limitação fática dos recursos públicos disponíveis justificou o estabelecimento de coeficientes de distribuição na forma do art. 10 da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, os quais, indubitavelmente, operam sob uma lógica competitiva entre os vários níveis e modalidades de ensino.

Segundo o art. 10 da Lei nº 11.494/2007, que regulamenta o Fundeb, os recursos devem ser distribuídos proporcionalmente entre as seguintes etapas, modalidades e tipos de estabelecimento de ensino da educação básica: I - creche em tempo integral; II - pré-escola em tempo integral; III - creche em tempo parcial; IV - pré-escola em tempo parcial; V - anos iniciais do ensino fundamental urbano; VI - anos iniciais do ensino fundamental no campo; VII - anos finais do ensino fundamental urbano; VIII - anos finais do ensino fundamental no campo; IX - ensino fundamental em tempo integral; X - ensino médio urbano; XI - ensino médio no campo; XII - ensino médio em tempo integral; XIII - ensino médio integrado à educação profissional; XIV - educação especial; XV - educação indígena e quilombola; XVI - educação de jovens e adultos com avaliação no processo; XVII - educação de jovens e adultos integrada à educação profissional de nível médio, com avaliação no processo.

Eis o problema que se revela como impasse federativo que fora denunciado por Ziulkoski (2007): como distribuir os escassos recursos de forma satisfatória para todos os níveis e tendo em vista a meta de avanço qualitativo da educação pública no país? Aparentemente, a questão ficou diferida para o futuro programático...

Há integridade e coerência na medida citada, uma vez que, se será assegurado, de forma obrigatória, o acesso à educação básica gratuita, também devem ser fornecidas as condições de permanência do aluno em tal estrutura, como o são o material didático, o transporte e a merenda escolar, além da assistência à saúde discente.

Já as alterações feitas nos arts. 211, 212 e 214 visam, em última instância, repactuar e redistribuir, entre os entes da federação, os custos e responsabilidades por tal linha consistente de avanço na política pública de universalização da educação básica no Brasil.

Senão veja-se a nova redação dada ao §4º do art. 211, segundo a qual “Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório”. O que a Emenda Constitucional nº 59/2009 buscou, com a alteração de tal dispositivo, foi exatamente ajustar um processo permanente de diálogo e colaboração federativa.

O mesmo raciocínio se aplica ao espírito da nova redação dada ao §3º do art. 212, de acordo com a qual:

A distribuição [havida dentro de cada ente da federação e entre eles] dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

O resultado coordenado que se espera alcançar é a universalização da educação básica que se tornou obrigatória dos 4 aos 17 anos de idade, mas a Constituição não desconhece que as demandas por novos avanços reclamam horizontes mais alargados para além da educação básica. Esse é, aliás, precisamente o comando do inc. V, do art. 208, da Carta de 1988.

Como diria Canotilho (1994), novas diretivas positivas de ação devem, desde já, ser enunciadas, até para que não haja estagnação ou até mesmo retrocesso no estágio evolutivo de política pública destinada a assegurar a consecução de direito fundamental.

Por tais razões é que, na nova redação dada ao *caput* do art. 214 da CR/1988, pela EC nº 59, o foco foi o de revitalizar a força normativa do Plano Nacional de Educação (PNE), atribuindo-lhe periodicidade definida (decenal) e exigindo-lhe a fixação de diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação. Tudo isso para que o Plano não caísse na estrita dimensão de uma exigência meramente formal, como incorria no risco de cair com a redação originária do *caput* do art. 214 que vigeu até a promulgação da citada emenda, em novembro de 2009.

Não obstante tal pretensão do constituinte derivado para o PNE, sua aprovação para o período de 2011 a 2020 restou pendente em praticamente 40% (quarenta por cento) do lapso temporal que deveria reger. Com a edição da Lei nº 13.005/2014, que aprovou o Plano Nacional da Educação para o decênio 2014/2023, a mora legislativa de 2011 até meados de 2014 tratou-se de omissão inconstitucional a reclamar, por si só, o pertinente controle pelas instâncias cabíveis, sob pena, mais uma vez, de incorrer na sempre válida noção de “constitucionalização simbólica”⁷⁰ a que se refere Neves (2007).

Não obstante isso e, de algum modo, importa reconhecer que o arranjo constitucional do financiamento federativo da política pública de educação apresentou discretas respostas pontuais e contingentes⁷¹ para parte de alguns dos seus impasses históricos (por exemplo, a regressividade da participação federal na manutenção e desenvolvimento do Fundeb e a falta de densidade do valor mínimo nacional por aluno, sobretudo quando pensada em termos de Custo Aluno Qualidade), como também propôs a necessidade de uma nova e importante meta para o planejamento de longo prazo na educação. Mas, de toda sorte, ainda há problemas por enfrentar, como exemplo, o da qualidade do ensino.

Os próximos planos nacionais de educação deverão, na forma do novo inc. VI, acrescido ao art. 214 da Constituição, pactuar social e politicamente uma *meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto (PIB)*. O que, contudo, espera-se é que tal norma não seja mero conteúdo retórico e dilatatório, como bem lembra Neves (2007).

Essa deveria ser, pois, uma forte e interessante “diretiva positiva” da ação governamental na política pública de educação que será mais bem explorada no item 3.3 deste capítulo e no item 4.1 do próximo.

3.1.1 Distribuição de competências entre os entes da federação

Dentro do arranjo normativo protetivo do direito à educação, importa traçar como se organiza e distribui o quadro de competências

⁷⁰ A longa mora legislativa entre 01/01/2011 a 24/06/2014 na edição do PNE já consumada em quase metade do prazo inicial que deveria ser regido pela sua abrangência decenal reflete bem a ideia de Marcelo Neves (2007), segundo a qual a dimensão simbólica compromete a capacidade das Constituições de servirem como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado.

⁷¹ Não significa que sejam respostas adequadas, até porque as soluções jurídicas — por mais que tenham pretensões de estabilizar seus efeitos em médio e longo prazos — também são socialmente historicizadas e politicamente pactuadas em dado contexto.

federativas. Isso porque o objeto central de discussão deste estudo reside na análise de eventuais conflitos distributivos entre os entes da federação perante o dever de financiamento dos direitos fundamentais que têm garantia constitucional de gasto mínimo em suas respectivas políticas públicas (saúde e educação).

Logo, pois, quando se abre o Título da Organização do Estado, na Carta de 1988, percebe-se estar ali fundada a forma federativa do Estado brasileiro, uma vez que o art. 18 reitera e fortalece o comando normativo já inscrito no *caput* do art. 1º. Para que fosse materializada a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, a Constituição de 1988, no curso do mesmo Título III, repartiu competências tanto de forma horizontal, quanto vertical para a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios.

Como bem lecionam Gilmar F. Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Gustavo G. Branco (2008, p. 817-821), seis foram os planos de tal repartição de competências, a saber:

1. A competência geral da União no art. 21 (também chamada de elenco de competências materiais exclusivas da União);
2. A competência de legislação privativa da União no art. 22;
3. A competência comum material da União, dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios no art. 23 (o chamado rol de competências concorrentes administrativas);
4. A competência legislativa concorrente do art. 24 (“condomínio legislativo” da União, a quem cabe editar normas gerais, e dos estados-membros, aos quais cabe editar normas suplementares);
5. A competência relativa aos poderes reservados dos estados no art. 25 (poderes também conhecidos como residuais ou remanescentes); e
6. As competências dos municípios nos arts. 29 e 30.

No que diz respeito ao direito fundamental à educação e sua respectiva proteção estatal, a repartição de competências estabelecida pelos planos acima citados denotou, concomitantemente, um esforço material comum a todos os entes de proporcionar os devidos meios de acesso à educação (art. 23, V), assim como previu o dever-poder de legislar sobre a matéria de forma concorrente entre a União e os estados (art. 24, IX) e a competência material de os municípios manterem, com a cooperação técnica e financeira dos níveis federal e estadual, os programas de educação infantil e ensino fundamental (art. 30, VI).

Legislar e dar concreção material ao direito à educação e ao dever estatal de protegê-la são competências que se inter-relacionam e que,

no âmbito da ordenação constitucional específica⁷² para a educação, ganham expressão à luz dos arts. 208 e 211 da Carta de 1988.

Segundo o art. 208, o dever do estado com a educação será efetivado mediante as garantias materiais de:

- I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Tais garantias materiais são, individual e cumulativamente, deveres objetivos e, por isso, oponíveis, do ponto de vista do direito subjetivo do cidadão, a cada ente da federação brasileira, na forma da repartição de competências empreendida pelo art. 211 da Constituição.

De acordo com o art. 211, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios organizarão em regime de colaboração⁷³ seus sistemas de ensino, sendo que:

1. À União cabe:
 - a) organizar o sistema federal de ensino e o dos Territórios;
 - b) financiar as instituições de ensino públicas federais; e
 - c) exercer, em matéria educacional, *função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino* mediante assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios;

⁷² São os arts. 205 a 214 contidos na Seção I – “Da Educação”, que está inserida no Capítulo III – “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, estabelecido, por sua vez, no Título VIII – “Da Ordem Social”, da CR/1988.

⁷³ Vale reiterar que, em reforço ao comando do *caput* do art. 211, a Emenda Constitucional nº 59/2009 alterou a redação do §4º desse mesmo dispositivo, para exigir que fossem definidas formas de colaboração entre os entes da federação, quando cada qual fosse organizar seus respectivos sistemas de ensino, colaboração essa que deve se integrar em torno da meta de universalização do ensino obrigatório a que se refere o art. 208, I da CR/1988.

2. Aos municípios é atribuída a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil; e
3. Aos estados e ao Distrito Federal incumbe a atuação prioritária no ensino fundamental e médio.

Vale notar que a União detém, entre outras funções materiais, a relevante competência redistributiva e supletiva, integrando a rede pública de sistemas federal, estaduais e municipais de ensino. Já os estados e o Distrito Federal criam e mantêm os Fundeb's, aos quais a União e os seus municípios se integram para a oferta prioritária da educação básica. De outro lado, enfim, no âmbito dos municípios, pode-se, sistemicamente, considerar que a competência do inc. V do art. 23⁷⁴ se materializa, no nível local, por meio da competência prevista no inc. VI do art. 30⁷⁵ e no §2º, do art. 211, da Constituição de 1988.

Em todos os casos, os dispositivos citados encerram competências materiais com claro conteúdo cooperativo, pois, “para a defesa e o fomento de certos interesses, o constituinte desejou que se combinassem os esforços de todos os entes federais; daí ter enumerado no art. 23 [e, no caso deste estudo, no art. 211 também] *competências, que também figuram como deveres*” (MENDES *et al.*, 2008, p. 819, grifos nossos).

É certo que as competências são atribuições constitucionais e legais de poder, mas o conteúdo de tal poder sempre revela, em última instância, um dever. Na célebre lição de Mello (1999), o que mais importa, aliás, é o dever, razão pela qual deve ser lido o conteúdo da competência de forma necessariamente vinculada ao dever que ele encerra. Outro não é o sentido da proposta feita pelo citado autor administrativista ao defender o uso da expressão “dever-poder”, ao invés da noção de “poder-dever” defendida por Renato Alessi (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 32).

O modo a partir do qual os entes da federação vão se desincumbir das competências arroladas nos arts. 208 e 211, presentemente analisados, não configura faculdade de ação, tampouco pode expressar apenas um programa político abstrato sujeito às condicionantes do governante de ocasião. Tais competências são deveres que não podem ser descumpridos, sob pena de crime de responsabilidade, na forma do §2º do art. 208.

⁷⁴ Cujo inteiro teor é o seguinte: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência”.

⁷⁵ No qual se lê: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental”.

A repartição de competências definida constitucionalmente encontra seu ponto culminante com a fixação no art. 212 do quanto cada ente federativo deve aportar, em termos de patamar mínimo de gasto, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Para evitar abusos ou desvios interpretativos que pudessem tolher faticamente o alcance do montante que cada ente deve aplicar em educação, a LDB cuidou de definir claramente o que poderia ser considerado, ou não, como gasto na manutenção e no desenvolvimento do ensino, para fins de cumprimento do art. 212 da Constituição. No art. 70 da LDB, é apresentado o elenco taxativo do que se pode afirmativamente reputar gasto em educação:

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar. (grifos nossos)

Por outro lado, é forte o conteúdo do art. 71 da LDB, ao identificar quais ações não podem ser classificadas como gasto mínimo com manutenção e desenvolvimento da educação básica no Brasil. Senão veja-se:

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;

- II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
- III - formação de quadros especiais para a Administração Pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
- IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;
- V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;
- VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino. (grifos nossos)

Não cabe ao gestor inovar, pois o legislador já definiu o modo pelo qual devem ser cumpridas as competências de que tratam os arts. 208 e 211 e, em especial, o art. 212 da Constituição de 1988.

Há, portanto, um consistente e sofisticado arranjo constitucional e legal do direito à educação e da sua proteção estatal. Por essa razão é que a repartição cooperativa de competências na manutenção e desenvolvimento do ensino público guarda dupla funcionalidade: é dever e é poder. Os poderes só podem ser exercidos de forma instrumental em favor dos deveres, o que, em se tratando da garantia material do direito fundamental, revela-se na forma do dever estatal de proteção. Para assegurar o cumprimento de tais deveres-poderes, é que a Constituição de 1988 também operou definindo verdadeiras diretivas positivas com forte conteúdo jurídico para a política pública de educação em todo o território nacional, sob pena de responsabilidade do agente político infrator.

Segundo a pertinente lição de Sarlet (2009, p. 147), esse é um dos primeiros desdobramentos de “uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais”, qual seja, o de gerar uma “eficácia irradiante”. Essa bela expressão oriunda da doutrina constitucional alemã (*Ausstrahlungswirkung*) opera, de acordo com Sarlet, no sentido de fazer com que os direitos fundamentais, na sua condição de direito objetivo, forneçam “impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais” (2009, p. 147).

É, pois, em torno da eficácia irradiante do direito à educação que se organizou o arranjo constitucional e infralegal⁷⁶ analisado até aqui para

⁷⁶ Dentre as principais leis, cita-se a LDB.

conformar um estágio adquirido, conquistado de progressividade, contra o qual não cabe promover tentativas de desmonte ou esvaziamento.

Daí se extrai uma primeira e importante conclusão parcial para o objeto deste estudo: há um dever-poder constitucional de manter e desenvolver o estágio de progressividade conquistado na política pública de educação no modelo cooperativo de repartição de competências federativas adotado pela Carta de 1988.

3.1.2 Progressividade conquistada à luz das Emendas Constitucionais n^{os} 14/1996, 53/2006 e 59/2009

Para sintetizar e bem visualizar a rota de progressiva proteção constitucional ao arranjo objetivo do direito à educação, este tópico propõe-se a sedimentar os conteúdos analisados anteriormente por meio da Tabela 1 abaixo.

Embora simples e direto, o intuito é permitir uma leitura rápida e consistente dos fundamentos que permitiram formular a conclusão há pouco anunciada de que há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma progressividade materialmente conquistada na política pública de educação, cujo conteúdo é protegido pelo princípio de vedação de retrocesso.⁷⁷

Segundo Marmelstein (2009, p. 270), a noção de vedação de retrocesso significa, em linhas gerais, que “qualquer medida estatal que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana deve ser vista com desconfiança e somente pode ser aceita se outros mecanismos mais eficazes para alcançar o mesmo desiderato forem adotados”.

O que se defende, portanto, é que o conteúdo estruturante do arranjo constitucional da política pública de educação, ampliado por meio das Emendas Constitucionais n^{os} 14/1996, 53/2006 e 59/2009, expressa por si só uma rota de progressividade que não pode sofrer qualquer pretensão de esvaziamento ou revogação, sem que outras medidas alternativas e igualmente protetivas sejam apresentadas.

Como se pode ler a seguir, organizou-se uma síntese de tal conteúdo na Tabela 1, para fins de fechamento de todo este tópico sobre o arranjo constitucional da política pública de educação.

⁷⁷ Veda-se não só a revogação expressa dos dispositivos materializadores da política pública de educação, mas também a própria tentativa de lhes esvaziar indiretamente o escopo e o sentido. É esse um princípio que se volta, sobretudo, para o controle do legislador, no caso da revogação e da alteração de conteúdo da norma, mas que também alcança o administrador e o juiz em suas funções de aplicadores e intérpretes regulares do ordenamento.

TABELA 1
Evolução normativa da política de educação à luz da redação originária da Constituição de 1988 e das Emendas Constitucionais n^os 14/1996, 53/2006 e 59/2009

(continua)

Evolução normativa	Redação originária da CR/1988	EC n ^o 14/1996	EC n ^o 53/2006	EC n ^o 59/2009
Gasto mínimo por ente da federação: percentual sobre a receita de impostos e transferências	União: 18%, estados e municípios: 25%.			

(conclusão)

Evolução normativa	Redação originária da CR/1988	EC nº 14/1996	EC nº 53/2006	EC nº 59/2009
<p>Metas financeiras e materiais</p>	<p>Todos os entes devem aplicar, pelo menos, 50% dos percentuais de gasto mínimo para, até 1998, eliminar o analfabetismo e universalizar o <i>ensino fundamental</i> – art. 60 do ADCT.</p>	<p>1. Os estados, DF e municípios devem aplicar, por meio do Fundeb, pelo menos, 60% e a União deve aplicar 30% dos percentuais de gasto mínimo para, até 2004, eliminar o analfabetismo e universalizar o <i>ensino fundamental</i> – art. 60 do ADCT alterado;</p> <p>2. 60%, no mínimo, dos recursos do Fundeb devem se destinar ao pagamento dos <i>professores do ensino fundamental</i> em efetivo exercício no magistério – §5º do art. 60 do ADCT;</p> <p>3. A União deve complementar financeiramente os Fundeb's estaduais, distrital e municipais para assegurar <i>valor por aluno correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino, definido nacionalmente</i> – §§3º e 4º do art. 60 do ADCT.</p>	<p>1. Até 2020, os estados, DF e municípios devem aplicar, por meio do Fundeb, “parte” (cerca de 80%, na forma do art. 60, II do ADCT) dos recursos mínimos de que trata o art. 212 da CR/1988 à manutenção e desenvolvimento da <i>educação básica</i> e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação;</p> <p>2. 60%, no mínimo, do Fundeb destina-se ao pagamento dos <i>profissionais do magistério da educação básica</i> em efetivo exercício. Além disso, a EC nº 53/2006 determinou que o legislador estabelecesse prazo para fixar, em lei específica, <i>piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica</i>;</p> <p>3. Patamares mínimos, definidos para a União, de complementação do Fundeb para assegurar o valor nacional <i>per capita, sob pena de crime de responsabilidade</i>, na forma do art. 60, V e VII e XI, do ADCT, com a redação dada pela EC nº 53/2006.</p>	<p>1. Até 2016, garantia de <i>educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade</i>, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;</p> <p>2. Dever de prestar atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de <i>programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde</i>;</p> <p>3. Plano Nacional de Educação, de duração decenal, deve contemplar <i>meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do PIB</i>, entre outros vetores de <i>ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas</i>;</p> <p>4. <i>Redução gradativa e proporcional da DRU sobre os recursos mínimos em manutenção e desenvolvimento do ensino</i>, até zerar seus efeitos em 2011 (§3º do art. 76 do ADCT).</p>

Fonte: Elaboração própria a partir dos dispositivos da Constituição da República de 1988 (grifos nossos).

3.2 Arranjo constitucional do direito à saúde e da sua respectiva garantia de financiamento estatal

Repetindo a fórmula já empregada no art. 205 e em outras passagens⁷⁸ da Constituição, o art. 196 da Constituição definiu fortemente a dupla acepção subjetiva e objetiva do direito à saúde. Senão veja-se o seu comando: “Art. 196. 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 outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Em sua acepção subjetiva, qualquer cidadão pode pretender exigir o respeito ao seu direito de acesso universal e gratuito às ações e serviços públicos de saúde, inclusive acionando, se necessário, o Poder Judiciário, na forma do art. 5º, XXXV, da CR/1988. Já em sua perspectiva objetiva, a parte final do *caput* do art. 196 encarregou-se de dizer que o dever do Estado de promover a saúde deverá ser desempenhado mediante políticas sociais e econômicas (por definição, progressivas), que devem cumprir os fins institucionais⁷⁹ identificados constitucionalmente.

Segundo Piola *et al.* (2009, p. 109-110), o art. 196 da Constituição tanto definiu que o fim estruturante da saúde seria a redução do risco de doença e outros agravos, como também fixou as diretrizes do dever estatal de promovê-la em caráter universal, integral, igualitário e de acesso gratuito. Para os citados autores:

O art. 196 da CF/88, de fato, acolheu duas concepções oriundas das discussões produzidas nos embates pré-constituintes pelo movimento sanitário. Em primeiro lugar, nota-se que incorporou uma compreensão específica da determinação social da saúde mediante a indicação de que as políticas sociais e econômicas devem concorrer para a “redução do risco de doença e de outros agravos”. Neste caso, a compreensão social da saúde não está moldada pela noção utilitarista do bem-estar, mas, sim, pela noção de *risco* como componente de uma visão epidemiológica

⁷⁸ Além do direito à educação do art. 205 e do direito à saúde do art. 196, ora analisado, podem ser citados ainda dois outros artigos, sem qualquer pretensão exaustiva do rol de exemplos, em que é repetida a dicção de ser “direito de todos e dever do Estado” a execução de determinada política pública. São eles o art. 144 (direito fundamental à segurança pública) e o art. 225 (direito fundamental ao meio ambiente).

⁷⁹ À luz do art. 196, tanto a redução do risco de doença e de outros agravos, quanto o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação são fins institucionais inafastáveis para as ações e serviços públicos em saúde, configurando-se como verdadeiras diretrizes positivas para o setor.

da determinação social da saúde. Em segundo lugar, ressalta-se uma diretriz de política pública para a garantia de ações e serviços atinentes à saúde: “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Por sua vez, a rede pública de ações e serviços de saúde, referida na proposta da CNRS, cuja organização e princípios são tratados no art. 198, recebeu o nome de SUS.

Essa compreensão do direito à saúde decorre de *dois pilares* que foram consagrados pelo próprio movimento sanitarista: (i) *o dever para a saúde cabe unicamente ao Estado, sendo este o modo de garantir o resgate de uma dívida social com a cidadania; e (ii) o princípio de acesso universal e igualitário é a base do sistema unificado proposto, como uma via institucional indispensável a fim de superar a dicotomia entre as chamadas ações de saúde pública e o atendimento clínico individual.* (2009, p. 109-110, grifos nossos)

A via institucional, como bem assegurado pelos autores acima (2009), é indispensável, porque os avanços na área de saúde dependem da estrutura estatal para sua consecução universalizante e gratuita. Assim é que o dever de assegurar progressividade às ações e serviços públicos de saúde tem sido exigido, ainda que só de modo parcial e lento ele venha sendo conquistado ao longo das muitas tensões⁸⁰ suscitadas com a instituição do Sistema Único de Saúde (SUS).

O desenho da política pública de saúde foi sedimentado no art. 198 da Constituição de 1988, por meio da instituição do SUS,⁸¹ que deve ser financiado segundo as diretrizes firmadas pela EC nº 29, de 13 de setembro de 2000, entre as quais, a principal foi o estabelecimento de vinculação orçamentária para o aludido sistema.

A fixação de patamares de gasto mínimo em saúde para cada nível da federação, na forma do art. 198, §§2º e 3º da CR/1988 e do art. 77

⁸⁰ De acordo com Piola *et al.* (2009, p. 97, grifos nossos), “Aos 20 anos de existência da Constituição Cidadã muito se construiu no campo da saúde em termos de reforço das ações de promoção da saúde e prevenção da doença, de expansão da cobertura e melhor acessibilidade aos serviços assistenciais, com importantes repercussões sobre o estado geral de saúde da população.

Isso ocorreu, certamente, porque os dispositivos constitucionais relativos ao setor não foram meros produtos de conjuntura. A proposta foi construída em amplo processo de discussão e politização da questão da universalidade do direito à saúde nas décadas anteriores. Suas raízes remontam à década dos anos 1970 e solidificaram-se no Movimento da Reforma Sanitária, que lhe conferiu consistência doutrinária e propostas organizativas.

Ao longo dessas duas décadas, ainda que enfrentando dificuldades de financiamento e resistências de ordem política e cultural, o processo de implantação do sistema público de saúde de acesso universal, que se propôs a oferecer cobertura integral às necessidades da população, colecionou muitos avanços”.

⁸¹ Pautado pelas seguintes diretrizes e princípios: organização em rede regionalizada e hierarquizada; descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade.

do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da CR/1988, durante o período de 2000 a 16.01.2012, quando então foi publicada a Lei Complementar nº 141/2012, que passou, desde então, a regulamentar a matéria, associou-se às já existentes fontes vinculadas de receita para a seguridade social previstas no art. 195 da Carta Magna.

A vinculação orçamentária para a área da saúde, seja na forma de tributos com destinação específica (como o são as contribuições sociais), seja na forma de gasto mínimo gerido por meio de fundo de saúde (art. 77, §3º do ADCT), atribuiu sentido operacional ao dever até então impreciso de assegurar “progressividade” à política pública de saúde.

Para delimitar, em extensão e profundidade, o alcance e os desafios de tal rota de progressividade, optou-se neste tópico por subdividir a abordagem na forma dos itens que se seguem. Fato é que, inicialmente, será analisado o modo pelo qual se deu a repartição de competências no âmbito do SUS, para, ao final, passar-se à análise específica do problema do financiamento da saúde pública em meio ao orçamento da seguridade social (tal como exigido pelo art. 165, §5º, III, da CR/1988).

3.2.1 Distribuição de competências entre os entes da federação

O arranjo constitucional da política pública de saúde, embora não tenha definido, como na seara da educação,⁸² o que cabe a cada ente da federação, explicitou objetivamente o modo (Sistema Único) de execução das ações integradas entre os três níveis federativos.

No art. 200 da Constituição, foi fixado o elenco das competências do SUS,⁸³ que, por sua vez, é o sistema procedimentalmente exigido pelo

⁸² Como já visto, a indicação precisa do que cabe à União, aos estados, ao DF e aos municípios na manutenção e desenvolvimento do ensino está prescrita nos cinco parágrafos do art. 211 da CR/1988.

⁸³ Segundo o citado art. 200 da CR/1988, ao SUS, por seu turno, competem as ações de (i) controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; (ii) execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como das de saúde do trabalhador; (iii) ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; (iv) participação da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (v) incremento em sua área de atuação do desenvolvimento científico e tecnológico; (vi) fiscalização e inspeção de alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como de bebidas e águas para consumo humano; (vii) participação do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; (viii) colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

art. 198 para que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios se desincumbam do dever de prestar ações e serviços públicos de saúde.

Constitucionalmente, certo é que há uma competência material comum (compartilhada igualmente por todos os entes federativos) prevista no art. 23, inc. II, de cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Além disso, foi atribuída a competência legislativa concorrente de que trata o inc. XII do art. 24, segundo a qual os estados, o DF e a União podem editar normas em defesa da saúde.

Por fim, foram entregues aos municípios os deveres-poderes de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II, da CR/1988) e de prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do estado, os serviços de atendimento à saúde da população.

Em decorrência do caráter genérico do desenho das competências formulado na Constituição, é que, apenas a partir da edição da Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990), houve uma repartição mais estrita das atribuições de cada nível da federação. Foi a legislação infraconstitucional, pois, que claramente distribuiu as funções e garantiu a operacionalização dos preceitos de descentralização da execução e cooperação técnico-financeira nas ações e serviços públicos de saúde.

Em linhas gerais, a Lei Orgânica do SUS, em seu art. 16, atribuiu à União, entre outras, as funções de (i) elaborar normas gerais sobre o sistema; (ii) prestar cooperação técnica e financeira aos demais entes para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; (iii) promover a descentralização para as unidades federadas e para os municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; (iv) acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais; e (v) elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os estados, municípios e Distrito Federal.

Já aos estados,⁸⁴ na forma do art. 17 da Lei nº 8.080/1990, competem, sobretudo, as funções de suplementar as normas federais e de promover a descentralização para os municípios, prestando-lhes apoio técnico-financeiro e assumindo a execução apenas em caráter supletivo das ações e serviços públicos de saúde.

⁸⁴ O Distrito Federal não se inclui nessa categoria por se tratar de ente peculiar na federação brasileira. A seu respeito, o art. 19 da Lei Orgânica do SUS dispôs que “Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios”.

Por fim, a competência dos municípios compreende, segundo o art. 18 da Lei nº 8.080/1990, primordialmente as atividades diretas⁸⁵ de execução e gestão operacional do sistema.

Assim distribuídas as funções materiais entre os níveis da federação, passa-se, no próximo item, ao cuidado das regras e princípios que tentam repartir os custos do financiamento do SUS, ponto em que mais surgem impasses e em que pouco se avançou desde a Emenda Constitucional nº 29/2000.

3.2.2 Orçamento da seguridade social e financiamento da saúde pública

Diferentemente da educação, o arranjo constitucional do direito fundamental à saúde não o trata de forma autônoma como se fora uma política pública isolada,⁸⁶ ao contrário, a saúde foi inserida em um

⁸⁵ Senão veja-se que incumbe à direção municipal do SUS, na forma do art. 18 da Lei nº 8.080/1990:

“I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição;

d) de saneamento básico; e

e) de saúde do trabalhador;

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação”.

⁸⁶ A bem da verdade, nenhuma política social (ainda que seja observada estritamente em seu arranjo normativo-institucional), pode ser considerada isolada. A esse respeito, Fleury (2003, p. 92-93, grifos nossos) pertinentemente leciona que: “Quando falamos de políticas sociais muitas vezes enfatizamos as finalidades que deveriam cumprir (como reduzir a pobreza e as desigualdades) desconhecendo que muitas das políticas existentes não cumprem estas

sistema protetivo integrado que o Constituinte de 1988 denominou de “seguridade social”.

Esse é o teor do *caput* do art. 194 da Constituição, segundo o qual “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Daí teria emergido não um tripé de direitos, mas um verdadeiro direito unificado à proteção social a ser assegurado pelo Estado por meio da articulação entre as ações de saúde, previdência e assistência social.

A esse respeito, interessante é a observação de Delgado *et al.* (2009, p. 18), para quem:

Foi com o reconhecimento da proteção social assegurada como direito que se permitiu a progressiva efetivação de garantias universais de acesso a serviços e benefícios e, em decorrência, a instituição de um esforço de integração de políticas contributivas e não contributivas, assentada em uma base ampla de financiamento.

A organização sistêmica da seguridade social foi, desse modo, planejada para perseguir, à luz do parágrafo único do art. 194, os objetivos fundamentais de (i) *universalidade da cobertura e do atendimento*; (ii) *uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais*; (iii) *seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços*; (iv) *irredutibilidade do valor dos benefícios*; (v) *equidade na forma de participação no custeio*; (vi) *diversidade da base de financiamento*; e (vii) *caráter democrático e descentralizado da administração*,⁸⁷ mediante gestão quadripartite, com participação dos

finalidades. Ou *tratamos de identificar setores (como saúde, educação), quando estas separações são administrativas e não correspondem à realidade social que é interdependente*. Ou, ainda, nos referimos às funções cumpridas pelas políticas (legitimação dos governantes, por exemplo), esquecendo que elas podem cumprir funções contraditórias ao mesmo tempo. Ou tratamos de falar dos instrumentos e mecanismos de decisão e implementação das políticas, reduzindo, desta forma, a política ao processo governamental. Ou então tratamos das relações entre atores e forças sociais que geram a dinâmica política, esquecendo, desta feita, dos aspectos operacionais. Nenhuma destas definições de política social é mais correta que outra. Cada uma delas enfatiza aspectos parciais e, portanto, deixa de lado outros aspectos que também fazem parte da política social”.

⁸⁷ De acordo com Fleury (2003, p. 102, grifos nossos): “O padrão constitucional da proteção social inovou também na organização dos setores componentes da seguridade social, subordinando-os a dois princípios básicos, a participação da sociedade e a descentralização político-administrativa. Ou seja, o novo formato das políticas sociais deveria aprofundar o duplo movimento de democratização, qual seja, desde o nível central em direção ao nível local e desde o estado em direção à sociedade. A organização dos sistemas de proteção social deveria adotar o

trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados.

Para assegurar a coerência de tal integração e, em especial, atender aos incs. I e V do parágrafo único do art. 194, acima destacados, é que o art. 165, §5º, III da Constituição passou a exigir a formulação de um Orçamento da Seguridade Social (OSS) como uma das três peças autônomas constantes do Orçamento Geral da União (OGU).⁸⁸

O dever de dotar a seguridade social de um orçamento próprio, destacado em relação ao restante do Orçamento Geral de cada ente da federação representou uma tentativa de ampliar as suas fontes sistêmicas de financiamento, integrando e controlando as despesas que, por elas, seriam cobertas.

De acordo com Fleury (2003, p. 100-101), a opção pela articulação dos direitos à saúde, previdência e assistência sociais resultou de um longo processo que, em última instância, não só culminou⁸⁹ com a nova ordem constitucional democratizante, mas com a “inconclusa” busca pela própria “universalização da cidadania”.

Segundo a autora em comentário,

A Constituição Federal de 1988 representa uma profunda transformação no padrão de proteção social brasileiro, consolidando, na lei maior, as pressões que já se faziam sentir há mais de uma década. Inaugura-se um novo período, no qual o modelo da seguridade social passa a estruturar a organização e formato da proteção social brasileira, em busca da universalização da cidadania.

formato de uma rede descentralizada, integrada, com comando político único e um fundo de financiamento em cada esfera governamental, regionalizada e hierarquizada, com instâncias deliberativas que garantissem a participação paritária da sociedade organizada, em cada esfera governamental”.

⁸⁸ O art. 165, §5º, da Constituição, assim dispõe sobre a composição do OGU:

“Art. 165. [...]

§5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

⁸⁹ O sentido do verbo culminar aqui não indica ponto final, apenas pretende denotar a ideia de um importante ponto de chegada, sem, contudo, extinguir a caminhada. Na prática, esse é um esforço infinito, razão pela qual a autora suscita tratar-se, no Brasil, de uma “seguridade inconclusa” (FLEURY, 2003).

No modelo de seguridade social busca-se romper com as noções de cobertura restrita a setores inseridos no mercado formal e afrouxar os vínculos entre contribuições e benefícios. Os benefícios passam a ser concedidos a partir das necessidades, o que obriga a estender universalmente a cobertura e integrar as estruturas governamentais (como o Inamps ao MS). A inclusão da previdência, da saúde e da assistência como partes da seguridade social introduz a noção de direitos sociais antes restritos à população beneficiária da previdência, e assume a equivalência de benefícios (urbano/rural), a irredutibilidade do seu valor, e a garantia de mínimos vitais ou patamares mínimos de renda a deficientes e idosos. O novo padrão constitucional da política social caracteriza-se pela *universalidade* na cobertura, o reconhecimento dos *direitos sociais*, a afirmação do *dever do estado*, a subordinação das práticas privadas à regulação em função da *relevância pública das ações e serviços* nestas áreas, uma perspectiva *publicista* de co-gestão governo/sociedade, um arranjo organizacional descentralizado. (2003, p. 101-102, grifos sublinhados nossos)

Para organizar, em nível infraconstitucional, o sistema da seguridade social, o art. 59⁹⁰ do ADCT definiu prazos relativamente curtos para que fossem encaminhados e aprovados os respectivos projetos de lei, bem como para que fossem implantados a lei orgânica e os planos de custeio e benefícios da seguridade como um todo.

Cumprindo o comando do art. 59 do ADCT apenas em seus aspectos formal e temporal e iniciando um processo de segmentação setorial⁹¹

⁹⁰ Cujo inteiro teor é o seguinte:

“Art. 59. Os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los.

Parágrafo único. Aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes”.

⁹¹ Guilherme Delgado, Luciana Jaccoud e Roberto Passos Nogueira (2009, p. 27), em estudo publicado no âmbito da série de Boletins de Acompanhamento de Políticas Sociais do IPEA, lançada em comemoração aos 20 anos da Constituição de 1988, analisaram a consolidação da seguridade social e apresentaram como uma das dificuldades em tal processo a edição de leis isoladas.

Para os autores em comento: “Um dos fatores para as dificuldades encontradas no processo de consolidação do princípio da Seguridade Social é o fato de a legislação infraconstitucional ter regulado separadamente as várias políticas setoriais. Suas leis orgânicas, definindo diretrizes específicas, não explicitam elementos que permitissem criar vínculos operacionais entre os componentes da Seguridade. De fato, *as políticas setoriais, tais como o SUS, foram implantadas sem que seus gestores se sentissem participantes e beneficiários de um sistema maior*. Neste processo, as políticas setoriais se consolidaram institucionalmente, com a criação e o fortalecimento de ministérios específicos, e com a criação de conselhos próprios de controle social” (2009, p. 27, grifos nossos).

que corroeu⁹² a finalidade integradora do sistema protetivo da seguridade social, foram editadas as seguintes leis:

1. 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.
Embora em seu Título III haja normas que cuidam dos serviços privados de assistência à saúde (arts. 20 a 26), a Lei nº 8.080, de 1990, tornou-se mais usualmente conhecida como a Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (SUS) e, apenas como tal, será doravante mencionada.
2. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que rege a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Como se vê, trata-se de texto de natureza complementar à Lei Orgânica do SUS.
3. Lei nº 8.114, de 12 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a organização e custeio da seguridade social e altera a legislação de benefícios da previdência social. Tal conjunto normativo era para ter sido a grande lei sistematizadora do disposto no art. 194 da CR/1988, mas foi esvaziado semântica e juridicamente pelos vetos que lhe foram apostos.
4. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da seguridade social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

Essa, de fato, tornou-se a Lei Orgânica da Seguridade Social, ainda que seu maior enfoque tenha efetivamente recaído sobre o plano de custeio, por meio da instituição das contribuições sociais previstas no art. 195 da CR/1988.

O prevalente enfoque dado ao plano de custeio na Lei nº 8.212/1991 pode explicar, ainda que parcialmente, o tratamento

⁹² Fleury (2003) elucida que causou um sério descompasso finalístico o relativamente breve, mas significativo, lapso temporal havido entre a entrada em vigor em 1988 da Constituição “Cidadã” (tal como Ulisses Guimarães carinhosamente a apelidou quando de sua promulgação) e o advento das diversas leis reguladoras da organização e dos planos de custeio e benefícios da seguridade social, a partir de 1990. Isso ocorreu, ainda segundo a autora (2003), porque as correlações de força democratizantes que permitiram a vinda da Constituição foram mitigadas pelas alegadas crises econômica e de legitimidade do Estado de Bem-Estar Social que ganharam fôlego a partir da década de 1990.

privilegiado⁹³ conferido à área da previdência social, a qual — por possuir natureza contributiva — teria maiores fundamentos jurídicos para instituir fontes próprias de custeio.

Já os demais setores constitutivos da seguridade social (saúde e assistência social) tiveram uma abordagem mais precária e generalista sobre o seu sistema de financiamento, a teor dos arts. 10 e 11⁹⁴ da Lei sob comento.

5. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Como bem indicado em sua ementa acima transcrita, a Lei nº 8.213 cuidou especificamente dos benefícios da previdência social, os quais pressupõem, em maior ou menor medida, a condição de segurado prevista no art. 12 da Lei nº 8.212/1991. Em vez de um sistema coletivo de proteção social, as Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, orientaram seu enfoque prioritariamente para a relação individual e contributiva de seguro⁹⁵ travada a partir do binômio: contribuição social-benefício previdenciário.
6. Por fim e após um mais lento processo de tramitação, foi editada a Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras

⁹³ Vide os seus arts. 12 a 15, 20 e 21, 24 e 25, 28 e 29, 67 a 83, especificamente direcionados para a estrutura de organização e financiamento exclusivas (porquanto próprias) da previdência social.

⁹⁴ A seguir citados integralmente:

“Art. 10. A Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da Constituição Federal e desta Lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais.

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - receitas das contribuições sociais;

III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;

b) as dos empregadores domésticos;

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;

d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;

e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos”.

⁹⁵ Vale citar, por oportuno, o teor do art. 1º da Lei nº 8.213/1991: “Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente” (grifos nossos).

providências. Esse estatuto legal tornou-se mais vulgarmente conhecido como LOAS.

Todo o quadro de leis estruturantes da organização da seguridade social havia sido concebido para imprimir “eficácia irradiante” (SARLET, 2009) e integradora (FLEURY, 2003) ao sistema de proteção social inaugurado pelo art. 194 da Constituição de 1988.

Ocorre, contudo, que a edição de tais leis apenas acirrou o processo competitivo por fontes seguras de financiamento entre os direitos fundamentais à saúde, à previdência e à assistência social que formam o tripé da seguridade. Vale aqui retomar a análise empreendida por Fleury a respeito desse processo que, ao invés de integrar, revelou-se deveras segregador:

A organização dos sistemas de proteção social deveria adotar o formato de uma rede descentralizada, integrada, com comando político único e um fundo de financiamento em cada esfera governamental, regionalizada e hierarquizada, com instâncias deliberativas que garantissem a participação paritária da sociedade organizada, em cada esfera governamental. O arcabouço legal seria completado com a promulgação das leis orgânicas, em cada setor, que finalmente definiriam as condições concretas pelas quais estes princípios constitucionais e diretivas organizacionais iriam materializar-se.

No entanto, a correlação de forças que favorecera a promulgação deste modelo constitucional havia mudado e a promulgação das leis orgânicas só foi possível graças à rearticulação das forças reformistas, para pressionar e negociar com um governo de orientação claramente centralizador e liberal.

Na área de saúde foram finalmente promulgadas as Leis nºs 8.080 e 8.142, de 1990, que regulam as ações, a organização e o funcionamento dos serviços e dispõem sobre a participação da comunidade na gestão do sistema único de saúde, SUS, sobre a alocação dos recursos financeiros e sobre a estrutura dos conselhos e das conferências de saúde. A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) demorou cinco anos para ser promulgada (Lei nº 8.742/93), instituindo o Conselho Nacional de Assistência Social, responsável pela política nacional e pela gestão do fundo nacional de assistência social (Rachelis, 1998).

A legislação ordinária promulgada nos anos 90 visa a concretizar o processo de descentralização e co-gestão das políticas sociais, em um contexto altamente desfavorável, com a prioridade governamental orientada para a estabilização da moeda, a redução do tamanho do estado e do gasto público e o fechamento das contas externas. (FLEURY, 2003, p. 102-103, grifos nossos)

O impasse segregacionista causado pela aprovação das leis orgânicas da seguridade social e previdência social (Lei nº 8.212/1991),

saúde (Lei nº 8.080/1990) e assistência social (Lei nº 8.742/1993), a bem da verdade, aponta para um impasse iniciado com o próprio sistema de financiamento previsto no art. 195 da Constituição de 1988.

Em sua disposição originária, a Carta Magna procurou assegurar uma base de financiamento sólida e diversificada para a seguridade, atribuindo-lhe não apenas os recursos orçamentários regulares, mas uma fonte própria de receita, ou seja, as contribuições sociais. Esse é o conteúdo do *caput* e seus incisos do aludido dispositivo:

Art. 195. A seguridade social será *financiada por toda a sociedade*, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes *contribuições sociais*:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Problema surge com a expansão indiscriminada do número de espécies e do volume arrecadado com as contribuições sociais, as quais são espécie tributária autônoma, cuja instituição se fundamenta exatamente na destinação específica⁹⁶ do produto da sua arrecadação.

Paradoxalmente, porque detentora de uma fonte própria e vinculada de recursos, a seguridade social deixou ser financiada sistemicamente de forma integrada e solidária. Ou seja, em vez de um financiamento referido a toda a sociedade (como ocorreria com os

⁹⁶ Spagnol esclarece, sobre a necessária especificidade da instituição de contribuições sociais, que: “os tributos possuem funções constitucionais e, em razão destas, legitimam-se. Temos impostos para custear o gasto público genérico do Estado e temos contribuições sociais para custear *gastos sociais específicos*. É simples: as competências são distintas e não se confundem. O legislador constituinte explicitou as bases para a incidência de impostos e de contribuições sociais” (2002, p. 95, grifos nossos).

impostos), cada vez mais se passou a instituir contribuições sociais, individualizando fatos geradores e grupos específicos⁹⁷ de incidência, que, por sua vez, também delimitavam a destinação de sua arrecadação.

Como consequência da expansão da fonte específica da seguridade social e não da fonte livre⁹⁸ de recursos tributários, mostrou-se irreversível a tendência de especialização dos instrumentos de financiamento para cada qual das áreas da seguridade. Fleury, a esse respeito, leciona:

Buscou-se diversificar as fontes de financiamento, definindo-se que a seguridade social seria financiada de forma direta e indireta por toda a sociedade, e os recursos seriam provenientes tanto de contribuições sociais quanto dos orçamentos da União, Estados e Municípios. Estes recursos deveriam compor o orçamento da Seguridade Social, cuja proposta seria elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência e assistência social.

No entanto, este mecanismo nunca funcionou como previsto no artigo 195, inciso segundo, ocorrendo uma especialização das fontes de financiamento, ficando a previdência com os recursos das contribuições sobre a folha de salários de empregados e empregadores, a saúde com os recursos do Finsocial, questionado juridicamente, e a assistência com recursos da receita de concursos de prognósticos.

A disposição transitória [art. 55 do ADCT]⁹⁹ da Constituição Federal que destinava 30% do orçamento da seguridade social para a saúde jamais se efetivou, gerando uma crise sem precedentes no setor, com a concomitante universalização da cobertura e a redução dos recursos financeiros necessários para isto. A tentativa de criar uma contribuição específica e exclusiva para o setor saúde — CPMF — foi também frustrada. Só no ano 2000, foi finalmente aprovada a Emenda Constitucional nº 29, que assegura recursos das três esferas de governo para o setor saúde, rompendo mais de uma década de crise financeira e instabilidade do setor. (2003, p. 101)

⁹⁷ Como pertinentemente assevera Greco (2000, p. 239-240, grifos nossos), “se a razão de ser da contribuição é existir uma finalidade e um *determinado grupo*, e a existência do pagamento é feita *em solidariedade ao grupo e à luz da finalidade*, o destino da arrecadação deve ser a favor desse mesmo grupo, na busca da finalidade. Daí o requisito de o destino da arrecadação ser elemento essencial no caso das contribuições”.

⁹⁸ A fonte livre de recursos, por excelência, é a que vem da arrecadação de impostos e consta dos orçamentos gerais de todos os entes da federação. Já quanto às contribuições sociais, a Carta Magna instituiu sistemática diferenciada de financiamento — nos arts. 149, 195, 212, §5º, 239 e 240 — para garantir determinados direitos sociais, com fonte de receita vinculada, cuja legítima criação depende precisamente de sua individualizada afetação.

⁹⁹ A seguir transcrito: “Art. 55. Até que seja aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”.

O financiamento integrado da seguridade social, desse modo, ficou refém do predatório processo de especialização de fatos geradores e destinações reclamado para fins de instituição de novas contribuições sociais. A área que mais se beneficiou desse processo, obviamente, foi a previdência social, que, por ter natureza contributiva, teve maiores condições de legitimar jurídica e socialmente suas pretensões tributárias de instituir novas ou majorar as suas já existentes contribuições sociais.

A saúde, noutra linha de sentido, peregrinou incessantemente por fontes próprias até obter¹⁰⁰ e depois perder¹⁰¹ a pretensamente “provisória” contribuição sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, que restou usualmente conhecida como CPMF.

De fato, o financiamento do SUS, desde a CR/1988, vem se mostrando suscetível a diversos cenários de vulnerabilidade fiscal, seja no que se refere à sua inserção no Orçamento da Seguridade Social, seja na obtenção de fonte própria de receita ou ainda na definição efetivamente vinculante de percentuais mínimos de gasto nas ações e serviços públicos de saúde.

A esse respeito, deveras lúcida e pertinente é a evolução histórica traçada pela Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (AMPASA, 2013), em nota¹⁰² assinada conjuntamente com outros movimentos sociais contra o subfinanciamento da saúde:

A Constituição indicou para 1989 o mínimo de 30% do orçamento da Seguridade Social para a saúde e até 1993 essa vinculação foi mantida, definida na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), como sendo a participação federal no financiamento do setor. Entretanto, isso jamais foi cumprido.

Se o Estado brasileiro mantivesse em 2013 o mesmo percentual proposto em 88, o SUS teria neste ano um orçamento de aproximadamente

¹⁰⁰ Tal contribuição foi originariamente prevista no art. 74 do ADCT, por força da Emenda Constitucional nº 12, de 15 de agosto de 1996, e vigoraria inicialmente apenas por dois anos (ou seja, até agosto de 1998). Ocorre que sua validade foi, por sucessivas vezes, prorrogada na forma dos arts. 75, 84 e 90 do ADCT até 31 de dezembro de 2007.

¹⁰¹ Embora o Governo Federal tenha tentado prorrogar a CPMF, juntamente com a prorrogação da DRU até 31 de dezembro de 2011, tal matéria, contudo, não restou aprovada no âmbito da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que, mais tarde, daria origem à Emenda Constitucional nº 56, de 20 de dezembro de 2007.

¹⁰² Cujo inteiro teor encontra-se disponível no endereço eletrônico: <http://www.ampasa.org.br/templates/176/noticia_visualizar.jsp?idEmpresa=50&idNoticia=14442&idUs er=141192>. Acesso em: 21 mar. 2014.

R\$195 bilhões. Entretanto, a dotação do Ministério da Saúde será de cerca de R\$84 bilhões.

Ao longo de seus 25 anos, o Sistema Único de Saúde (SUS) sofreu inúmeros golpes, que o afastaram do sistema público proposto pelos constituintes. Já em 1993 as contribuições previdenciárias foram retiradas da base de cálculo do orçamento do Ministério da Saúde (MS), quebrando mais da metade do seu orçamento. Em 1995 é instituída a DRU que retira 20% do Orçamento da Seguridade Social, atingindo mais uma vez a Saúde.

Em 1996 a CPMF é criada, mas adiciona poucos recursos ao SUS, porque é desviada para outras prioridades de governo. Em 2000, a vinculação dos 10% dos impostos federais (PEC 169) e 30% do Orçamento da Seguridade Social para financiar a saúde são substituídos pela variação nominal do PIB (VNP) e os 10% dos impostos estaduais e municipais da PEC 169 sobem, respectivamente, para 12% e 15%.

Ao final da década de 1990 já fica evidente que o pífio investimento e gasto federal nos serviços públicos não crescem, nem acompanham o crescimento da população. Tampouco cresce a resolutividade dos serviços de saúde, em especial, na atenção básica e na assistência de média densidade tecnológica, o que gera as filas, as esperas e os congestionamentos nos serviços, com todas as consequências da repressão de demanda.

Ao final dos anos 1990, torna-se clara a importância crescente dada pelo governo federal aos planos privados, subsidiando-os com renúncia fiscal, co-financiamento de planos privados a servidores e empregados públicos e não efetivação do ressarcimento do sistema público, obrigatório por Lei.

No início da década dos 2000, consolida-se a adesão das classes médias e dos trabalhadores sindicalizados (e da estrutura sindical) aos planos privados. Concomitantemente, consolida-se a tendência de uma política de Estado voltada para os direitos do consumidor em detrimento dos direitos universais de cidadania expressos na Constituição.

Todas as ações que geraram e aprofundaram o sub-financiamento do SUS e ampliaram os subsídios aos planos privados foram capitaneadas pelos ministérios da Fazenda, da Casa Civil e do Planejamento, Orçamento e Gestão. Essa tríade, ao longo dos últimos 25 anos, mantém-se reticente a ampliar os recursos para políticas pró-cidadania e para o cumprimento da Constituição. Sempre com base na mesma argumentação tradicional e economicista ortodoxa: responsabilidade fiscal e falta de recursos.

[...] nenhum dos governos desde 1989 colocou o SUS no patamar de política de Estado prioritária. Prova disso é que nos últimos 11 anos (2002-2013), o crescimento dos recursos para a saúde tem ficado abaixo do incremento de outras áreas: 2/3 abaixo do crescimento para a Assistência Social; 1/2 do crescimento das verbas da Educação; e abaixo até da Segurança Pública.

Isso tudo agravado pelo fato de o Brasil ter destinado, em 2010, 44,9% do Orçamento Geral da União para pagamento dos encargos da dívida pública. Restaram 3,9% para a Saúde, 2,8% para a Educação, 0,5% para a Segurança Pública, 0,7% para Transporte e 0,04% para Energia.

Essa posição do governo federal, que não prioriza a saúde, obriga estados e municípios a se responsabilizarem cada vez mais pelo financiamento da saúde pública. Vale lembrar que esses entes federativos foram obrigados por lei a adequarem seus orçamentos para prover o SUS com o mínimo de 15% e 12%, respectivamente, dos seus impostos. Hoje, em média, os municípios gastam 21,5% de suas receitas com o SUS. [...] Compreende-se que a metodologia de aplicação da União deve ficar compatível às bases de cálculo de aplicação dos estados e municípios, à medida que essas últimas correspondem ao total das receitas de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, o que significa o esforço próprio de arrecadação. Assim, a utilização de percentual da RCB da União visa a assegurar a isonomia no trato do financiamento da saúde nas três esferas de governo.

Da fragilidade fiscal e demais tensões normativas acima relatadas os três tópicos seguintes passarão a cuidar individualmente, até para que se possa extrair de sua análise algumas reflexões para as possibilidades de controle aventadas na conclusão a título de releitura do princípio constitucional da vedação de retrocesso.

Vale lembrar, por oportuno, que o núcleo da tese que se sustenta neste livro reside na perspectiva de que o princípio da vedação de retrocesso para os direitos à saúde e à educação já não se situa estritamente no patamar de vedação de extinção ou redução deliberada do arranjo, mas também inclui e exige a proibição de estagnação ou restrição interpretativa que lhe retire a possibilidade de progredir.

3.2.2.1 Esvaziamento sistêmico do OSS e densificação individualizada do SUS

A previsão constitucional de um orçamento próprio para a seguridade social no art. 165, §5º, III, só poderia ganhar densidade normativa e finalística com uma necessária correlação entre a estrutura de receitas definida no art. 195, de um lado, e a distribuição das despesas pelo sistema, e não apenas por cada qual das políticas públicas que o integram.

Não foi isso, contudo, o que ocorreu na Constituição de 1988. Já no próprio art. 195, em seu §2º, restou clara a segmentação setorial que determinaria, senão o planejamento, diretamente a execução das despesas em cada uma das áreas. De acordo com o aludido dispositivo:

Art. 195. [...]

§2º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, *assegurada a cada área a gestão de seus recursos*. (grifos nossos)

Segundo Delgado *et al.* (2009, p. 20), tal solução normativa decorreu, sobretudo, de uma desconfiança do movimento sanitário (suscitada no curso do processo constituinte) quanto ao alcance da proposta de integração das áreas da saúde, previdência e assistência social. Ainda de acordo com os autores (2009), o temor, em última instância, era de que, caso não fosse mantida a identidade institucional e orçamentária de cada qual das áreas da seguridade, haveria uma tendência de migração dos recursos da saúde para a previdência social. Senão veja-se:

Esse novo formato dado ao título da Seguridade Social causou surpresa. Se a integração das políticas de previdência e de assistência já vinha sendo esboçada, o mesmo não ocorria na área de saúde. Sua inserção no sistema amplo da Seguridade, ao lado da Previdência e da Assistência social, era uma ideia surpreendentemente nova para os militantes do movimento sanitário; tal conformação institucional das políticas de bem-estar jamais havia sido cogitada ao longo das discussões que levaram à formulação do marco doutrinário que foi compilado por ocasião da VIII Conferência Nacional de Saúde. Ao contrário, no âmbito deste movimento, buscava-se ampliação da autonomia da política pública de saúde, incluindo a reserva de um orçamento específico, vinculado percentualmente ao orçamento da União.

Com a proposta de instituição de um sistema amplo de Seguridade Social, *dois tipos de temores preocuparam os sanitaristas: que a saúde perdesse a garantia de fontes de financiamento, devido às necessidades dos demais segmentos do sistema; e que a proposta evoluísse para criação de um todo-poderoso ministério da Seguridade Social, minando a autonomia do Ministério da Saúde (MS) e sua capacidade de estimular a base político-institucional descentralizada do SUS — trazendo riscos para o próprio reconhecimento da saúde como tema estratégico das políticas sociais*. Por isso, entendiam que era urgente realizar um movimento inverso, que consistia no fortalecimento do MS para fornecer as bases técnicas e administrativas do SUS, como de fato veio a acontecer. (DELGADO *et al.*, 2009, p. 20, grifos nossos)

Segmentados, portanto, ficaram os tratamentos constitucionais dos direitos à saúde, à previdência e à assistência social, assim como foram individualizados os seus respectivos modos de prestação e financiamento.

Vale, a esse respeito, registrar que o arranjo normativo do financiamento da política pública de saúde se estruturou constitucionalmente no art. 198 para fazer face ao dever dos poderes públicos de prestação universal e integral, sem prejuízo da liberdade de iniciativa privada no que se refere à exploração lucrativa da assistência à saúde (art. 199). Avanço material digno de nota e que será mais detidamente avaliado no tópico seguinte foi a aprovação da Emenda Constitucional nº 29/2000, que acrescentou os §§2º e 3º ao art. 198, estabelecendo dever de gasto mínimo no setor.

Por outro lado, a previdência social se organizou, no art. 201,¹⁰³ em torno de um regime geral de caráter contributivo, pautado pela exigência de equilíbrio atuarial e financeiro, sendo que a iniciativa privada foi considerada taxativamente como de “natureza complementar”¹⁰⁴ e de adoção secundária e facultativa (art. 202) em face do regime geral obrigatório.

¹⁰³ O *caput* e seus incs. do art. 201 podem ser lidos a seguir:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de *regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no §2º” (grifos nossos).

¹⁰⁴ Embora o §1º do art. 199 da Constituição de 1988 também se refira à saúde privada com o emprego do adjetivo “complementar”, o contexto do uso em cada qual dos dispositivos (art. 199 e art. 202, relativos, respectivamente, à assistência privada de saúde e à de previdência) é significativamente diferente.

No caso da previdência privada, ela só poderá existir complementarmente ao regime geral, de natureza obrigatória e que é mantido pelo Estado. Ou seja, a iniciativa privada, no que se refere à previdência complementar, *deve ser* meramente subsidiária da prestação estatal.

Por outro lado, a saúde, sendo totalmente livre à iniciativa privada (segundo o *caput* do art. 199 da CR/1988), não está em segundo plano em face do Sistema Único de Saúde, podendo existir e atuar no mercado independentemente de qualquer vínculo com o regime de prestação estatal.

A redação do §1º do art. 199 é bastante clara, nesse sentido, pois elucida que as instituições privadas de assistência à saúde *poderão*, se quiserem e quando quiserem, participar de forma complementar ao SUS.

Restou, enfim, à assistência social, no art. 204,¹⁰⁵ definir diretrizes para o seu exercício com os recursos que lhe coubessem a partir da matriz do art. 195. Diferentemente do §2º do art. 198 da Constituição, que expressamente previu vinculação orçamentária para as ações e serviços públicos de saúde, o parágrafo único acrescentado¹⁰⁶ ao citado art. 204 não obteve força normativa o suficiente para angariar a vinculação pretendida (0,5% da receita tributária líquida) de recursos para a assistência social. Isso porque seu teor é de mera faculdade programática conferida aos estados e ao Distrito Federal, para que, posteriormente, exerçam a opção política de tal vinculação, sem risco de violar o comando do art. 167, IV da Constituição.

A conclusão que se pode extrair da evolução empreendida desde 1988 é a de que quão mais fragilizada se revelou normativamente a seguridade social, mais destacados se mostraram individualmente os setores da saúde, previdência e assistência social.

A progressiva perda de solidariedade no financiamento da seguridade social fomentou a segregação setorial, ao mesmo tempo que foi agravada pela competição entre as áreas da saúde, previdência e assistência sociais por novas e exclusivas fontes de custeio. Acerca desses dois movimentos concomitantes e paradoxais, Delgado *et al.* (2009, p. 26, grifos nossos), pertinentemente, avaliam:

Nesse sentido, os 20 anos que se seguiram à promulgação da CF assistiram a dois movimentos distintos. De um lado, em que pesem as expressivas dificuldades enfrentadas, observou-se a *consolidação das três políticas — previdência social, assistência social e saúde — que formam o pilar central do sistema de Seguridade Social brasileiro, assim como do programa*

¹⁰⁵ Cujo inteiro teor é o seguinte:

“Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados”.

¹⁰⁶ Por força da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003.

seguro-desemprego. O SUS e o Suas são hoje uma realidade. Quanto ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), em 2007, 45 milhões de trabalhadores urbanos figuravam como segurados, ao lado de 8 milhões de trabalhadores rurais, incluídos como segurados especiais. Por outro lado, recebendo-se o grupo de beneficiários, ou seja, aquele conjunto que está recebendo algum benefício monetário do sistema previdenciário, no mesmo ano o RGPS atendeu cerca de 21 milhões de pessoas nos meios urbano e rural. O BPC beneficia cerca de 3 milhões de idosos e de pessoas com deficiência. Por sua vez, o seguro-desemprego beneficia milhões de trabalhadores anualmente — foram 6,1 milhões em 2007. Entretanto, *de outro lado, pode-se afirmar que a Seguridade não tem conseguido se consolidar como princípio organizador da proteção social no país.*

O enfraquecimento da seguridade como verdadeiro direito à proteção social, em maior ou menor medida, está relacionado ao esvaziamento da pretensão do art. 195 de buscar um financiamento solidário¹⁰⁷ para o sistema.

Como dito anteriormente, a possibilidade de instituir contribuições sociais, além das outras fontes de recursos do orçamento geral, provocou tensões predatórias entre as áreas da saúde, assistência e da previdência social, sem falar ainda no manejo indiscriminado de tal linha arrecadatória pela União como forma deliberada de fuga ao dever de repartição federativa de recursos, como se verá mais adiante com o estudo da DRU no capítulo 4.

Competição entre as três áreas por fontes exclusivas, desvinculação de recursos vinculados à seguridade social e baixa materialização do princípio da diversificação das fontes de financiamento foram (e ainda continuam sendo) os problemas que mitigaram a solidariedade prevista nos arts. 194 e 195 da Constituição. Para os pesquisadores do IPEA acima citados,

[...] a instituição da Seguridade Social exigia *significativa expansão da responsabilidade pública na proteção social e, com ela, do gasto social*. Contudo, a trajetória política posterior à promulgação da Carta Constitucional teve um impacto desorganizador na estrutura de financiamento proposta para a Seguridade Social, seja devido à disputa entre as três políticas, à implantação de medidas de desvinculação de recursos exclusivos da

¹⁰⁷ No balanço sobre o que significaram os vinte anos da Constituição de 1988 para o sistema da seguridade social, Delgado *et al.* (2009, p. 27) apontaram — de forma objetiva e direta — que foi em torno do tema do seu financiamento que “a dificuldade de consolidação da Seguridade Social como princípio organizador do novo modelo de proteção social se revelou em toda sua complexidade”.

Seguridade Social, seja à ausência da plena regulamentação do princípio das fontes diversificadas de financiamento.

De fato, ocorreu uma *progressiva vinculação de receitas às diversas áreas e uma desestruturação do conceito original de financiamento solidário entre as políticas componentes, com o surgimento gradativo de uma competição interburocrática por recursos*. Efetivamente, mudanças drásticas na destinação das fontes de financiamento da Seguridade Social fizeram com que o SUS deixasse de receber qualquer quinhão da receita de contribuição previdenciária em nome do caráter claramente compulsório destes benefícios. Tal dificuldade, como se sabe, levou o MS a buscar fontes adicionais de financiamento do setor, o que acabou por se traduzir na criação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). Esta *falta de coesão nas bases de financiamento terminou por minar igualmente a operacionalidade política do sistema* e não favoreceu jamais uma ação interinstitucional coerente no campo da Seguridade Social. (DELGADO *et al.*, 2009, p. 27, grifos nossos)

Como bem alertado pelos autores citados, um forte golpe para o financiamento integrado da seguridade social foi a especialização de receitas que tornou exclusivas da previdência social as contribuições sociais¹⁰⁸ de que trata o art. 195, I, alínea “a”, e II, da CR/1988.

Tal especialização somente foi possível no bojo de um discurso extremista de que, para enfrentar o “rombo da previdência social” no Brasil, seria preciso buscar o *seu* equilíbrio atuarial em uma relação estritamente negocial e contributiva. Foi a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que promoveu essa profunda inflexão ideológica no modelo até então vigente de financiamento solidário da seguridade social. Em busca da contenção do “rombo” é que ela foi editada e rotulada como a “reforma previdenciária” da Carta de 1988.

Juridicamente, a EC nº 20/1998 empreendeu duas alterações conjugadas para tornar exclusivas da previdência social as duas das principais contribuições sociais definidas no art. 195 da Constituição, quais sejam, a contribuição patronal sobre a folha de salários e a do trabalhador.

A primeira alteração da EC nº 20 foi a mudança de redação dos incs. I e II do art. 195 e a segunda foi a inserção do inc. XI no *caput* do art. 167. Em suma, o que houve foi a mudança de nomenclatura¹⁰⁹ e de

¹⁰⁸ No que se refere ao inc. I, alínea “a”, é a contribuição social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. E no que se refere ao inc. II, trata-se da contribuição do trabalhador e dos demais segurados da previdência social.

¹⁰⁹ Vale notar que a redação originária dos incs. I e II do art. 195 considerava como recurso disponível para o financiamento de toda a seguridade social tanto a contribuição social

disposição técnica do texto dos incs. I e II do art. 195, que se somou à nova regra do art. 167 de vedação de uso das contribuições patronal e de trabalhadores para outra finalidade que não o custeio do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) de que trata o art. 201 da CR/1988.

O fundamento de tal exclusividade reside na busca pelo equilíbrio atuarial do RGPS administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Mas a consequência mais contundente da Emenda nº 20/1998 foi a prevalência do caráter meramente contributivo-negocial no custeio da previdência social, em detrimento do restante das áreas da seguridade social.

Para fazer face à “falta de coesão” do orçamento da seguridade social, a política pública de saúde passou a cuidar — apartadamente — de organizar o seu próprio sistema de financiamento, captando novas fontes de receita para poder, sustentadamente, majorar suas despesas e ações governamentais no âmbito do SUS.

No art. 198, em sua redação originária (anterior, portanto, à Emenda Constitucional nº 29/2000), fora definido no seu antigo parágrafo único (atual §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”.

Ainda à luz da redação originária da Carta de 1988, é preciso que se retome a disposição transitória que indiretamente havia fixado um piso mínimo de recursos a serem vertidos ao setor da saúde no âmbito do orçamento da seguridade social. A proporcionalidade escolhida pelo art. 55 do ADCT para o exercício de 1989 era de 30% (trinta por cento) sobre todo o orçamento da seguridade, percentual esse que deveria vigorar enquanto não tivesse sido aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias exigida pelo art. 165, II da Constituição. Historicamente, tal percentual estimado pelo ADCT revelou-se, todavia, como mero programa de intenções governamentais que não foi implementado em sua integral pretensão satisfativa.

Por outro lado, a Lei Orgânica do SUS assim dispôs sobre o seu financiamento:

dos empregadores sobre a folha de salários, quanto a contribuição dos trabalhadores. Após a Emenda nº 20/1998, a antiga contribuição social “dos trabalhadores”, do inc. II do art. 198, transformou-se em contribuição social “do trabalhador e dos demais segurados da previdência social”.

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os *recursos necessários à realização de suas finalidades*, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. (grifos nossos)

Mas o que seriam recursos “necessários à realização das finalidades” institucionais do SUS? Não poderiam ser apenas os que fossem definidos, na forma dos arts. 165 e 195, §2º, da Constituição, pelo processo de planejamento orçamentário. Haveria considerável fragilidade em tal processo à luz da inconstância político-econômica de cada ente da federação.

Fato é que a trajetória individualizada do SUS no ordenamento infraconstitucional não lhe trouxe a pretendida estabilização de financiamento, assim como também não lhe permitiu novos incrementos materiais no dever estatal de prestar e promover as ações e serviços públicos de saúde. Se a Lei nº 8.080/1990, por si só, não conseguiu (como, de fato, não conseguiria) trazer avanços estruturais, passou a área da saúde a clamar por novas disposições constitucionais que lhe fizessem jus às pressões sociais por sua expansão.

Disso cuidam os dois últimos tópicos em torno da progressividade (ou não) no arranjo constitucional do direito à saúde, na medida em que se passa a analisar as alterações no texto constitucional que tentaram ajustar o sistema de financiamento das ações e serviços públicos de saúde, minorando suas instabilidades.

3.2.2.2 Receita vinculada e gasto mínimo como garantias do financiamento da saúde pública – O paradoxo da sua instabilidade fiscal

Desde o advento da Constituição de 1988, sôfrego se revelou, ao longo dos anos, o financiamento da política pública de saúde, pois a renovada busca pela instituição de fortes proteções jurídicas (como fonte de receita exclusiva e patamar de gasto mínimo) alimentou e se fez alimentar de sofisticadas estratégias de burla à sua efetiva expansão.

Nesse sentido, o que se pretende discutir neste tópico é o uso da saúde como mote de legitimação para discursos retóricos (bem aos moldes simbólicos a que se refere Neves, 2007) de captação de novas fontes de receita e de novos mecanismos de desvio dos recursos por meio delas arrecadados. Eis o paradoxo da sua instabilidade!

A despeito do caráter adicional de proteção trazido pela Emenda Constitucional nº 29/2000, que dispôs sobre percentual mínimo de gasto público nas ações e serviços públicos de saúde, e nada obstante as contribuições sociais (que expressam fonte vinculada de receita), a política pública de saúde segue, como dantes, marcada pelo signo da instabilidade fiscal provocada, em larga escala, pela União e replicada pelos estados.

Dito de forma muito genérica, o que a União tem feito, desde a instituição da desvinculação de receitas em 1994, especialmente no âmbito da seguridade social, é:

- a) arrecadar mais por meio de tributos dotados de destinação específica¹¹⁰ que, em função disso, estão alheios à sistemática constitucional de repartição obrigatória entre os entes (de que tratam os arts. 157 a 159). No caso da saúde, trata-se das contribuições sociais destinadas ao financiamento solidário da seguridade social, à luz do art. 195 da CR/1988;
- b) descentralizar para estados e municípios mais ações de diversas políticas públicas prestacionais, como, de fato, sucedeu-se com o SUS, com o que, a própria União se desincumbe, correspondentemente, da execução direta de tais despesas;
- c) não distribuir o produto da arrecadação majorada com estados e municípios em nome da aludida destinação dos tributos que deram ensejo ao maior volume de ampliação de receitas tributárias; e

¹¹⁰ Notadamente as contribuições sociais e os empréstimos compulsórios, cujas existências somente se legitimam no ordenamento constitucional em face da sua destinação. A esse respeito, o Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal, em análise do Recurso Extraordinário nº 189.415-6/SP, posicionou-se do seguinte modo:

“Uma ressalva é preciso ser feita. É que caso há, no sistema tributário brasileiro, em que a destinação do tributo diz com a legitimidade deste e, por isso, não ocorrendo a destinação constitucional do mesmo, surge para o contribuinte o direito de não pagá-lo. Refiro-me às contribuições parafiscais — sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, CF, art. 149 — e aos empréstimos compulsórios (CF, art. 148). Leciona Misabel Abreu Machado Derzi que a ‘Constituição de 1988, pela primeira vez, cria tributos finalisticamente afetados, que são as contribuições e os empréstimos compulsórios, dando à destinação que lhe é própria relevância não apenas do ponto de vista do Direito Financeiro ou Administrativo, mas igualmente de Direito Tributário’. E acrescenta a ilustre professora da UFMG, que ‘o contribuinte pode opor-se à cobrança de contribuição que não esteja afetada aos fins, constitucionalmente admitidos; igualmente poderá reclamar a repetição do tributo pago, se, apesar da lei, houver desvio quanto à aplicação dos recursos arrecadados. É que, diferentemente da solidariedade difusa ao pagamento de impostos, a Constituição prevê a solidariedade do contribuinte no pagamento de contribuições e empréstimos compulsórios e a consequente faculdade outorgada à União de instituí-los, de forma direcionada e vinculada a certos gastos. Inexistente o gasto ou desviado o produto arrecadado para outras finalidades não autorizadas na Constituição, cai a competência do ente tributante para legislar e arrecadar’ (DERZI, 1998, p. 598-599, grifos nossos)”.

- d) paradoxalmente, não aplicar a totalidade daqueles recursos onde constitucionalmente eles deveriam ser aplicados, por força de mecanismo transitório de desvinculação de receitas insistentemente¹¹¹ prorrogado no ADCT.

O que há de pouco transparente nesse círculo vicioso reside na prestação de contas sobre qual *real finalidade pública* está sendo atingida ou qual dever constitucional está sendo cumprido, ainda mais se se considerar que, por trás do manejo de tais receitas cumulativamente majoradas, não repartidas e desvinculadas, reside uma dita “discricionariedade técnica” na execução orçamentária federal.

Nesse sentido, precisa é a lição de Gordillo (2003, p. X, 15-17) a respeito da necessidade de superar o conceito de “discricionariedade técnica”, porquanto calcado apenas na remissão indeterminada do que seja “técnica”. Para o autor em comento (2003), distinguem-se regulação e discricionariedade técnicas, na medida em que a regulação é orientada por normas especializadas no ramo técnico sob análise, enquanto a discricionariedade corresponderia à arguição genérica de liberdade decisória sem regras técnicas claramente identificáveis.

Em raciocínio limítrofe (aplicável, por exemplo, às ciências exatas), se há liberdade para analisar subjetivamente “conveniência e oportunidade”, não se está a cumprir — de forma objetiva e motivada — regras técnicas que balizariam a adoção de determinada conduta. Por essa razão é que, segundo Gordillo (2003), houve evolução no Direito Administrativo para que fosse superada a figura da “discrecionalidad técnica”. Senão veja-se:

É interessante destacar que, neste ponto, operou-se uma importante evolução no presente século. Antigamente se dizia que a administração tinha uma “discricionariedade técnica”, isto é, uma atribuição discricionária em matéria técnica que tornava insindicáveis os atos que [ela] emanasse no exercício dessas atribuições.

Mas, na verdade, este antigo conceito de discricionariedade técnica dependia de um igualmente antigo conceito do que se constituía técnica: se esta é uma mera questão de opinião ou de discussão, uma arte que pode ser exercida de diversos modos e de acordo com o critério subjetivo de quem, no caso, a desempenhe, é lógico afirmar que essa atividade não pode, em tal aspecto, ser controlada.

Por outro lado, *se uma técnica é científica e, portanto, por definição, certa, objetiva, universal, sujeita a regras uniformes que não dependem da apreciação*

¹¹¹ Trata-se da DRU que foi instituída e prorrogada por seis emendas ao texto do ADCT da CR/1988 e que será mais bem analisada no capítulo 4.

pessoal de um sujeito individualizado, é óbvio que não pode, neste aspecto, falar-se de completa “discricionariedade” (não submissão a normas) senão que corresponde, pelo contrário, falar de “regulação” (sujeição a normas, no caso, técnicas). [...]

De todo modo, não há em absoluto uma completa discricionariedade em matéria técnica; afirma ALESSI neste sentido que se a discricionariedade “é uma liberdade, mais ou menos limitada, de apreciação do interesse público no intuito de valorar a oportunidade da ação ou do conteúdo a dar à ação mesma [...] é errado falar de uma discricionariedade meramente técnica já que os dois termos discricionariedade e técnica são essencialmente inconciliáveis: [...] quando se trata de uma questão meramente técnica ela é resolvida exclusivamente com base em critérios técnicos e em regras técnicas e a Administração Pública não tem nenhuma faculdade de apartar-se de tais regras”; em sentido similar assinala DIEZ que “A discricionariedade não existe no aspecto técnico, que é preciso, senão no administrativo já que o agente tem certa liberdade de apreciação. Como é natural, os vícios sobre a operação técnica influem na legitimidade do ato administrativo”. (GORDILLO, 2003, p. X, 15-17,¹¹² grifos nossos)

¹¹² Tradução nossa de:

‘Es interesante destacar que en este punto se ha operado una importante evolución en el presente siglo. Antiguamente se decía que la administración tenía una ‘discrecionalidad técnica’, esto es, una atribución discrecional en materia técnica que tornaba irrevocables los actos que dictara en ejercicio de esas atribuciones.

Pero en realidad, este antiguo concepto de discrecionalidad técnica dependía de un igualmente antiguo concepto de lo que constituye una técnica: si ésta es una mera cuestión opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo al criterio subjetivo de quien en el caso lo desempeña, es lógico afirmar que esa actividad no puede en tal aspecto ser controlada.

En cambio, si una técnica es científica y por lo tanto, por definición, cierta, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no puede en este aspecto hablarse de completa ‘discrecionalidad’ (no sumisión a normas) sino que corresponde por el contrario hablar de ‘regulación’ (sujeción a normas, en el caso técnicas).

En suma, la actividad técnicamente errada es sólo por ello antijurídica, aunque no hubiera normas legales o reglamentarias que regularan dicha actividad.

Si bien podría afirmarse que no habiendo reglas normativas a que sujetarse, se trataría de una actividad ‘discrecional’, no empleamos ya esta terminología y consideramos que se trata de un caso de actividad reglada.

De todos modos, no hay en absoluto una completa discrecionalidad en materia técnica; afirma ALESSI en este sentido que si la discrecionalidad ‘es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción o del contenido a dar a la acción misma [...] es errado hablar de una discrecionalidad meramente técnica ya que los dos términos discrecionalidad y técnica son esencialmente inconciliables: [...] cuando se trata de una cuestión meramente técnica ella es resuelta exclusivamente en base a criterios técnicos y a reglas técnicas y la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de tales reglas’; en sentido similar señala DIEZ que ‘La discrecionalidad no existe en el aspecto técnico, que es preciso, sino en el administrativo ya que el agente tiene cierta libertad de apreciación. Como es natural, los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo’.

En cualquier caso, aparece otra novedad con la internacionalización del derecho y de la economía: inevitablemente también se internacionaliza la técnica.

Na esteira da crítica de Gordillo (2003) em relação a esse conceito já superado, Bucci defende que não há que se falar em discricionariedade técnica como fundamento para a impossibilidade de revisão judicial das políticas públicas:

Nesse sentido [de que o processo de elaboração da política serve de mecanismo de controle pela via da explicitação dos motivos], *a concepção da política pública esvaziaria ainda mais a noção de discricionariedade técnica*, cunhada por Bernatzik em 1864, sob a qual se aglutinavam as “decisões que, não sendo discricionárias, deveriam, contudo, ser, pela sua alta complexidade técnica (‘elevada complexidade das premissas factuais’), retiradas do controle jurisdicional, porque, como ele dizia, de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica”. Embora o conceito de discricionariedade técnica seja em si controvertido, até porque a idéia de discricionariedade há muito deixou de ser sinônimo de insusceptibilidade de controle jurisdicional, o seu núcleo permanece sendo um obstáculo à participação dos cidadãos na Administração e ao contraste pleno da atividade administrativa, na medida em que os instrumentos do direito não são aptos, por si sós, a sopesar as escolhas técnicas. (2002, p. 265-266, grifos nossos)

Por trás da seara de pretensões técnicas racionalmente indiscutíveis, escondem-se, por vezes, movimentos inconstitucionais. Nesse sentido, não se pode olvidar a questão de como, em contextos que se pretendem democráticos, pode acabar resultando em tirânica ou mesmo paternalista a assimilação do papel de uma classe sacerdotal que determina parte significativa dos rumos de uma comunidade, sem elucidar — para todos os interessados — os processos de decisão e as opções político-normativas segundo as quais tais rumos são definidos.

No caso do financiamento da política pública de saúde no Brasil, não há discricionariedade que legitime o manejo abusivo das competências tributárias para, logo adiante, desviar o produto da arrecadação para outros fins.

Dois exemplos — Fundo Social de Emergência (FSE) e Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) — elucidam o paradoxo vivenciado pelo financiamento do SUS em torno do citado círculo vicioso de reconcentração tributária por meio de contribuições sociais seguida da desvinculação de parte dessas receitas. Em ambos

Es así como algunas cuestiones técnicas quedan fuera de la apreciación tanto administrativa como jurisdiccional local, por ser no solamente de carácter suprallegal sino también supranacional”.

os casos abaixo analisados a destinação às ações e serviços públicos de saúde tem sido feita de forma eminentemente retórica e vazia, porquanto pretensamente imbuída da aludida “discricionariedade técnica” do Ministério da Fazenda.

O primeiro exemplo pode ser encontrado na instituição do Fundo Social de Emergência que foi o primeiro dos mecanismos que ampliaram a margem de aplicação discricionária das receitas vinculadas no Orçamento Geral da União e que restringiram o alcance dos deveres de gasto mínimo em determinadas políticas públicas.

O FSE teve início durante a fase de implementação do Plano Real, porquanto tenha sido instituído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994, que inseriu no ADCT os arts. 71 e 72, com a finalidade de promover tanto o “saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal”, quanto a “estabilização econômica” do país.

Formalmente, o Fundo Social de Emergência captaria recursos de fontes diversas¹¹³ para que, tal como prescrevera o *caput* do art. 71 do ADCT, tais receitas fossem aplicadas “no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social” (grifos nossos). Na prática, contudo, a desvinculação das receitas serviu para, senão equilibrar, ao menos atenuar o déficit das finanças públicas federais e para obter maior flexibilidade na elaboração e execução do orçamento.

Ora, não era necessário criar um mecanismo de desvinculação de receitas se o FSE tratasse, efetivamente, de destinar recursos às ações de saúde, previdência e assistência sociais, porque a seguridade social, com lastro no art. 195 da CR/1988, já justificava a instituição e cobrança de amplo rol de contribuições sociais. Aliás, a autonomia jurídica

¹¹³ Com duração limitada aos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o aludido fundo compreendia: toda a arrecadação do imposto de renda incidente na fonte sobre quaisquer pagamentos efetuados pela Administração direta, autárquica e fundacional da União; o acréscimo de arrecadação oriundo de modificações trazidas aos impostos sobre a propriedade territorial rural, sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre as operações financeiras (respectivamente ITR, IR e IOF), tal como dispuseram a Lei nº 8.894, de 21 de junho de 1994, e as Leis nºs 8.848 e 8.849, ambas de 28 de janeiro de 1994; o acréscimo de arrecadação oriundo da majoração de alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras (na forma do art. 22, §1º, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991), que, à época, chegou a 30% (trinta por cento), segundo dispôs a parte final do inc. III do art. 72 do ADCT; 20% (vinte por cento) do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, excetuadas as hipóteses anteriores; o fruto da arrecadação com a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) devida pelas instituições financeiras, mediante a aplicação da alíquota de 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) sobre a receita bruta operacional daquelas; e outras receitas previstas em lei específica.

dessa espécie tributária, por concepção, funda-se em sua destinação à seguridade social.

Não obstante as ações da seguridade social já terem receitas constitucionalmente vinculadas, o FSE conseguiu, com base no art. 72, IV, do ADCT, desvincular 20% (vinte por cento) das contribuições sociais, o que, na prática, significou redução no montante de recursos exclusivamente destinados para o custeio dos direitos que integram a seguridade.

Como já dito, o Fundo em questão se propunha, em essência, a ser mecanismo de estabilização fiscal, nome que mais tarde lhe seria conferido pela EC nº 10, de 04 de março de 1996, para superar as críticas oriundas da redução do volume de recursos aplicados em políticas públicas prestacionais, como saúde, educação, assistência e previdência. Mudada a denominação de “Fundo Social de Emergência” para “Fundo de Estabilização Fiscal”, foi esclarecida a real destinação dos recursos captados por meio, entre outras fontes, da desvinculação de receitas.

De outro lado, a trajetória da CPMF perfaz mais um importante exemplo (o segundo), que aqui merece ser retomado como expressão do paradoxal ciclo de se usar o nome da política pública de saúde para que se constituísse instrumento excepcional de financiamento que, mais adiante, seria desviado de sua finalidade estrutural de estabilizar o custeio do SUS.

Como se depreende da Tabela 2 abaixo, errática foi a evolução da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, quando analisada a sua trajetória, ao longo de cinco emendas constitucionais, de alterações de destinação e valor percentual e de meras prorrogações de sua validade temporal.

TABELA 2

Evolução normativa da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) à luz das Emendas Constitucionais nºs 12/1996, 21/1999, 31/2000, 37/2002 e 42/2003

(continua)

Evolução da CPMF na CR/1988	Fundamento normativo	Valor percentual	Destinação	Prazo de vigência
1. Origem: Emenda Constitucional nº 12, de 15 de agosto de 1996.	Art. 74 do ADCT.	Máximo de 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) por operação.	Na forma do §3º do art. 74 do ADCT, destinação integral ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), para financiamento das ações e serviços de saúde.	2 anos a contar de sua instituição pela Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996.
2. Primeira prorrogação e alteração: EC nº 21, de 18 de março de 1999.	Art. 75 do ADCT.	Alíquota fixa de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento) por operação, nos primeiros 12 (doze) meses da prorrogação, e de 0,30% (trinta centésimos) nos 24 (vinte e quatro) meses subsequentes.	(i) 0,20% para o FNS; e (ii) 0,18% nos primeiros 12 meses (e 0,10% nos últimos 24 meses) para a previdência social. Tal divisão se deu na forma do §2º do art. 75 do ADCT. ¹¹⁶	Prorrogação por 36 (trinta e seis) meses.
3. Segunda prorrogação, com alteração de destinação e majoração de alíquota: EC nº 31, de 14 de dezembro de 2000.	Arts. 79, 80 e 81 do ADCT.	Restabelecimento da alíquota de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento) por operação, por força do art. 80, I, do ADCT.	(i) 0,20% para o FNS; (ii) 0,10% para a previdência social; e (iii) 0,8% para o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FCEP) de que tratam os arts. 79 a 81 do ADCT.	Prorrogação de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002.

¹¹⁴ A seguir citado:

“§2º O resultado do aumento da arrecadação, decorrente da alteração da alíquota, nos exercícios financeiros de 1999, 2000 e 2001, será destinado ao custeio da previdência social.”

(conclusão)

Evolução da CPMF na CR/1988	Fundamento normativo	Valor percentual	Destinação	Prazo de vigência
4. Terceira prorrogação e alteração: EC nº 37, de 12 de junho de 2002.	Arts. 84 e 85 do ADCT.	Por força do §3º do art. 84 do ADCT, a alíquota da CPMF seria de: (i) 0,38% (trinta e oito centésimos por cento), nos exercícios financeiros de 2002 e 2003; e (ii) 0,8% (oito centésimos por cento), no exercício financeiro de 2004, quando passaria a ser integralmente destinada ao FCEP.	(i) 0,20% para o FNS nos anos de 2002 e 2003, deixando de existir em 2004; (ii) 0,10% para a previdência social nos anos de 2002 e 2003, deixando de existir em 2004; e (iii) 0,8% para o FCEP.	Prorrogação até 31 de dezembro de 2004.
5. Última prorrogação e alteração: EC nº 42, de 19 de dezembro de 2003.	Art. 90 do ADCT.	Restabelecida a alíquota de 0,38% (trinta e oito centésimos por cento), na forma do §2º do art. 90 e com a revogação do inc. II do §3º do art. 84, ambos do ADCT.	Mantida a destinação do §2º do art. 84 do ADCT, segundo a qual o produto da arrecadação da CPMF seria assim distribuído: (i) 0,20% para o FNS; (ii) 0,10% para a previdência social; e (iii) 0,8% para o FCEP.	Prorrogação até 31 de dezembro de 2007.

Fonte: Elaboração própria a partir dos dispositivos citados da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Originariamente e do ponto de vista do discurso empregado pelo Governo Federal para sua manutenção, a CPMF deveria servir de base integralmente para o Fundo Nacional de Saúde, assegurando recursos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Mas, com o passar do tempo e com as novas emendas que alteraram o seu regime jurídico, ela acabou se prestando também ao financiamento da previdência social e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, além de haver sido parcialmente desvinculada, durante sua vigência, por meio do mecanismo previsto no art. 76 do ADCT.

Nesse sentido, o que houve com a CPMF foi o mero uso retórico da política pública de saúde para permitir a aplicação discricionária de parte dos seus recursos e a reversão proporcional das vinculações do gasto mínimo federal, em desfavor do sistema intergovernamental de repartição de receitas.

Não pode, desse modo, ser considerada efetivamente republicana a trajetória da CPMF, cujo amparo constitucional foi desconstruído ao longo do tempo, sem que houvesse motivação apresentada diante de uma processualidade democrática que efetivamente lhe aferisse a condição de alterações “públicas”.

O redesenho tributário em pauta evidencia verdadeiro conflito entre finalidades públicas a que as receitas vinculadas e os gastos mínimos deveriam se destinar. Se se retomar aqui o sentido impresso às contribuições sociais no art. 149 da Constituição, perceber-se-á que não cabe ao legislador instituir contribuição para um fim e posteriormente lhe atribuir outra finalidade, mormente se essa opção ulterior se tratar de deliberação dissonante da competência impositiva conferida pelo Constituinte originário. Tampouco é possível admitir um patamar normativo de gasto mínimo que, na prática, opere como submínimo, por força da desvinculação...

Os paradoxos apontados acima quanto ao FSE e à CPMF bem evidenciam que o financiamento da política pública de saúde está envolvido em um verdadeiro impasse fiscal, contra o qual tem, por diversas vezes, se mobilizado a sociedade. Daí decorreu o esforço de aprovar e efetivar os comandos da Emenda Constitucional nº 29/2000, de que se passa a cuidar no tópico seguinte para encerrar a análise do arranjo constitucional do direito fundamental à saúde.

3.2.2.3 A Emenda Constitucional nº 29/2000

Embora tenha tentado promover uma revolução normativa no financiamento da política pública de saúde, a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, mostrou-se mais tímida que as Emendas Constitucionais nºs 14/1996, 53/2006 e 59/2009, que cuidaram do financiamento da política pública de educação.

Antes, contudo, de promover uma análise comparativa entre ambos os arranjos constitucionais que definiram sistemas de distribuição federativa dos custos de financiamento das políticas públicas de saúde e educação, impõe-se que seja dissecado o teor da EC nº 29/2000.

Logo de saída, vale registrar que as alterações empreendidas pela Emenda nº 29 não se restringem à seção que trata especificamente da

saúde dentro da Constituição.¹¹⁵ Isso porque o alcance institucional e financeiro das mudanças precisava ser “costurado”, por assim dizer, em outros trechos da Carta de 1988.

Por essa razão é que foram alterados os dispositivos relativos, de um lado, à intervenção federal nos estados e DF e, de outro, à intervenção estadual sobre os municípios (respectivamente, alínea “e” do inc. VII do art. 34, e inc. III do art. 35) para exigir o cumprimento ao dever de aplicação dos patamares de gasto mínimo em saúde que foram, nessa mesma ocasião, inscritos no art. 198, §2º, da CR/1988.

Além disso, com a alteração do parágrafo único do art. 160,¹¹⁶ a Emenda nº 29 previu a possibilidade de a União promover retenção ou restrição à entrega e ao emprego dos recursos repartidos constitucionalmente,¹¹⁷ caso os estados, o DF e os municípios descumpram os percentuais mínimos que cada qual deve aplicar nas ações e serviços públicos de saúde.

A respeito de tal retenção de recursos, interessante exemplo é o da Ação Cautelar nº 1915 proposta pelo estado do Rio de Janeiro perante o Supremo Tribunal Federal (STF) para questionar a atitude da União que o havia inscrito como inadimplente no Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias (CAUC), em decorrência do descumprimento pelo estado do percentual mínimo de aplicação de recursos públicos em saúde.

Segundo a Ministra Relatora Cármen Lúcia Antunes Rocha, em decisão¹¹⁸ proferida quanto ao pedido de liminar e já referendada¹¹⁹ pelo plenário do STF, a restrição de cadastro do estado do Rio de Janeiro para fins de celebração de convênios e recebimento de transferências voluntárias (a que se refere o CAUC) não pode se dar como forma de punição à pessoa jurídica que perderia coletiva e difusamente com a impossibilidade de receber novos recursos.

¹¹⁵ Seção II – Da saúde, inserta no Capítulo II – Da Seguridade Social, do Título VIII – Da Ordem Social, a que correspondem os arts. 196 a 200 da Constituição de 1988.

¹¹⁶ Segue o inteiro teor do art. 4º da EC nº 29/2000, que modificou o aludido dispositivo: “Art. 4º O parágrafo único do art. 160 passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art.160. [...]’

‘Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:’ (NR)

‘I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;’ (AC)

‘II - ao cumprimento do disposto no art. 198, §2º, incisos II e III.’ (AC)”.

¹¹⁷ Na forma dos arts. 157 a 159 da Constituição. A propósito, exemplo de recursos que podem ser retidos encontra-se nos que são repassados por meio dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios (FPE e FPM).

¹¹⁸ Decisão de 19.05.2009, publicada no *DJE*, n. 110, 15 jun. 2009.

¹¹⁹ Acórdão publicado em 1º.07.2010, ata nº 21/2010. *DJE*, n. 120, 30 jun. 2010.

Ideal, segundo o voto da ministra, seria que houvesse punição à pessoa do gestor que descumprir o dever de gasto mínimo em saúde e não ao ente da federação. A melhor punição seria a pessoal, já que a punição ao estado acabaria por punir todos os seus cidadãos, carentes do serviço de saúde financiado não só por recursos estaduais, mas também federais e municipais. A seguir, pode-se ler trecho da significativa decisão liminar da Ministra Cármen Lúcia que bem sintetiza a tensão acima analisada:

10. A matéria posta em debate é de extrema relevância, porque se tem, de um lado, a União a fiscalizar e exigir do Estado do Rio de Janeiro a aplicação do mínimo constitucional de 12% em saúde, nos termos do sistema constitucional vigente, e, de outro, o Estado do Rio de Janeiro a argumentar que os valores menores que 12% nos anos de 2006 e 2007 “*decorrem de um mesmo fato: a não-inclusão dos recursos destinados ao [Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef] na base de cálculo do investimento*” (fl. 114) e que a sua inclusão no Cauç estaria a lhe causar dificuldades, comprometendo a sua autonomia, também constitucionalmente assegurada. [...]

12. Se é certo que os Estados não podem deixar de aplicar o percentual mínimo de 12% em saúde, devendo-se penalizar o gestor que descumprir a lei, não é menos correto que, na espécie dos autos, o Estado do Rio de Janeiro não pode deixar de atender a serviços públicos essenciais, comprometendo a continuidade da execução desses, enquanto se discutem critérios metodológicos que culminaram na inscrição questionada ao argumento de inadimplência do item 302 no Cauç.

Conforme destacou o Ministro Marco Aurélio no julgamento da Ação Cautelar nº 259, o Estado “é dependente de repasses para viabilizar serviços essenciais concernentes a saúde, segurança e ordem pública. Há de buscar-se posição de equilíbrio, muito embora seja necessária a adoção de medidas para compelir a Administração Pública, da qual se espera postura exemplar, ao cumprimento das obrigações assumidas” (decisão monocrática, DJ 04.06.2004).

13. Pelo exposto, *reconsidero a decisão e defiro o pedido de extensão da medida liminar, apenas para determinar que a Ré se abstenha de proceder à inclusão do Estado do Rio de Janeiro como inadimplente por motivos relacionados ao item 302 do Cadastro Único de Convênio – Cauç, enquanto dotada de eficácia a presente liminar.* (grifos sublinhados nossos)

A crítica subjacente no citado voto da Ministra Cármen Lúcia aos efeitos do inc. II do parágrafo único do art. 160 mostra que é preciso alcançar um equilíbrio entre a punição de retenção/restricção de repasses e os seus efeitos sobre a própria política pública de saúde.

Tal perspectiva interpretativa aberta pelo STF na Ação Cautelar nº 1.915, porquanto esteve atenta à finalidade social da retenção, deu densidade maior à Emenda Constitucional nº 29/2000 que a estrita posição sancionadora da União, a qual poderia ter posto em risco a continuidade dos serviços públicos de saúde no estado do Rio de Janeiro.

Cumpre, neste momento, retomar o elenco¹²⁰ das alterações empreendidas pela EC nº 29/2000. Uma terceira modificação, nessa linha de raciocínio, foi a da redação do inc. IV, do art. 167,¹²¹ da Constituição, para excluir o gasto mínimo em saúde de que trata o art. 198, §2º da regra geral¹²² de vedação de vinculação da receita de impostos¹²³ a determinada despesa, órgão ou fundo.

No mérito, enfim, de sua finalidade normativa, a Emenda nº 29 fez inserir dois novos parágrafos (§§2º e 3º) ao art. 198, além de haver acrescentado ao ADCT o art. 77. Por serem de relevância indiscutível, seguem eles citados:

Art. 198. [...]

§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, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no §3º;

II - 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 arts. 157 e 159, inciso I, alínea “a”, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

¹²⁰ Uma curiosidade digna de nota é que a Emenda nº 29 acabou por cuidar também de tema estranho à política pública de saúde. O único dispositivo da aludida Emenda (o art. 3º) que se revelou uma exceção à finalidade de aperfeiçoar e integrar o financiamento do SUS foi a alteração do §1º do art. 156 da CR/1988, que dispôs sobre a progressividade do imposto sobre propriedade territorial urbana (IPTU).

¹²¹ Com a redação dada pela EC nº 29/2000, o inc. IV do art. 167 ficou assim definido: “[É vedada] a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, *ressalvadas* a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, *a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, §2º, e 212, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, §8º, bem como o disposto no §4º deste artigo*” (grifos nossos).

¹²² A bem da verdade, essa regra encerra um verdadeiro princípio do Direito Financeiro, qual seja, o da não afetação da receita dos tributos livres.

¹²³ Até porque a existência jurídico-constitucional dessa espécie de tributo é marcada, precisamente, por ela ter fato gerador livre de qualquer atividade estatal e não ter sua arrecadação destinada a qualquer fim específico.

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea “b” e §3º.

§3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o §2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I - no caso da União:

a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea “a”, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea “b” e §3º.

§1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, §3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

O conteúdo de tais dispositivos denota a fragilidade até então presenciada pelo financiamento estatal das ações e serviços públicos de saúde e direciona grande parte da sua concretização normativa para regulação posterior em lei complementar (na forma do §3º do art. 198 da CR/1988), o que, como se verá, contribuiu para manter o estado de vulnerabilidade fiscal¹²⁴ do SUS.

Na sequência, é de se destacar que é que o arranjo constitucional instituído pela EC nº 29 para o financiamento da saúde partiu de uma definição de patamares mínimos diferenciados, destacando uma regra especial para a União diversa da regra geral aplicável aos demais entes da federação.

Tal regime especial e anti-isonômico em favor da União foi prescrito no próprio seio da EC nº 29/2000, como se depreende do inciso I do §2º e do inciso IV do §3º do art. 198, acima citados e inseridos à CR/1988 por aquela Emenda.

Ora, assim predisposta, desde o seu nascedouro a criar tratamento diferenciado em favor da União, a Emenda nº 29/2000 apenas lhe deu vazão no bojo do art. 77 do ADCT com regras transitórias, mas já indicativas da fragilidade do pacto federativo no dever de custeio governamental adequado ao SUS.

À luz dos supracitados incisos do art. 77 do ADCT, a regra inicialmente transitória¹²⁵ para a União durante o lapso temporal compreendido entre a edição da EC nº 29/2000 até a vinda da Lei Complementar nº 141/2012 e, posteriormente, a regra positivada de forma definitiva, com a vigência da citada Lei, nos termos do seu art. 5º,¹²⁶ foi fixada apenas

¹²⁴ A esse respeito, ver texto para discussão de Castro *et al.* (2008), que analisou a situação de “vulnerabilidade fiscal” de todo o gasto social federal no período compreendido entre 1995 e 2005.

¹²⁵ A ausência da lei complementar reclamada pelo §3º do art. 198 da Constituição, a qual deveria ter sido editada até o final de 2004 para vigorar a partir de 2005, prolongou-se até 16.01.2012, quando, enfim, entrou em vigor a Lei Complementar nº 141. Fato é que, durante esses sete anos de omissão inconstitucional, e na forma do §4º do art. 77 do ADCT, foi aplicado o teor do citado art. 77.

¹²⁶ Muito embora tal dispositivo já tenha sido mencionado anteriormente neste livro, cabe aqui retomá-lo, até para que seja feito o confronto com a redação do art. 77 do ADCT, no sentido de se provar a simples manutenção do critério de cálculo aplicável à União.

Pois bem, nesses termos, segue transcrito o dispositivo da LC nº 141/2012: “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. §1º (VETADO).

§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 uma referência bruta corrigida pela variação nominal do Produto Interno Bruto e, para os estados, DF e municípios, seria um percentual (respectivamente, de 12%¹²⁷ e 15%¹²⁸) sobre a receita de impostos e transferências constitucionais.

Por outro lado, a vinculação de que tratava o art. 77 do ADCT e de que passou a tratar a LC nº 141, a partir de 2012, foi acompanhada da instituição de fundos de saúde,¹²⁹ como meio contábil necessário à garantia tanto da aplicação dos recursos no setor, quanto da objetiva individualização do gasto em saúde no âmbito do orçamento da seguridade social de cada ente da federação.

Fato é que 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 (Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998), que tornou exclusivas desse setor algumas das mais robustas contribuições sociais, em termos de arrecadação.

A instabilidade no financiamento da política pública de saúde trata-se de um problema antigo e ainda carente de solução constitucionalmente

§3º (VETADO).

§4º (VETADO).

§5º (VETADO)."

¹²⁷ Tal porcentual foi mantido na LC nº 141/2012 em seus artigos 6º e 8º (relativos, respectivamente, aos Estados-membros e ao Distrito Federal), cujo inteiro teor segue abaixo:

"Art. 6º 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.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 8º 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."

¹²⁸ O dever de gasto mínimo dos municípios permaneceu em 15% da receita de impostos e transferências, tal como fixado pelo art. 7º da LC nº 141/2012, nos termos em que se lê a seguir:

"Art. 7º 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. Parágrafo único. (VETADO)".

¹²⁹ Nesse mesmo sentido, dispõem os arts. 12 a 16 da LC nº 141/2012.

adequada, pois, como bem avaliam Piola *et al.* (2009, p. 148-149, grifos nossos):

A insuficiência de recursos e a irregularidade nos fluxos financeiros sempre estiveram presentes no sistema público de saúde brasileiro, até mesmo antes da criação do SUS. A implantação deste, no início da década dos anos 1990, ocorreu em meio à [sic] uma intensa crise econômica, com fortes reflexos sobre o padrão de financiamento do Estado. Ao longo de boa parte da década, incertezas sobre o volume de recursos disponíveis repercutiram sobre a política de saúde, inviabilizando investimentos indispensáveis e retardando o processo de descentralização. *O Orçamento da Seguridade Social, com fontes de financiamento previstas na CF/88, foi sendo minado por meio de emendas constitucionais que permitiram a desvinculação de receitas da União e a especialização da fonte que incide sobre a folha de salários para a Previdência Social, rompendo com o pacto solidário implícito em sua concepção original.*

A área da saúde teve progressiva perda de receita e foi financiada na primeira metade da década de 1990 por meio de medidas paliativas para recomposição parcial de seu orçamento, como empréstimos junto ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Em 1996, foi criada a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira que pretendia ser fonte adicional de recursos para o SUS e resultou em *fonte substitutiva*,¹³⁰ aumentando, bem menos que o inicialmente esperado, o volume de recursos para este sistema. Sua maior virtude foi a de conferir maior regularidade aos fluxos financeiros e permitir a retomada, nas bases estabelecidas pela NOB nº 1/1996, das transferências de recursos para estados e municípios e, assim, reativando o processo de descentralização. Apenas em 2000, com a aprovação da EC nº 29, que vinculou recursos das três esferas de governo à Saúde, o sistema começou a experimentar maior estabilidade no financiamento e acréscimo no volume, principalmente pelo aporte crescente de recursos das esferas subnacionais.

Os autores citados (PIOLA *et al.*, 2009) descrevem a trajetória instável do financiamento público da saúde até o advento da Emenda Constitucional nº 29/2000, como se essa tivesse conseguido sanar os vícios e superar os problemas de custeio do SUS. Mas a regulamentação —

¹³⁰ Esse é outro impasse fiscal que, por si só, mereceria um novo livro. Explicando-o apenas em linhas gerais, a manobra contábil da União promovida com o advento da CPMF foi encontrar uma fonte nova de recursos que tem destinação vinculada (salvo a incidência da DRU) e, paulatinamente, compensar o acréscimo oriundo da nova receita com a retirada ou simples redução de dotações custeadas pela fonte livre do Tesouro, que são os impostos. Eis a substituição a que se referiram Piola *et al.* (2009): entram novos recursos da CPMF, mas saem proporcionalmente os recursos dos impostos. Com isso, a base real de volume total de receitas disponíveis para o custeio do SUS permanece relativamente a mesma.

desde o nascedouro da EC nº 29/2000 — foi relegada a momento posterior, por meio de lei complementar, o que praticamente constrangeu a revolução pretendida, restringindo-a ao nível do discurso programático.

É como se a leitura do §2º do art. 198 fosse esvaziada da sua eficácia imediata e da sua força vinculante em razão do §3º que se lhe segue. Em termos estritamente jurídicos, a vinculação constitucional de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde juridicamente restou dependente do legislador infraconstitucional para produzir todos os seus efeitos normativos.

O principal dispositivo introduzido pela Emenda nº 29/2000 na Carta de 1988 só não se tornou norma de eficácia totalmente limitada — porquanto carente de legislação ulterior — porque houve a previsão de regra transitória.

Com o passar dos anos, o art. 77 do ADCT e a longa demora na edição da LC nº 141/2012, nesse sentido, revelaram-se como provas cabais da incapacidade¹³¹ da política pública de saúde de erguer o seu sistema constitucional de financiamento público de forma imperativa, integral e imediata, tal como ocorrera com a educação e com a previdência social.

Embora os fundamentos teóricos não sejam os mesmos, Piola *et al.* (2009, p. 151) chegaram à mesma conclusão acima aventada de que a instabilidade do arranjo constitucional de financiamento do SUS não foi resolvida¹³² com a EC nº 29, pois dependente de regulamentação infralegal:

As esperanças de preservar certa sustentabilidade ao financiamento do SUS e, até mesmo, aumentar seu volume de recursos, *estão concentradas na regulamentação da EC nº 29, mediante lei complementar*. Entre os pontos que demandam regulamentação estão o mecanismo de vinculação de recursos na esfera federal e a especificação do que pode ser considerado como *ações e serviços públicos de saúde* na comprovação do cumprimento do percentual de recursos vinculados à saúde. De um modo geral, as

¹³¹ Exemplo claro de tal incapacidade foi o longo período de sete anos de ausência da lei complementar reclamada para vigorar a partir de 2005, que perdurou até 16.01.2012, quando entrou em vigor a LC nº 141. Ou seja, foram sete anos de omissão legislativa que — bem ou mal — causaram profunda instabilidade em diversas frentes interpretativas e acarretaram a própria frustração da possibilidade de a União verter mais recursos ao financiamento do SUS, com a mera manutenção do seu critério de custeio, referido às despesas do ano anterior e apenas corrigidas pela variação nominal do PIB, independentemente de qualquer correlação ou proporção com o comportamento da receita federal, como se verá detidamente no próximo capítulo.

¹³² Embora tenha sido parcialmente mitigada, o que já é avanço que merece registro.

propostas de regulamentação da emenda que tramitam no Congresso Nacional buscam: (i) a *ampliação da participação federal no financiamento do SUS, mediante alguma forma de vinculação de recursos*; e (ii) a *eliminação da inadimplência*. Uma das alternativas em jogo, o aporte mínimo de 10% da receita corrente bruta da União como forma de participação desta no financiamento do SUS, representaria um acréscimo de recursos equivalente a cerca de 1% do PIB. Recorde-se que, ainda com esta proposta, considerada a mais atraente para a saúde, o gasto público não chegaria a 5% do PIB. A definição legal do que pode ser considerado como despesa com ações e serviços públicos de saúde também poderia reforçar o aporte de recursos. Apesar de todos os esforços, o volume de recursos alocados à saúde poderia ainda ficar aquém das necessidades, mas ao menos aproximaria o Brasil do padrão de outros países com sistemas de saúde de acesso universal.

O subfinanciamento restringe a capacidade de financiamento do sistema público, sua capacidade de oferta e organização de uma rede resolutiva. Isto resulta em ônus para as famílias, que precisam destinar parte importante do orçamento familiar a despesas com saúde.

O quadro desenhado pela Emenda Constitucional nº 29/2000, senão é de subfinanciamento tal como indicam Piola *et al.* (2009), aponta indícios de severa instabilidade.

A despeito de o exame orçamentário da aludida instabilidade fiscal ficar para o próximo capítulo, algumas bases conclusivas de comparação entre os arranjos constitucionais da saúde e da educação — em seus estritos fundamentos jurídicos — serão alvo da análise imediata do item a seguir.

3.3 Diferenças entre os arranjos normativos do direito à educação e do direito à saúde

Uma tese de constatação aparentemente óbvia, mas absolutamente crucial para o objeto deste estudo abre o presente tópico: há uma maior estabilidade de financiamento da política pública de educação do que o estágio alcançado para a área da saúde.

Diversos fatores sociais, políticos e econômicos poderiam ser arrolados para justificá-la, mas interessa, neste momento, dado o foco jurídico abordado no presente capítulo, considerar apenas as variáveis de ordem normativa.

Assim, cumpre, desde logo, apontar o fato de que a comparação entre os arranjos constitucionais não se restringe apenas à análise dos arts. 198, §3º, e 212, razão pela qual a discussão é sobre o sistema de financiamento em toda a sua matriz de regras e princípios inscritos na Constituição.

Nesse sentido, a conjuntura da edição da norma constitucional e de suas posteriores alterações se revela como critério que, embora pressuponha diversos fatores sociais, políticos e econômicos, dá indícios contextuais acerca das opções jurídico-legislativas na edição da norma constitucional.

O contexto em questão, além de ser pano de fundo interpretativo, soma-se à análise tópica das dimensões que perpassam os diferentes arranjos normativos das políticas públicas de educação e saúde. Metodologicamente, foram eleitas algumas dimensões que, juridicamente, tendem a apontar a maior ou menor consistência e força vinculante de cada qual dos arranjos.

Assim esclarecidos brevemente os pressupostos de comparação em que se embasa este estudo, seguem as dimensões e respectivas variáveis no corpo da Tabela 3 abaixo.

TABELA 3
Dimensões e variáveis de análise

(continua)

Dimensão	Nome sintético	Conteúdo	Variável(is) correspondente(s)
1. Eficácia e aplicabilidade da norma constitucional	Eficácia	Dimensão que questiona, embora se reconheça haver controvérsia sobre sua formulação conceitual, ¹³⁵ o grau de operacionalidade da norma por si mesma e, por conseguinte, a necessidade de complementação posterior, ou não, para fins de sua aplicação plena.	1.1. Necessidade de complemento legal; 1.2. Disponibilidade para produção de efeitos no tempo imediato ou não; e 1.3. Possibilidade de norma infraconstitucional posterior limitar o seu alcance e conteúdo.

¹³³ Em suma, três classificações divergem doutrinariamente sobre o assunto. São elas:

1. *Normas constitucionais operativas e programáticas*, sendo as primeiras dotadas “de eficácia imediata ou, pelo menos, de eficácia não dependente de condições institucionais ou de fato”, enquanto as normas programáticas definiriam “objetivos cuja concretização depende de providências situadas fora ou além do texto constitucional” (MENDES *et al.*, 2008, p. 28, grifos do original).

(continua)

Dimensão	Nome sintético	Conteúdo	Variável(is) correspondente(s)
2. Estabilidade temporal e institucional	Estabilidade	Dimensão que permite analisar a longevidade temporal do dispositivo em face da sua institucionalização constitucional.	2.1. Integração no texto permanente ou transitório da Constituição de 1988; e 2.2. Previsão da norma ao longo das diversas Constituições brasileiras.
3. Conteúdo e alcance material da vinculação constitucional de gasto mínimo	Conteúdo material	Dimensão que pretende testar se houve, no texto constitucional ou legal, definição material precisa do que é gasto mínimo e de quais ações e serviços nele se incluem, ou não.	3.1. Definição constitucional ou legal do gasto mínimo; e 3.2. Existência de rol de ações e serviços cobertos pela garantia do gasto mínimo.

2. *Normas constitucionais autoexecutáveis e não autoexecutáveis*, de modo que aquelas seriam “as disposições constitucionais bastantes em si, completas e suficientemente precisas na sua hipótese de incidência e na sua disposição, aquelas que ministram os meios pelos quais se possa exercer ou proteger o direito que conferem, ou cumprir o dever e desempenhar o encargo que elas impõem”, enquanto estas últimas seriam as “disposições constitucionais incompletas ou insuficientes, para cuja execução se faz indispensável a mediação do legislador, editando normas infraconstitucionais regulamentadoras” (MENDES *et al.*, 2008, p. 28, grifos do original).

3. *Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada*: as primeiras, como o próprio nome indica, são aquelas que produziram a plenitude dos seus efeitos, independentemente de complementação por norma infraconstitucional, razão pela qual teriam aplicação de maneira direta, imediata e integral. Já as normas constitucionais de eficácia contida seriam as que produzem a plenitude dos seus efeitos, mas que podem ter seu alcance restringido por norma posterior. Também têm aplicabilidade direta, imediata e integral, mas seu alcance pode vir a ser reduzido em razão da existência na própria norma de um fator de contenção do seu sentido. Por fim, as normas de eficácia limitada são incapazes de produzir todos os seus efeitos por si sós, uma vez que dependem de complementação integradora de norma infraconstitucional (lei integradora).

(conclusão)

Dimensão	Nome sintético	Conteúdo	Variável(is) correspondente(s)
4. Distribuição de competências e responsabilidades por cada ente da federação e entre eles	Repartição de competências	Dimensão interessada em apontar como foi processado o equilíbrio federativo quanto ao dever de financiamento mínimo das políticas públicas de educação e saúde.	4.1. Patamar de gasto mínimo por ente federativo; 4.2. Equivalência ou diferenciação de responsabilidades por capacidade de receita do ente; 4.3. (Des)Igualdade de regime dos patamares de gasto mínimo entre os três níveis; 4.4. Exigibilidade do papel integrador da União; 4.5. Necessidade de ulterior regulamentação de competências expedida pela própria União.
5. Progressividade do arranjo constitucional	Progressividade	Dimensão que cuida de observar, diante da leitura dos dispositivos constitucionais relativos a cada qual dos sistemas de financiamento de direitos fundamentais observados (saúde e educação), se o arranjo faz projeção de avanços fiscais e materiais para o futuro, com metas de ação diferidas no tempo.	5.1. Expansão da base quantitativa inicialmente conquistada de financiamento mínimo (mitigação da DRU, por exemplo); e 5.2. Inclusão de novos patamares qualitativos de ação governamental como garantia obrigatória da política pública.
6. Sanções pelo descumprimento	Sanções	Dimensão que visa apontar a força normativa do arranjo a partir das sanções decorrentes do inadimplemento parcial ou total do dever de aplicação dos mínimos constitucionais nas políticas públicas de educação e saúde.	6.1. Existência de sanções no texto constitucional; e 6.2. Espécies de sanções.

Fonte: Elaboração própria.

Uma vez descrito o rol de dimensões e variáveis que conduzirá o presente esforço comparativo entre os arranjos constitucionais de financiamento estatal dos direitos à educação e à saúde, passa-se à sua aplicação.

No que diz respeito à *eficácia* das normas, o arranjo constitucional da educação dispõe claramente, no art. 212, o que cada ente deve gastar, sem condicionar tais percentuais à edição de qualquer norma posterior. Por outro lado, para fins de operacionalização do cumprimento do art. 212, o art. 60 do ADCT foi alterado pelas Emendas Constitucionais nºs 14/1996 e 53/2006, para definir os percentuais destinados prioritariamente à educação fundamental e à educação básica, respectivamente.

As leis reclamadas pela Constituição no arranjo da política pública de educação devem cuidar de outros objetivos,¹³⁴ uma vez que o financiamento se tornou princípio sensível e seu regime jurídico já foi estruturalmente incorporado ao texto constitucional.

Diferentemente da força autoexecutória, plenamente eficaz e operativa do sistema constitucional de financiamento mínimo das ações

¹³⁴ Vide os exemplos do art. 206, incs. V, VI e VIII e parágrafo único:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, *na forma da lei*, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, *na forma da lei*; [...]

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, *nos termos de lei federal*.

Parágrafo único. *A lei disporá* sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (grifos nossos).

Além disso, vale o registro do art. 214 que trata do plano nacional da educação, o qual será definido em lei infraconstitucional, como ocorrido com a Lei nº 13.005/2014, até porque o planejamento da educação não poderia ser incorporado ao texto constitucional, sob pena de enrijecimento da função planejadora e de excessiva constitucionalização da ação governamental, o que acabaria por amesquinhar o próprio texto constitucional.

“Art. 214. *A lei estabelecerá* o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

- I - erradicação do analfabetismo;

- II - universalização do atendimento escolar;

- III - melhoria da qualidade do ensino;

- IV - formação para o trabalho;

- V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

- VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto”.

estatais de manutenção e desenvolvimento do ensino, a política pública de saúde claramente está condicionada e contida pela demanda de lei complementar regulamentadora. Revela-se aqui como necessária, uma vez mais, a citação do §3º do art. 198 da Constituição:

§3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o §2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

Em torno de tal regulamentação por meio de lei posterior gira o efetivo e pleno funcionamento do sistema de gastos mínimos definidos no art. 198, §2º, sendo meramente transitória, parcial e precária a norma definida no art. 77 do ADCT como complemento daquele dispositivo permanente. Eis a razão pela qual, com o advento da LC nº 141/2012, o comando transitório efetivamente deixou de reger a matéria, após 7 (sete) anos de vigência anômala, já que, a partir de 2005, configurou-se a mora legislativa para os fins do art. 198, §3º cominado com o §4º do já citado art. 77 do ADCT.

Nesse sentido, conclui-se ser o arranjo protetivo do financiamento mínimo das ações e serviços públicos de saúde dotado de normas apenas parcialmente autoexecutórias, na medida em que a sua *eficácia* e aplicabilidade plenas estão condicionadas pela necessidade de lei regulamentadora posterior.

Quanto à segunda dimensão ora observada, *estabilidade*, pode-se dizer que o financiamento da educação é norma já estabilizada não só no texto permanente da Constituição de 1988, mas que remonta um processo evolutivo iniciado desde a Constituição Republicana de 1934 e que perpassou as Constituições de 1946 e 1967/1969, até chegar à atual Carta Constitucional vigente.

O art. 212 da CR/1988, nesse sentido, é norma dada pelo Poder Constituinte Originário que, na verdade, mostrou-se não só como legado das Constituições anteriores, mas também como aquisição evolutiva e institucional da política pública de educação.

As ações governamentais de manutenção e desenvolvimento do ensino têm assegurado patamar mínimo de gasto público para sua

consecução material e formal (*vide* as figuras dos Fundef e Fundeb) e já apontam, historicamente, para uma rota ainda mais inclusiva.

A respeito da perspectiva de estabilidade temporal e institucional, bem como dos contextos históricos em que se deu a edição e as alterações do arranjo constitucional de financiamento da política pública de educação, deveras pertinente foi a análise do então Ministro da Educação Fernando Haddad, quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 59/2009.

Com a devida escusa ao leitor pela longa citação, faz-se o registro integral do artigo de opinião publicado em jornal de grande circulação nacional, por ser paradigmática a análise de Haddad (2009, p. A3), no sentido de que houve um verdadeiro redesenho progressista do arranjo constitucional da política pública de educação:

Educação e Constituição

Uma boa maneira de julgar a atuação de um governante numa área específica é avaliar as mudanças constitucionais avalizadas por sua base de sustentação, sem a qual é impossível aprovar uma emenda constitucional, com ou sem o apoio da oposição. O governo Lula aprovou, com o apoio da oposição, duas emendas constitucionais (nº 53 e nº 59) que alteraram significativamente oito dispositivos da maior relevância para a educação.

1. Obrigatoriedade do ensino dos quatro aos 17 anos. Nesse particular, nossa Constituição está entre as mais avançadas do mundo. Em editorial, esta Folha defendeu a seguinte tese: “Falta uma medida ousada, como estender a obrigatoriedade para todo o ensino básico, até a terceira série do nível médio”. Cinco meses depois, a emenda constitucional promulgada vai além, ao garantir a universalização da pré-escola, sem o que a obrigatoriedade do ensino médio se tornaria pouco factível.

2. Fim da DRU da educação. A Desvinculação de Receitas da União retirava do orçamento do MEC, desde 1995, cerca de R\$10 bilhões ao ano. Depois da tentativa frustrada de enterrá-la por ocasião da prorrogação da CPMF, em 2007, o Congresso finalmente pôs fim à DRU, valendo-se dos últimos três orçamentos de responsabilidade do governo Lula.

3. Investimento público em educação como proporção do PIB. O atual Plano Nacional de Educação (PNE 2001-2010) previra a “elevação, na década, por meio de esforço conjunto da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, do percentual de gastos públicos em relação ao PIB, aplicados em educação, para atingir o mínimo de 7%”. O dispositivo foi vetado, em 2001, com o seguinte argumento: “Estabelecer, nos termos propostos, uma vinculação entre despesas públicas e PIB, a vigorar durante exercícios subsequentes, contraria o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal”. A saída para o próximo PNE foi aprovar norma de hierarquia superior. Com a Emenda Constitucional nº 59,

torna-se obrigatório o “estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do PIB”.

4. Piso salarial nacional do magistério. O Pacto pela Educação, firmado em 1994 no Palácio do Planalto, previa a fixação de um piso salarial para todos os professores do país. Renegado, o compromisso, enfim, tornou-se realidade. Em 1º de janeiro de 2010, o piso deverá ser totalmente integralizado e observado por todos os Estados e municípios.

5. Fundeb. O Fundo da Educação Básica, que substituiu o Fundef, multiplicou por dez a complementação da União que visa equalizar o investimento por aluno no país, além de incluir as matrículas da educação infantil, do ensino médio e da educação de jovens e adultos, descon sideradas pelo fundo anterior, restrito ao ensino fundamental regular.

6. Repartição e abrangência do salário-educação.

Os recursos do salário-educação, mais do que duplicados, antes destinados apenas ao ensino fundamental, podem, agora, financiar toda a educação básica, da creche ao ensino médio, e sua repartição passou a ser feita entre Estados e municípios pela matrícula, diretamente aos entes federados.

7. Ensino fundamental de nove anos. As crianças das camadas pobres iniciam agora o ciclo de alfabetização na mesma idade que os filhos da classe média, aos seis anos, garantindo-se o direito de aprender a ler e escrever a todos.

8. Extensão dos programas complementares de livro didático, alimentação, transporte e saúde escolar, antes restritos ao ensino fundamental, para toda a educação básica, da creche ao ensino médio. Pode soar inacreditável, mas, até 2005, os alunos do ensino médio público não faziam jus a nada disso. Mesmo que fosse possível deixar de lado as reformas infraconstitucionais no nível da educação básica, profissional e superior enfeixadas no Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), a profundidade dessas mudanças estruturais já justificaria um governo. No tempo certo, as novas gerações se debruçarão, com o distanciamento devido, sobre um evento tão cheio de significado histórico quanto a presidência de Lula, suas semelhanças e colossais diferenças, e hão de notar o sentido progressista em que foi reescrito o capítulo consagrado à educação na nossa lei maior.

A partir de tal artigo e sedimentando a análise da dimensão sobre a *estabilidade* da norma, pode-se concluir também, no que se refere à observação da dimensão da *progressividade*, que houve significativas conquistas materiais e fiscais para a política pública de educação.

Dito de outro modo, o arranjo constitucional de financiamento público da educação não só se estabilizou institucional e temporalmente, como isso permitiu que o setor passasse a incorporar de forma sistemática (por meio das Emendas Constitucionais nºs 14/1996, 53/2006

e 59/2009) uma rota consistente de progressividade na consecução da sua política pública.

De outro lado, quando se cruzam essas mesmas dimensões (*estabilidade* e *progressividade*) na análise do arranjo constitucional relativo ao financiamento mínimo das ações e serviços públicos de saúde, percebe-se, contudo, que há uma situação de instabilidade financeira e relativa estagnação institucional do SUS, bem como do seu estágio evolutivo.

Como já visto, é inovação da Carta de 1988 a estatura institucional da saúde como direito fundamental de acesso universal e igualitário, a que corresponde um dever estatal de prestação mediante um sistema único financiado pelo Orçamento da Seguridade Social.

Tal inovação rompe com uma larga trajetória¹³⁵ de conferir direitos sociais, quer em uma linha puramente assistencialista, quer em uma relação contratual e contributiva de seguro social (FLEURY, 2003).

Nesse sentido, a *estabilidade* temporal e institucional do arranjo constitucional do direito à saúde ressentem-se, em alguma medida, da necessidade de sedimentar as profundas reformas instauradas nessa política pública pelo Constituinte de 1988.

No texto permanente originário da Constituição, nenhuma disposição havia sido prevista para garantir a materialidade financeira das mudanças¹³⁶ havidas em relação ao marco anterior, exceto a proporcionalidade primária do art. 55 do ADCT,¹³⁷ sendo que o financiamento do SUS

¹³⁵ Segundo Piola *et al.* (2009, p. 102-103), “antes da criação do SUS, o sistema de saúde brasileiro poderia ser caracterizado como excludente, segmentado, com forte hegemonia privada na oferta e ênfase nas ações de recuperação da saúde. O sistema público era altamente centralizado no nível federal e caracterizava-se por marcadas segmentações institucional e de clientela, visto que o Ministério da Saúde (MS) e o então Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) tinham funções diferentes e atendiam a públicos distintos. A assistência médico-hospitalar aos trabalhadores vinculados ao mercado formal de trabalho ficava a cargo do MPAS e era financiada pelo sistema de Seguridade Social, para o qual contribuíam empregados, empregadores e o governo federal. Ao MS, às Secretarias Estaduais de Saúde (SES) e às Secretarias Municipais de Saúde (SMS) cabiam, basicamente, as ações típicas da saúde pública, tais como: o controle de doenças transmissíveis e as vigilâncias sanitária e epidemiológica. Parcela reduzida da população, que dispunha de recursos financeiros, pagava pelo serviço de saúde diretamente ao prestador do setor privado lucrativo, em consultórios, clínicas, laboratórios e hospitais particulares. A população mais pobre e não vinculada a algum sistema de asseguramento dependia dos restritos serviços assistenciais (gratuitos) do MS, dos estados, dos municípios e das entidades filantrópicas; particularmente estas últimas que eram detentoras, até a década de 1970, de mais da metade dos leitos hospitalares existentes no país, e que gozavam de imunidade tributária para o cumprimento de sua função”.

¹³⁶ Notadamente o acesso universal e igualitário e o Sistema Único de Saúde.

¹³⁷ Embora já citado, mas vale a pena retomá-lo pelo seu teor paradigmático e pela regressividade historicamente havida no financiamento da saúde pública desde o marco temporal ali fixado, ou seja, 1989: “Art. 55. Até que seja aprovada a Lei de Diretrizes Orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde”.

só se tornou motivo de norma constitucional específica com a Emenda Constitucional nº 29/2000.

Em relação à dimensão da *estabilidade*, portanto, pode-se inferir que a Constituição de 1988 construiu, para o direito à saúde, um arranjo novo em relação aos marcos constitucionais anteriores. Obviamente, a institucionalidade do SUS, por estar ainda em construção no meio social e jurídico, não é tão estável quanto a da educação, já sedimentada ao longo de décadas e diferentes textos constitucionais.

A política pública de saúde emergiu forte e ampliada do processo constituinte, tendo se desdobrado na Carta de 1988 em diversos dispositivos como verdadeira conquista dos movimentos sociais, notadamente o movimento sanitarista.¹³⁸

Quando comparada à política pública de educação, a institucionalidade normativa do direito à saúde parece ainda menina, quase adolescente. Mas, quando comparada às suas próprias origens, a política pública de saúde, em seu arranjo constitucional dado pela CR/1988, revela-se como produto maturado — embora inconcluso, como bem lembra Fleury (2003) — de um longo e construtivo processo de transformação social, com fundas raízes democratizantes.

É inconclusa a maturação da área da saúde, até porque, no que toca à conjuntura social e política, a inserção de dispositivos constitucionais relativos ao financiamento do direito à saúde não se deu em contexto histórico favorável¹³⁹ à sua densificação jurídico-normativa.

¹³⁸ De acordo com Piola *et al.* (2009, p. 107, grifos nossos), “O movimento sanitarista propunha a democratização das relações entre a sociedade e o sistema de saúde, como posição política aglutinadora. Pode-se afirmar, resumidamente, que o movimento sanitarista defendia quatro pontos doutrinários centrais que foram decisivos para a formulação dos artigos referentes à saúde na nova constituição: (i) concepção de saúde como direito universal de cidadania; (ii) a compreensão da determinação da saúde e doença pelas relações econômicas e sociais prevalentes; (iii) a responsabilidade do Estado na garantia do direito e a necessidade de criar um sistema público unificado de saúde e de livre acesso a toda a população, superando a antiga dicotomia organizacional e de usuários que advinha da existência separada dos serviços de saúde pública e do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS); e (iv) a participação e o controle direto, isto é, o controle social deste sistema unificado por representantes da população e das entidades civis da sociedade”.

¹³⁹ Fleury (2003, p. 102-103), a esse respeito, leciona que “A legislação ordinária promulgada nos anos 90 visa a concretizar o processo de descentralização e co-gestão das políticas sociais, em um contexto altamente desfavorável, com a prioridade governamental orientada para a estabilização da moeda, a redução do tamanho do estado e do gasto público e o fechamento das contas externas.

Neste contexto observa-se, por um lado, que o governo tende a ver o investimento social como gasto a ser reduzido e, por outro lado, que a preponderância dos valores da sociedade de consumo — o individualismo e a competição — diminuem a importância dos valores solidários e das estratégias de cooperação, base dos pactos societários que deram origem e sustentação às políticas de proteção social.

A hegemonia do pensamento liberal impõe uma nova agenda de reformas, em oposição

Não sendo constante do texto originário da Constituição, o arranjo protetivo do financiamento estatal do SUS foi constrangido juridicamente pelo seu advento em um momento de planos econômicos sucessivos e ajustes fiscais contracionistas, derivados da perda do fenômeno multiplicador de receitas que a inflação gerava.

A Emenda Constitucional nº 29/2000 foi promulgada no mesmo ano em que foi editada a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000) e um ano após a crise da maxi-desvalorização cambial da moeda brasileira em face do dólar. Segundo Mendes (2009, p. 78-79),

A partir da estabilização da inflação, em 1994, o financiamento do desequilíbrio fiscal se fez mediante a expansão da dívida pública. Porém, no início de 1999, com a dívida líquida do setor público atingindo 47% e em trajetória de expansão, e com diversas crises internacionais colocando em xeque o regime de câmbio fixo que permitia manter estável a inflação; tornou-se inevitável um ajuste nas contas fiscais do País. [...] A forma disponível para se obter equilíbrio fiscal em um regime de despesa rígida e crescente foi, por um lado, o já analisado contingenciamento de despesas, com forma de frear o ritmo de crescimento do gasto. Por outro lado, buscou-se a expansão da receita fiscal.

Em face da crise econômica premente em 1999 e 2000, soou como circunstancialmente justificável a falta de disposição direta no texto permanente da Constituição dos patamares mínimos de gasto público em saúde, na forma do §2º do art. 198, introduzido pela EC nº 29/2000.

Problema é que essa solução de remeter para a lei complementar a cobertura dos temas controvertidos se revelou como mera postergação indefinida, bem aos moldes dos compromissos dilatatórios e meramente retóricos da “constitucionalização simbólica” a que se refere Neves (2007), como que apenas adiando — *sine die* — conflitos distributivos crônicos entre o custeio dos direitos sociais e a estabilização da moeda.¹⁴⁰

ao padrão constitucional brasileiro, propugnando a intervenção mínima do estado em políticas focalizadas em relação aos grupos mais vulneráveis, com a prestação de serviços sendo atribuída prioritariamente ao setor privado, lucrativo ou não, buscando aumentar os recursos financeiros com a cobrança aos usuários, com a alocação de recursos através da demanda e não da oferta, garantindo assim suposta livre escolha dos consumidores e a competição entre os prestadores de serviços. A política social passa a ser manejada por meio de projetos, com a perda de sua organicidade”.

¹⁴⁰ Tal debate, por sinal, foi o núcleo do debate promovido no livro: PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real.*

Tal solução, à época da EC nº 29/2000, fora proposta e acatada no inciso I do §2º e no §3º, ambos os dispositivos do art. 198 da Constituição, para processar a tensão entre o financiamento estável da política pública de saúde e o equilíbrio fiscal.

Passados doze anos da promulgação dessa Emenda e sete anos depois de esgotada a fórmula transitória do art. 77 do ADCT, foi promulgada a Lei Complementar nº 141/2012 para cuidar do financiamento estatal das ações e serviços públicos de saúde, muito embora a solução ali aviada não tenha sido propriamente favorável ao equilíbrio federativo e à progressividade de custeio do SUS.

A manutenção do modelo de custeio do SUS com tratamento diferenciado à União, franqueando-lhe cota de participação proporcionalmente regressiva (vez que o art. 5º da LC nº 141/2012 simplesmente repetiu o *modus operandi* estatuído no art. 77 do ADCT), é, de certo modo, consequência da técnica legislativa adotada na circunstância histórico-política da edição da Emenda nº 29/2000.

Com isso, resta reforçada, uma vez mais, a conclusão primariamente construída há pouco de que a estrutura constitucional de financiamento mínimo da política pública de saúde é menos estável temporal e institucionalmente que a estrutura da política pública de educação.

Isso ocorre, entre outras coisas, porque não houve uma equilibrada correlação de forças políticas capaz de assegurar uma distribuição clara dos custos federativos no financiamento do SUS. Tampouco foi favorável a circunstância histórica de emergência da norma peculiar instituidora desse financiamento (em pleno refluxo da crise cambial de 1999). Daí decorreu um arranjo mais programático que operativo e, por isso mesmo, mais suscetível à instabilidade da necessidade de ulterior norma regulamentadora e às vicissitudes em sua alteração mais facilitada que a alteração de norma constitucional.

Não é sem razão que não tenha havido avanços materiais e fiscais para a política pública de saúde, porque a agenda reformista que seria capaz de demandar novos progressos para o setor está travada, pragmaticamente interdita com o tema primário da insuficiente regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000.

Enquanto não se resolver o impasse fiscal criado pela própria Emenda nº 29, a política pública de saúde verá os avanços conquistados pela política pública de educação com um justificável ar de paralisia, uma vez que dificilmente conseguirá se mobilizar constitucionalmente para alcançar seus equivalentes normativos para as ações e serviços públicos de saúde.

Dois exemplos da política pública de educação demonstram claramente a diferença de perspectiva na aquisição de novos patamares aquisitivos em cada qual das políticas públicas mencionadas, a saber, a mitigação da DRU e o ensino obrigatório dos 4 aos 17 anos de idade.

Com a progressiva extinção¹⁴¹ da desvinculação de receitas da União para as ações federais de manutenção e desenvolvimento do ensino, indiscutivelmente o arranjo constitucional protetivo da política pública de educação se beneficiará com a expansão da sua base quantitativa inicialmente conquistada de financiamento estatal. O mesmo não se sucede com a saúde, já que não se discute outro tema no setor além da insuficiente regulamentação da Emenda nº 29/2000, na forma do §3º do art. 198, razão pela qual a pauta dos movimentos de defesa da saúde tem sido a revisão da LC nº 141/2012 para instituir patamar de gasto federal nas ações e serviços públicos de saúde atrelados a percentual da sua receita corrente bruta.

Já a extensão da educação básica, de oferta obrigatória pelo estado, dos 4 aos 17 anos de idade dá a tônica de uma progressiva rota de universalização da política pública de educação, coerente com a busca de maiores e mais sofisticados padrões de qualidade.

Na saúde, contudo, a tematização normativa em prol da inclusão de novos patamares qualitativos de ação governamental (como garantia obrigatória da política pública em si) tem resvalado majoritariamente para discussões judiciais, em vez de retroalimentar sistemicamente seu processo de planejamento político-legislativo.

Embora não seja o foco deste estudo, vale registrar que a “judicialização” da saúde, como tem sido mais comumente chamada, trata-se de fenômeno, em alguma medida, vinculado à instabilidade de financiamento do SUS. De acordo com Piola *et al.* (2009, p. 152), a política pública de saúde tem passado por questionamentos da sua garantia de atendimento, sendo a judicialização apenas a sua “face mais nova”.¹⁴²

¹⁴¹ Vide o §3º do art. 76 do ADCT, acrescido pela EC nº 59/2009.

¹⁴² Segundo os citados autores (2009, p. 152), “Se não há dúvidas quanto aos avanços obtidos com a implantação do SUS, também não se pode negar que este enfrenta dificuldades para garantir a integralidade do atendimento e o acesso oportuno da população a determinados tipos de atendimentos, particularmente a consultas especializadas e exames. [...] a discussão sobre a garantia de atendimento enfocará uma questão que vem ganhando muito destaque na mídia e nos debates entre os atores da área de saúde e o judiciário: as ações judiciais na área de saúde. Estas, em parte, têm relação com a persistência dos problemas ainda enfrentados pelo SUS na busca do cumprimento dos preceitos constitucionais. Em particular, a busca do cumprimento do preceito de atendimento integral tem feito que muitos usuários do SUS, amparados pelo art.196 da Constituição, que prevê a saúde como direito de todos e dever do Estado, venham recorrendo ao Poder Judiciário para que lhes seja garantido o acesso a determinados medicamentos ou procedimentos”.

A face judicial do problema da garantia de atendimento do SUS suscita debates entrincheirados em duas linhas de sentido,¹⁴³ a saber: (i) a que entende como meio necessário de controle da inércia dos órgãos administrativos e legislativos, quando causadora de lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais e, por outro lado, (ii) a que defende tratar-se de perigosa ingerência que redefine as próprias prioridades alocativas da política pública de saúde.

Segundo Torres (2010, p. 338), essa dicotomia na “judicialização das políticas orçamentárias pode conduzir à salvação ou à perdição dos direitos humanos”. De acordo com o autor em comentário (2010, p. 339), tal risco tende a se concretizar diante da hipótese de o controle judicial se deixar cooptar pelas “elites” e se distanciar “do controle das omissões administrativas e legislativas no desenho das políticas públicas, passando a distribuir casuisticamente bens públicos em favor de quem tem cultura e agilidade para requerer aos órgãos judiciários”.

Como dito, não se propõe este estudo a dissecar tais questionamentos, os quais, por si só, merecem longa e densa abordagem analítica. A breve tematização episódica desse conflito teve por finalidade apenas demonstrar alguns indícios de instabilidade fiscal e material por que tem passado a política pública de saúde.

Testadas, assim, as dimensões da *eficácia*, da *estabilidade* e da *progressividade*, passa-se, enfim, ao estudo comparativo das dimensões relativas ao *conteúdo material*, à *repartição de competências* e às *sanções* envolvidas com cada qual dos arranjos observados.

¹⁴³ Piola *et al.* (2009, p. 153, grifos nossos), a respeito da divergência interpretativa sobre os efeitos da judicialização da saúde, sedimentam que: “Esse processo tem gerado um intenso debate tanto a respeito do alcance da integralidade do atendimento quanto a do significado da judicialização, culminando em, pelo menos, duas visões distintas em relação a esta última questão. Alguns argumentam que a *judicialização é uma forma de garantia de acesso e direito à saúde*. No caso dos medicamentos usados no tratamento do HIV/Aids, por exemplo, a garantia de acesso ao tratamento antirretroviral iniciou-se pela pressão de um grupo pequeno, que, por meio da via judicial, requereu o direito ao tratamento integral. Esta pressão foi importante para que o governo viesse a transformar em lei a garantia de atendimento e implantar uma política pública de acesso ao tratamento integral aos portadores do vírus. Em tal perspectiva, o sistema estaria falhando ao não garantir o acesso e direito de atendimento integral à população, e o Judiciário estaria corrigindo estas falhas assegurando os direitos constitucionais.

Essa é a visão majoritária no Judiciário. Fundamentam sua decisão nos preceitos constitucionais, recorrendo frequentemente ao art. 196, mas também citam a Lei nº 8.080/1990. Argumentam, com base nas legislações, em favor do direito do cidadão a receber do Estado todas as ações e os serviços de saúde de que necessitam, incluindo o acesso a medicamentos. Outra visão, fortemente defendida pelos gestores públicos, mas que não discute o cerne da questão é a de que o *crescente acesso a medicamentos e outros bens e serviços de saúde pela via judicial gera distorções na alocação de recursos e gestão da política pública*. Isto ocorreria pelo fato de o *Judiciário desconhecer a política de saúde e não reconhecer que os recursos são escassos*. Além disso, o *gestor teria que deixar de aplicar um recurso programado na política para satisfazer às necessidades de alguns poucos indivíduos, em ações não programadas*”.

A dimensão relativa ao *conteúdo* e ao alcance material da vinculação constitucional de gasto mínimo busca avaliar se houve, no texto da Constituição de 1988 ou de lei, definição material exaustiva do que é gasto mínimo e de quais ações e serviços nele se incluem ou não.

Em relação à política pública de educação, os patamares de gasto mínimo na manutenção e desenvolvimento do ensino definidos no art. 212 devem ser lidos à luz do art. 208, ambos da Constituição. É neste último artigo que se encontram primariamente formulados os níveis materiais de garantia do que significa dever estatal de manutenção e desenvolvimento do ensino público. Do mesmo modo, revela-se objetiva a descrição constitucional das competências de cada ente no art. 211, que promove a distribuição entre eles dos níveis materiais do art. 208, na forma dos patamares de gasto mínimo do art. 212.

O arranjo constitucional inscrito no texto permanente da Carta de 1988, nesse sentido, molda a política pública de educação de forma sistêmica e integrada. Por essa razão, o art. 60 do ADCT não é substitutivo, tampouco remédio paliativo para a falta de densidade do texto permanente. O art. 60 do ADCT tem natureza complementar ao art. 212 da Constituição, porque ele apenas dá diretrizes transitórias sobre a prioridade na educação básica para fins de cumprimento das metas de universalização e erradicação do analfabetismo, inscritas nos incs. I e II do art. 214 da CR/1988.

Quanto ao elenco do que pode ser considerado e do que não é admitido como ações e serviços públicos referidos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, cumpre retomar os arts. 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que, em matéria de fixação de limites, bem pontuaram o *conteúdo material* do gasto mínimo em educação.

Diferentemente disso, a política pública de saúde não encontra no texto permanente da Constituição o conteúdo dos percentuais de gasto mínimo, tampouco o alcance material da vinculação do que é gasto mínimo nas ações e serviços públicos em saúde.

Em vez de indicar diretamente quais patamares e/ou percentuais deveriam ser aplicados como referência de vinculação orçamentária de gasto mínimo, o §2º do art. 198 da Constituição estabeleceu apenas o dever genérico de tal gasto mínimo. A bem da verdade, no citado dispositivo, foram apontadas apenas as bases de cálculo relativas aos estados, DF e municípios sobre as quais deveriam incidir os programáticos percentuais. Não houve indicação de qualquer critério objetivo para a União, nem de percentuais vinculantes para os demais entes. Tudo isso ficou relegado a tratamento posterior em lei complementar, na forma do §3º do art. 198 da Constituição.

Desse modo, o art. 77 do ADCT, durante o período de 2000 até 16.01.2012, passou a ter conteúdo satisfatório e determinante do comando do art. 198, §2º, pois, enquanto subsistiu a falta da lei complementar mencionada pelo §3º do citado dispositivo, aplicou-se a regra transitória que, por seu turno, nada esclarece sobre o que se pode considerar efetivamente gasto em ações e serviços públicos de saúde.

Com a entrada em vigor da LC nº 141/2012, a fixação do conteúdo das despesas que podem ou não ser reputadas como ações e serviços públicos de saúde, para fins de cumprimento do art. 198 da CR/1988, foi feita pelos arts. 3º e 4º daquela Lei, abaixo colacionados:

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

- I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;
- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:

I - pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;

II - pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;

III - assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;

IV - merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;

V - saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;

VI - limpeza urbana e remoção de resíduos;

VII - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;

VIII - ações de assistência social;

IX - obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e

X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

Vale lembrar, contudo, que, enquanto houve a lacuna da falta da LC nº 141/2012 e de parâmetros interpretativos para a aplicação do art. 77 do ADCT, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) chamou para si a tarefa de definir, minimamente, algumas “diretrizes” acerca da aplicação da Emenda Constitucional nº 29/2000. Para tanto, o aludido Conselho valeu-se das competências definidas na Lei Orgânica do SUS e na Lei nº 8.142/1990, por mais que não pudesse se fazer substituir ao legislador. Foi com base nessa fundamentação jurídica que o CNS editou a Resolução nº 322, de 08 de maio de 2003.

Por não ter força de lei, a aludida resolução do CNS não poderia pretender alcançar uma indiscutível força vinculante em todo o território nacional. Desse modo, as diretrizes da Resolução CNS nº 322/2003 não passaram de balizas interpretativas e, para um considerável contingente de entes da Federação, elas seriam meramente opinativas.

Eis o cenário em que foi editada a Resolução CNS nº 322/2003, que pode ser mais bem compreendido à luz do rol de “considerandos” que a motivaram:

O Plenário do Conselho Nacional de Saúde, em sua Centésima Trigésima Reunião Ordinária, realizada nos dias 07 e 08 de maio de 2003, no uso de suas competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 e conforme estabelecido no artigo 77, §3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT,

Considerando:

- que o mesmo referendou a aprovação da Resolução nº 316, aprovada pelo Plenário do CNS em sua 118ª Reunião Ordinária, realizada nos dias 03 e 04 de abril de 2002, passando a mesma constituir-se na Resolução nº 322, de 08 de maio de 2003;

- a promulgação da Emenda Constitucional nº 29, em 13 de setembro de 2000, vinculando os recursos orçamentários da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a serem aplicados obrigatoriamente em ações e serviços públicos de saúde;

- serem os dispositivos da Emenda Constitucional nº 29 autoaplicáveis;

- a necessidade de esclarecimento conceitual e operacional do texto constitucional, de modo a lhe garantir eficácia e viabilizar sua perfeita aplicação pelos agentes públicos até a aprovação da Lei Complementar a que se refere o §3º do artigo 198 da Constituição Federal;

- a necessidade de haver ampla discussão pública para a elaboração da Lei Complementar prevista no §3º do artigo 198 da Constituição Federal, de forma a disciplinar os dispositivos da Emenda Constitucional nº 29;

- os esforços envidados pelos gestores do SUS, com a realização de amplas discussões e debates sobre a implementação da Emenda Constitucional nº 29, com o intuito de promover a aplicação uniforme e harmônica dos ditames constitucionais;

- as discussões realizadas pelo grupo técnico formado por representantes do Ministério da Saúde, do Ministério Público Federal, do Conselho Nacional de Saúde – CNS, do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde – CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS, da Comissão de Seguridade Social da Câmara dos Deputados, da Comissão de Assuntos Sociais do Senado e da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas – ATRICON, resultando na elaboração do documento “Parâmetros Consensuais Sobre a Implementação e Regulamentação da Emenda Constitucional 29”; e

- os subsídios colhidos nos seminários sobre a “Operacionalização da Emenda Constitucional 29”, realizados em setembro e dezembro de 2001, com a participação de representantes dos Tribunais de Contas dos Estados, dos Municípios e da União, do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS.

RESOLVE:

I - Aprovar as seguintes diretrizes acerca da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000: [...]. (grifos do original)

Como visto, o Conselho Nacional de Saúde pretendeu atribuir à sua Resolução nº 322/2003 a força de mero “esclarecimento conceitual e operacional” dos dispositivos da EC nº 29/2000. Não fosse assim, a citada resolução seria fatalmente impugnada como inconstitucional e ilegal, por desrespeitar os princípios da separação de poderes e da legalidade.

Ao considerar os dispositivos da Emenda nº 29/2000 como já prontamente “autoaplicáveis”, a Resolução nº 322/2003 tentou minimizar — durante o período de 2003 a 2012 — os efeitos da falta de regulamentação do §3º do art. 198 da Constituição. Por essa razão, o CNS considerou ser da sua competência legal “garantir a eficácia [da EC nº 29] e viabilizar sua perfeita aplicação pelos agentes públicos *até a aprovação da Lei Complementar* a que se refere o §3º do artigo 198 da Constituição Federal” (grifos nossos).

Enquanto ainda não havia sido editada a lei regulamentadora da Emenda nº 29, o CNS avocara para si a competência de definir o alcance interpretativo dos arts. 198 da Constituição e do art. 77 do ADCT, em clara tentativa de contenção dos abusos. Mas foi o próprio Conselho quem reconheceu, nesse mesmo aspecto, a “necessidade de haver ampla discussão pública para a elaboração da Lei Complementar prevista no §3º do artigo 198 da Constituição Federal, de forma a disciplinar os dispositivos da Emenda Constitucional nº 29”.

Fato é que, com a Resolução CNS nº 322/2003, restou instalada uma considerável controvérsia jurídica tanto sobre a competência do aludido Conselho para fixar tais “diretrizes” interpretativas, quanto sobre a força vinculante ou opinativa destas.

Sem enfrentar diretamente tais controvérsias e indo diretamente ao mérito da resolução, percebe-se que as suas quinta¹⁴⁴ e sexta¹⁴⁵ diretrizes

¹⁴⁴ Cujo inteiro teor é o seguinte: “**Quinta Diretriz:** Para efeito da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, consideram-se despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas com pessoal ativo e outras despesas de custeio e de capital, financiadas pelas três esferas de governo, conforme o disposto nos artigos 196 e 198, §2º, da Constituição Federal e na Lei nº 8.080/90, relacionadas a programas finalísticos e de apoio, inclusive administrativos, que atendam, simultaneamente, aos seguintes critérios:

I - sejam destinadas às *ações e serviços de acesso universal, igualitário e gratuito*;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente federativo;

III - sejam de responsabilidade específica do setor de saúde, *não se confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que com reflexos sobre as condições de saúde.*

Parágrafo único. Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços de saúde, realizadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios deverão ser financiadas com recursos alocados por meio dos respectivos Fundos de Saúde, nos termos do art. 77, §3º do ADCT” (grifos nossos).

¹⁴⁵ A seguir citada na íntegra: “**Sexta Diretriz:** Atendido ao disposto na Lei nº 8.080/90, aos critérios da Quinta Diretriz e para efeito da aplicação da EC nº 29, consideram-se despesas

definiram exaustivamente o que poderia ser considerado — durante o lapso compreendido entre 2003 a 2012 — despesa nas ações e serviços públicos de saúde, para fins de cumprimento do art. 77 do ADCT.

Já na sétima diretriz da Resolução CNS nº 322/2003, por outro lado, foram arroladas as despesas que não poderiam ser reputadas como de ASPs. Os principais critérios de exclusão adotados pelo Conselho Nacional de Saúde foram os de (i) se a despesa é dotada de conteúdo contributivo (dissonante, portanto, do princípio da universalidade), (ii) se ela é materialmente distante da atividade-fim do SUS; bem como ainda (iii) se a despesa seria custeada com recursos alheios à vinculação de que trata o próprio art. 77 do ADCT. Vale notar que este último critério aplica-se apenas aos estados, ao DF e aos municípios, porque suas bases de cálculo de gasto mínimo são referidas às suas receitas de impostos e transferências constitucionais.

Histórica e retrospectivamente poderia ter soado como exagerada e até mesmo desesperada a tentativa do Conselho Nacional de Saúde

com ações e serviços públicos de saúde as relativas à promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde, incluindo:

I - vigilância epidemiológica e controle de doenças;

II - vigilância sanitária;

III - vigilância nutricional, controle de deficiências nutricionais, orientação alimentar, e a segurança alimentar promovida no âmbito do SUS;

IV - educação para a saúde;

V - saúde do trabalhador;

VI - assistência à saúde em todos os níveis de complexidade;

VII - assistência farmacêutica;

VIII - atenção à saúde dos povos indígenas;

IX - capacitação de recursos humanos do SUS;

X - pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde, promovidos por entidades do SUS;

XI - produção, aquisição e distribuição de insumos setoriais específicos, tais como medicamentos, imunobiológicos, sangue e hemoderivados, e equipamentos;

XII - saneamento básico e do meio ambiente, desde que associado diretamente ao controle de vetores, a ações próprias de pequenas comunidades ou em nível domiciliar, ou aos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), e outras ações de saneamento a critério do Conselho Nacional de Saúde;

XIII - serviços de saúde penitenciários, desde que firmado Termo de Cooperação específico entre os órgãos de saúde e os órgãos responsáveis pela prestação dos referidos serviços;

XIV - atenção especial aos portadores de deficiência;

XV - ações administrativas realizadas pelos órgãos de saúde no âmbito do SUS e indispensáveis para a execução das ações indicadas nos itens anteriores.

§1º **No caso da União, excepcionalmente**, as despesas com ações e serviços públicos de saúde da União financiadas com receitas oriundas de operações de crédito contratadas para essa finalidade poderão integrar o montante considerado para o cálculo do percentual mínimo constitucionalmente exigido, no exercício em que ocorrerem.

§2º **No caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios**, os pagamentos de juros e amortizações decorrentes de operações de crédito contratadas a partir de 1º.01.2000 para custear ações e serviços públicos de saúde, excepcionalmente, poderão integrar o montante considerado para o cálculo do percentual mínimo constitucionalmente exigido" (grifos em itálico nossos).

de definir, por exemplo, que os gastos com coleta de lixo e merenda escolar não poderiam ser computados no patamar mínimo de gasto na política pública de saúde. Por mais que pareçam óbvios tais enunciados, é preciso reconhecer, de outro lado, que os abusos fáticos eram, àquela época, mais aviltantes que o esforço normativo de contê-los. A sétima diretriz¹⁴⁶ tem uma redação exaustiva porque lidava com a realidade de desvios interpretativos no que poderia (ou não) ser reputado como ação e serviço público de saúde.

O problema é que o esforço da Resolução CNS nº 322/2003 ficou adstrito (enquanto ainda poderia se alegar vigente, ou seja, durante a expectativa de edição e até a efetiva vinda da LC nº 141/2012) ao nível das normas infralegais, as quais não possuem força vinculante, razão pela qual não poderiam criar obrigações jurídicas ou impor sanções pelo seu descumprimento.

Como já dito, foi, pois, da omissão deliberada na regulamentação do §3º do art. 198, durante os anos de 2005 a 2012, que se alimentou a instabilidade fiscal da política pública de saúde e a guerra fiscal de despesa que fora vivenciada no setor entre os três níveis da federação durante o aludido período. A propósito, o próximo capítulo cuidará de tal impasse federativo no custeio estatal da efetivação do direito fundamental à saúde.

¹⁴⁶ Vide o inteiro teor da sétima diretriz da resolução ora analisada: “**Sétima Diretriz:** Em conformidade com o disposto na Lei nº 8.080/90, com os critérios da Quinta Diretriz e para efeito da aplicação da EC nº 29, não são consideradas como despesas com ações e serviços públicos de saúde as relativas a:

I - pagamento de aposentadorias e pensões;

II - assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fechada);

III - merenda escolar;

IV - saneamento básico, mesmo o previsto no inciso XII da Sexta Diretriz, realizado com recursos provenientes de taxas ou tarifas e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, ainda que excepcionalmente executado pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria de Saúde ou por entes a ela vinculados;

V - limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo);

VI - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes federativos e por entidades não governamentais;

VII - ações de assistência social não vinculadas diretamente a execução das ações e serviços referidos na Sexta Diretriz e não promovidas pelos órgãos de Saúde do SUS;

VIII - ações e serviços públicos de saúde custeadas com recursos que não os especificados na base de cálculo definida na primeira diretriz.

§1º **No caso da União**, os pagamentos de juros e amortizações decorrentes de operações de crédito, contratadas para custear ações e serviços públicos de saúde, **não** integrarão o montante considerado para o cálculo do percentual mínimo constitucionalmente exigido.

§2º **No caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios**, as despesas com ações e serviços públicos de saúde financiadas com receitas oriundas de operações de crédito contratadas para essa finalidade **não** integrarão o montante considerado para o cálculo do percentual mínimo constitucionalmente exigido, no exercício em que ocorrerem” (grifos em itálico nossos).

Neste momento, impõe-se a análise da dimensão de *repartição de competências*, relativa precisamente à distribuição de funções e responsabilidades por cada ente da federação e entre eles, tanto no sistema de financiamento estatal da saúde, quanto da educação.

Como já dito, essa dimensão visa analisar, primeiramente, como o gasto mínimo foi determinado para cada ente federativo. Em segundo plano, objetiva aferir como se dá a distribuição de competências e responsabilidades de custeio entre os três níveis da federação (o que cabe a cada ente, e se a regra de vinculação é igual para todos os entes). Em terceiro e último nível, a dimensão da *repartição de competências* se propõe a indicar se existe regra clara do papel integrador (ainda que supletivo ou complementar) da União, entendida por “regra clara” aqui a perspectiva de fixação objetiva de patamar de gasto federal, sem necessidade de ulterior regulamentação expedida pela própria União.

No caso da educação, os percentuais estão claramente indicados no art. 212 do texto permanente da Carta de 1988, sendo 18% para a União e 25% para os demais entes, percentuais esses calculados igualmente sobre a receita de impostos e transferências constitucionais.

A distribuição das competências e responsabilidades de custeio entre os entes da federação é feita na forma do art. 211, que estabelece em qual nível de ensino cada ente deve primordialmente atuar, sendo claro o teor do seu §1º ao atribuir à União a competência redistributiva e supletiva de toda a política pública em âmbito nacional.

O art. 60 do ADCT, por outro lado, reforça a tendência de uma objetiva e integrada distribuição de competências ao definir topicamente como cada qual dos entes integra o financiamento dos Fundos de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

Com a Emenda Constitucional nº 53/2006, a União passou, no art. 60 do ADCT, a ser implicada com patamares fixos de complementação dos recursos dos Fundeb mantidos em nível estadual, o que revela um cuidado de não lhe deixar qualquer margem de discricionariedade para regular posteriormente qual é o montante da sua participação federativa no custeio de tal sistema. A mudança da redação originária do art. 60 do ADCT denota, assim, uma rota de correção de desvios na política pública de educação, o que, por outro lado, não se presencia em nível constitucional na área da saúde.

Já voltando, pois, o olhar sobre a política pública de saúde, a indicação dos patamares de gasto mínimo foi feita provisória e transitoriamente no art. 77 do ADCT durante os anos de 2000 até 16.01.2012 e, desde então, com a LC nº 141/2012, em seus arts. 5º a 8º,

de modo a definir os percentuais de 12% para os estados e de 15% para os municípios e o DF, sendo ambos incidentes sobre a receita de impostos e transferências.

De outro lado, a União se beneficiou de uma regra distinta que lhe obriga apenas a manter o seu patamar de gasto em saúde do ano anterior corrigido pela variação nominal do PIB. Como será visto no próximo capítulo, esse é o precário fundamento da progressiva redução proporcional do papel da União no financiamento do SUS no volume total de recursos públicos a ele vertidos.

Vale notar, a esse respeito, que todo e qualquer conteúdo sobre qual seria o papel integrador da União restou delegado à edição da lei complementar reclamada pelo §3º do art. 198 da CR/1988, sem que, contudo, a Lei Complementar nº 141/2012 tenha efetivamente se desincumbido de tal mister. Os arts. 17 e 19 da citada Lei apenas mencionam genericamente que o rateio dos recursos vinculados “observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde”.

Assim, o comando do inc. II do §3º do art. 198 da CR/1988 tornou-se mera norma retórica. Isso porque a Constituição diz que deve haver “critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais”, mas não lhe deu consecução material, restringindo o alcance objetivo da própria política pública de saúde e do financiamento do SUS.

O arranjo constitucional do financiamento da política pública de saúde é impreciso na fixação de competências e na distribuição federativa das responsabilidades, razão pela qual, também por força da dimensão de *repartição*, sofre uma instabilidade fiscal inaudita na política pública de educação. Enquanto nesse setor há uma justa¹⁴⁷ desconfiança com a regulamentação posterior pela União, na área da saúde ainda há certa incapacidade de pautar a agenda político-legislativa, razão pela qual a saída contingente para os seus impasses

¹⁴⁷ Vale lembrar, uma vez mais, a fixação subestimada pela União do valor mínimo de referência de qualidade nacional por aluno. A subestimativa de tal piso nacional era usada como mecanismo de reduzir, até a Emenda Constitucional nº 53/2006, os valores de complementação aos, então, Fundefs que a própria União deveria verter em favor dos estados, DF e municípios.

foi e ainda tem sido a remissão de dispositivos sensíveis para legislação infraconstitucional posterior.

O arranjo constitucional da saúde é, no somatório de todos os fatores acima citados, mais frágil que o da educação, por ser mais programático e menos operativo, ou seja, não é plenamente autoexecutório do ponto de vista jurídico. Como a União é a entidade competente para legislar as normas regulamentadoras e ela historicamente se beneficia da omissão ao dever de editá-las plena e satisfatoriamente, daí resulta o impasse em que se envolveu a Emenda Constitucional nº 29/2000, desde sua origem até o advento da LC nº 141/2012, e que ainda persiste na falta de isonomia de dever de custeio entre os entes da Federação. Trata-se, em última instância, de um impasse não só constrangedor da eficácia do direito fundamental à saúde, mas também causador de um sério impasse federativo.

Chega-se, enfim, à última dimensão deste tópico analítico e conclusivo de todo este longo capítulo. A dimensão referida às *sanções* da comparação entre os arranjos constitucionais cuida de elucidar a existência e as espécies de sanções decorrentes do inadimplemento parcial ou total do dever de aplicação dos patamares de gasto mínimo nas políticas públicas de educação e saúde.

A força normativa do sistema constitucional de financiamento das ações estatais de manutenção e desenvolvimento do ensino passa não apenas pelas possibilidades de intervenção federal sobre os estados e intervenção estadual sobre os municípios, previstas, respectivamente, no art. 34, VII, alínea “e”, e no art. 35, III, até porque essa espécie de sanção institucional não acoberta a União.¹⁴⁸ Em duas importantes passagens, a defesa do arranjo constitucional da política pública de educação prevê a ocorrência de crime de responsabilidade para o gestor que der causa ao seu descumprimento. É importante esclarecer, nesse sentido, que o crime de responsabilidade, a despeito do nome, não se trata de infração penal, mas de ilícito político-administrativo, punível¹⁴⁹ com a perda do mandato eletivo (ou função pública administrativa), além da inelegibilidade do gestor.

¹⁴⁸ A intervenção prevista nos arts. 34 e 35 da Constituição é executada sempre pelo ente de maior abrangência sobre o de menor abrangência de interesse. Ou seja, no art. 34, a União pode, em determinadas circunstâncias, intervir nos estados-membros e, segundo o art. 35, o estado poderá intervir sobre os municípios, contidos no estado território. Por essa razão, não há quem possa intervir na União, uma vez que ela é quem cuida, concomitantemente, dos interesses nacional e federal.

¹⁴⁹ Na forma do art. 85 da Constituição de 1988 e da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.

No art. 208, §2º, diz a forte norma constitucional que “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou *sua oferta irregular*, importa responsabilidade da autoridade competente” (grifos nossos). Do mesmo modo, o art. 60, XI, do ADCT, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006, prescreve que “o não cumprimento do disposto nos incisos V e VII do *caput* deste artigo [relativos ao dever da União de complementação ao Fundeb] importará crime de responsabilidade da autoridade competente”.

Ora, tais prescrições punitivas atribuem uma indiscutível força normativa à política pública de educação, porque sua estrutura fundamental tem estatura constitucional, não cabendo ao governante de plantão esquivar-se, sob pena de responsabilidade que pode lhe custar o próprio mandato e a suspensão dos seus direitos políticos.

Já, noutro sentido, a política pública de saúde ainda não se preocupou em declarar taxativamente que o descumprimento do dever estatal de executá-la, segundo os moldes constitucionais, enseja crime de responsabilidade do gestor. Como em Direito, as sanções devem ser interpretadas restritivamente, não cabendo extensão analógica do seu alcance e sentido, pode-se afirmar que não existe no ordenamento constitucional brasileiro equivalente normativo para a saúde dos comandos previstos no art. 208, §2º, da Constituição, e no art. 60, XI, do ADCT. Aplicar-se-ia apenas o comando genérico e, por isso, bastante suscetível de questionamento judicial do art. 85, III, da CR/1988, segundo o qual é crime de responsabilidade atentar contra a Constituição Federal e contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais. Essa é mais uma das razões da fragilidade relativa da saúde em face da educação, quando comparados os seus respectivos arranjos constitucionais.

Com tal elenco de avaliações comparativas, encerra-se o estudo estritamente jurídico-constitucional das políticas públicas de educação e saúde, para, no próximo capítulo, serem apontadas e analisadas as evidências fáticas, no estudo de caso objeto desta tese, que comprovam a maior progressividade da educação e a guerra fiscal federativa de despesa na saúde.

PACTO FEDERATIVO E FINANCIAMENTO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E
À EDUCAÇÃO

ESTUDO COMPARATIVO ENTRE OS GASTOS DA
UNIÃO, DO ESTADO DE MINAS GERAIS E DOS
MUNICÍPIOS MINEIROS COM MAIS DE 100 MIL
HABITANTES, NO PERÍODO DE 2003 A 2008

Chega-se, enfim, ao momento de aplicação e teste dos arranjos normativos analisados no capítulo anterior, o que será feito a partir do levantamento de como tem se dado o cumprimento dos arts. 198, §2º, da CR/1988, e 77 do ADCT, no caso do gasto mínimo em saúde, e dos arts. 212 da Constituição e 60 do ADCT, no caso da educação.

Tal levantamento, como explicitado no capítulo 2, restringe-se ao universo dos seguintes entes da federação: União, estado de Minas Gerais e municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes. Desse modo é que a apresentação deste capítulo se estrutura metodologicamente em torno da trajetória de cumprimento, ou não, por cada qual desses níveis federativos das vinculações constitucionais de gasto mínimo, primeiramente em educação e, posteriormente, em saúde. Prontamente é do que se passa a cuidar.

4.1 Estabilidade(?) do financiamento do direito à educação à luz da progressividade constitucional do seu arranjo normativo

No capítulo anterior, a evolução da matriz constitucional da política pública de educação revelou-se bastante palpável. Eis o que Fleury (2003, p. 104) havia considerado um aparente “ciclo virtuoso,¹⁵⁰ com aprofundamento e melhorias sucessivas”. Falta, contudo, empreender a análise do efetivo cumprimento do seu sistema de financiamento federativo durante o período observado neste estudo.

Para testar se o arranjo jurídico-normativo progressivo da política pública de educação tem sido acompanhado de uma rota, no mínimo, de estabilidade de financiamento é que se apresentarão neste tópico os dados compilados da União, do estado de Minas Gerais e dos municípios mineiros analisados.

¹⁵⁰ Segundo a autora em comentário (2003, p. 102-104, grifos nossos), “*certa continuidade* entre o movimento democrático dos anos 80 e o movimento reformador de corte mais técnico dos anos 90 pode ser encontrada no setor de educação. Promulgada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), fica clara a prioridade de garantia da oferta do ensino fundamental obrigatório, para o que requeria-se retomar e aprofundar o processo de descentralização dos anos 80. A estratégia adotada foi a redefinição do papel do Ministério (MEC) no processo de gestão pública, como coordenador das políticas nacionais, deixando a cargo dos governos estaduais e municipais a execução destas políticas.

As políticas educacionais assumiram um novo enfoque, centrado na busca de um novo padrão de equidade, visando à promoção de ações focalizadas para corrigir desigualdades sociais, econômicas e regionais que impedem a universalização do acesso ao ensino fundamental. Na busca de melhoria da qualidade da educação básica foram adotadas políticas de valorização dos professores e implantados parâmetros curriculares e um sistema de avaliação de desempenho.

Diferentemente da orientação da descentralização apenas para o município, foi criado um programa de repasse de recursos financeiros diretamente às escolas, a ser gerido por um conselho com representantes da comunidade.

Para viabilizar o novo desenho e articulação institucionais, foi criado o Fundef (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino e Valorização do Magistério), que vincula a descentralização do ensino fundamental e a divisão de encargos entre Estados e Municípios à redistribuição dos recursos com base no número de alunos atendidos pelas respectivas redes de ensino; garante um valor mínimo por aluno, como mecanismo para reduzir desníveis regionais e intra-estaduais; estabelece a destinação de, no mínimo, 60% dos recursos para pagamento de salários dos professores (CASTRO, 2000). Foram também introduzidos programas complementares como o bolsa-escola, um programa de renda mínima para crianças carentes que estejam matriculadas e freqüentando a escola fundamental.

Em resumo, a reforma educacional em curso inscreve-se dentro dos princípios constitucionais de universalização, descentralização e participação, mas *atualiza os mecanismos de gestão, introduzindo elementos de autonomia das unidades, financiamento à demanda, avaliação de desempenho e, fundamentalmente, mecanismos de redistribuição dos recursos e redução das disparidades regionais.*

As reformas na educação aparentam seguir um ciclo virtuoso, com aprofundamento e melhorias sucessivas, mas, no entanto, introduzem um corte tecnocrático, com a incapacidade de negociar as reformas com os principais atores envolvidos (universitários, professores, sindicatos), considerados como um empecilho à mudança”.

No que se refere à participação da União no custeio federativo das ações públicas de manutenção e desenvolvimento do ensino, o objetivo é verificar se houve, tal como se supõe,¹⁵¹ uma trajetória de tentativas e erros que só restou melhor definida e ajustada com as Emendas Constitucionais nºs 53/2006 e 59/2009.

Por outro lado, o estudo da participação do estado de Minas Gerais busca indicar se os seus percentuais de gasto na política pública de educação situaram-se um pouco acima do mínimo, ou se apenas se mantiveram nesse entorno, para fins de um cumprimento formal da vinculação do art. 212 da Constituição de 1988.

Por fim, o levantamento da participação dos municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes permitirá testar a hipótese de que a estabilização da rota do financiamento da política pública de educação se fez acompanhar da ampliação dos deveres materiais a ela correspondentes. Isso porque o nível municipal foi elevado, desde o advento da EC nº 14/1996, à condição de principal executor das ações de universalização do ensino fundamental e, após a EC nº 53/2006, também da educação infantil.

Após tal apresentação inicial dos gastos de cada ente ao longo do período de 2003 a 2008, será empreendida a comparação entre eles e suas repercussões para o estágio aquisitivo de proteção do direito fundamental à educação.

4.1.1 Participação da União no custeio federativo das ações públicas de manutenção e desenvolvimento do ensino – Uma trajetória de tentativas e erros

No que se refere ao gasto mínimo da União na manutenção e no desenvolvimento do ensino público (doravante apenas MDE), inicialmente será apresentada a série de dados que aponta a versão do Governo Federal. Cuida-se, com isso, de conhecer os dados de cumprimento do art. 212 da Constituição e do art. 60 do ADCT, durante o período de 2003 a 2008, tal como a Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda (STN/MF) os apresentou para os órgãos de controle e na forma dos arts. 52 e 53 da LRF.

Após a análise desses dados primários acerca do gasto federal mínimo com MDE, é que será possível questionar eventuais

¹⁵¹ Como visto no capítulo 3, essa suposição é calcada nas mudanças constitucionais que vieram definir mais taxativa e exaustivamente seus deveres de complementação federativa dos fundos atinentes ao setor (Fundef e Fundeb).

inconsistências destes à luz dos relatórios e pareceres prévios de prestação de contas emanados pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Na Tabela 4 a seguir, depreendem-se os principais critérios normativos de vinculação orçamentária de gasto mínimo em educação e sua respectiva trajetória no período observado.

TABELA 4

Evolução dos patamares de gasto mínimo federal na manutenção e desenvolvimento do ensino de 2003 a 2008

Demonstrativo das despesas da União com manutenção e desenvolvimento do ensino	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Mínimo de 18% das receitas resultantes de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino – art. 212, <i>caput</i> da CR/1988 (em %)	35,22	39,44	20,90	26,64	18,49	18,90
Mínimo de 30% das despesas com MDE no ensino fundamental e na erradicação do analfabetismo – §6º do art. 60 do ADCT da CR/1988 ¹⁵⁴ (em %)	32,52	37,62	41,40	44,42	-	-
Complementação da União ao Fundef, de acordo com o art. 60, §3º do ADCT, de 2003 a 2006 (em milhares de R\$)	335.746	484.996	395.263	248.966	-	-
Complementação da União ao Fundeb, a partir de 2007, na forma do art. 60, inc. VII do ADCT (em milhares de R\$)	-	-	-	-	2.012.400	3.174.300

Fonte: Elaboração própria a partir de dados coletados junto à Secretaria do Tesouro Nacional. Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) do Governo Federal, Demonstrativo das Receitas e Despesas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social (Lei nº 9.394/96, art. 72, anexo X).

¹⁵² O §6º do art. 60 do ADCT foi revogado pela EC nº 53/2006, sendo que, a partir de 2007, tal patamar mínimo deixou de ser aplicado.

Na análise do primeiro critério — que é o gasto mínimo de 18% sobre a receita de impostos, na forma do que dispõe o art. 212 da Constituição —, percebe-se uma tendência de redução dos alegados¹⁵³ excedentes de aplicação no período de 2003 a 2008.

Enquanto nos exercícios financeiros de 2003 e 2004, o Governo Federal teria gasto quase o dobro do percentual mínimo, nos exercícios seguintes o patamar de gasto efetivo com MDE restringiu-se a ficar próximo ou apenas um pouco acima do mínimo de 18%.

Os fenômenos da redução proporcional do gasto federal na política pública de educação e do seu consequente alinhamento no entorno do patamar mínimo podem ser, ainda que apenas parcialmente,¹⁵⁴ explicados quando se observa o comportamento da base de cálculo sobre a qual deve incidir o percentual mínimo do art. 212. Nesse sentido, deve se focar não apenas o desenvolvimento dos percentuais, mas também a própria base de impostos da União, sobre a qual aqueles são aplicados.

A Tabela 5 abaixo identifica que a variação nominal¹⁵⁵ da receita de impostos, no período de 2003 a 2008, cresceu em média superior (17,21%) à média da variação nominal do PIB (9,61%) e da própria variação nominal da receita corrente, seja ela em sua contabilização bruta (14,47%) ou líquida¹⁵⁶ de transferências aos entes subnacionais (13,78%).

¹⁵³ Somente se confirma o patamar de gasto após sua aprovação pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas da União, em respeito ao princípio da separação de poderes, que, nesse caso, foi materializado no comando do art. 49, IX, cominado com o art. 71, ambos da CR/1988.

¹⁵⁴ Como se verá mais adiante, a Secretaria do Tesouro Nacional contabilizou tais percentuais de forma ampliativa e, por isso, contrária à LDB, comportamento esse que foi — sucessivas vezes — rechaçado pelo Tribunal de Contas da União. Senão veja-se que houve, do ponto de vista da base de cálculo da receita de impostos federais, “deduções indevidas realizadas pela STN na base de cálculo, relativas a transferências de receitas não-originais de impostos, dentre outras”. Por outro lado, quanto ao cômputo das despesas propriamente ditas, o TCU considerou que houve a contabilização indevida de “despesas financiadas pelo salário-educação, que constitui fonte adicional de recursos (§5º do art. 212 da Constituição), e [de] operações de crédito, que já são computadas no momento da respectiva amortização, nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação” (BRASIL, TCU, 2005, p. 17).

¹⁵⁵ A variação nominal é critério que inclui os efeitos da inflação, do crescimento do PIB e da própria receita, embora não seja capaz de refinar cada qual desses três indicadores parciais.

¹⁵⁶ O conceito de Receita Corrente Líquida foi definido legalmente pelo art. 2º, §3º, inc. IV, da LRF.

TABELA 5

Trajetória da receita corrente da União, por sua variação nominal, no período de 2003 a 2008

Variação nominal da receita corrente da União	Variação nominal 2004/2003	Variação nominal 2005/2004	Variação nominal 2006/2005	Variação nominal 2007/2006	Variação nominal 2008/2007	Média
Variação nominal da receita corrente bruta (em %)	17,21	17,03	10,76	12,81	14,55	14,47
Variação nominal da Receita Corrente Líquida (em %)	17,53	14,63	13,77	12,17	10,83	13,78
Variação nominal da receita de impostos (em %)	11,48	20,38	9,24	20,35	24,58	17,21
Variação nominal do PIB (em %)	12,29	15,61	13,52	9,68	8,65	9,61
Diferença entre a variação nominal da receita de impostos e a variação nominal do PIB	-0,81	4,77	-4,28	10,67	15,93	7,6

Fonte: Elaboração própria a partir de dados coletados junto à Secretaria do Tesouro Nacional, Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) do Governo Federal, Balanço Orçamentário de janeiro a dezembro/bimestre novembro-dezembro (LRF, art. 52, inc. I, alíneas “a” e “b” do inc. II e §1º, anexo I).

Com o crescimento da economia e com a relativa estabilização da inflação, os impostos federais voltaram a mostrar sua força arrecadatória especialmente nos exercícios de 2007 e 2008. A esse respeito, notável na tabela acima é a diferença positiva registrada entre a variação nominal da receita de impostos e a variação nominal do PIB nesses mesmos anos.

Em 2007 e tomando como critério apenas a variação nominal em relação ao seu correspondente patamar de 2006, a receita de impostos cresceu 10,67% (dez inteiros e sessenta e sete centésimos por cento) acima da variação nominal do PIB. Já em 2008, o crescimento da variação nominal da receita de impostos superou em 15,93% (quinze inteiros e noventa e três centésimos por cento) a variação nominal positiva do PIB.

Na média do período de 2003 a 2008, a receita de impostos cresceu 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento) acima do crescimento do

PIB, reiterando o aviso de que se está a considerar apenas o critério da variação nominal de ambos os indicadores.

Cruzando, pois, os dados das Tabelas 3 e 4, percebe-se que foi precisamente nos dois últimos anos da série observada (2007 e 2008) que a União alinhou, de fato, seu patamar de gasto com MDE ao percentual mínimo definido no *caput* do art. 212 da Constituição (18,49% e 18,90%, respectivamente).

Tal comportamento fiscal do Governo Federal denota, ainda que timidamente, que os avanços conquistados no nível normativo e que impregnaram de otimismo a análise do Ministro da Educação Fernando Haddad (2009, p. A3) ainda não conseguiram conter os rearranjos contábeis promovidos pelo Ministério da Fazenda.

A progressividade material conquistada no texto da Constituição ainda não repercutiu, com igual ênfase, sobre o patamar mínimo de gasto em educação, na forma do seu art. 212. Isso porque, em vez de ser interpretado como uma referência normativa de piso, o gasto mínimo em educação tornou-se, na verdade, um motivo literal de constrição da média histórica de gasto, quando a União se deparou com o crescimento consistente das suas receitas de impostos.

Vale notar, a esse respeito, que a União aplica a maior parte do seu patamar de gasto público mínimo em educação no seu próprio sistema de ensino,¹⁵⁷ o que, à primeira vista, guarda coerência com o art. 211, §1º, da Constituição de 1988.

Mas o Governo Federal não pode restringir o alcance da sua ação governamental em educação apenas ao ensino superior e ao ensino técnico. Tal interpretação se impõe, porque o próprio §1º do art. 211 da CR/1988 lhe atribui *competência redistributiva e supletiva* em relação aos demais entes da federação. Nesse sentido, a União deve prestar assistência técnica e financeira aos estados, ao DF e aos municípios para “garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino”.

Por força de tal papel integrador, a União deve cumprir outros requisitos normativos, além do percentual mínimo de 18% da sua receita de impostos. À luz da Tabela 4 acima apresentada, citam-se ainda os critérios de:

1. Gasto federal mínimo na erradicação do analfabetismo e no ensino fundamental (5,4% da receita de impostos, ou seja, 30%

¹⁵⁷ Segundo Corbucci *et al.* (2009, p. 69), “grande parte dos recursos aplicados pelo governo federal na área da educação destina-se ao custeio das Ifes, das escolas técnicas federais e do Centro Federal de Educação Tecnológica (Cefet)”.

- das despesas federais com MDE). Tal requisito foi fixado pelo §6º do art. 60 do ADCT da CR/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 14/1996, muito embora não seja mais vigente desde a sua revogação pela EC nº 53/2006.
2. Complementação da União ao Fundef, de acordo com o art. 60, §3º, do ADCT, para fins de garantia do valor mínimo nacional *per capita* de qualidade do ensino. Assim, como o critério normativo anterior, o dispositivo constitucional que lhe fundamentava foi revogado pela EC nº 53/2006, até porque o Fundef foi substituído pelo Fundeb.
 3. Com a revogação dos dispositivos anteriores, foi fixado o dever de complementação da União ao Fundeb, a partir de 2007, na forma do art. 60, inc. VII do ADCT.

A nova vinculação orçamentária da União ao custeio mínimo das ações de manutenção e desenvolvimento da educação básica (e não mais apenas da educação fundamental) fixou patamares de gasto que se revelaram efetivamente mais progressivos que os anteriormente definidos pela EC nº 14/1996.

Como se depreende da Tabela 4, com a vinda da EC nº 53/2006, a União passa a verter ao Fundeb valores dotados de maior progressividade que o somatório dos recursos oriundos dos dois critérios anteriores. Considerando apenas o quesito complementação aos fundos (Fundef e Fundeb), a partir de 2007, a União passou a verter ao financiamento federativamente compartilhado da política pública de educação quase dez vezes mais que o mesmo montante em valores nominais de 2006. Foram mais de R\$2 bilhões em 2007, em face dos aproximados R\$250 milhões de 2006.

Fato é que a solução¹⁵⁸ apontada fortemente pela Emenda Constitucional nº 53/2006 decorreu do reconhecimento do impasse federativo causado pela União na complementação do Fundef e no financiamento das ações de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de erradicação do analfabetismo.

O descumprimento dos critérios de redistribuição e suplementação pela União dos gastos estaduais, distritais e municipais, até 2007, revelou-se como o principal fator de controvérsia entre os relatórios da Secretaria do Tesouro Nacional e os pareceres prévios do TCU.

¹⁵⁸ Na forma do inc. VII do art. 60 do ADCT, o impasse foi resolvido com a definição de patamar nominal fixo de complementação nos três primeiros anos e percentual igualmente fixo de complementação ao Fundeb, o qual incidirá sobre o volume total da receita do próprio Fundo, a partir de 2010.

Cuidar-se-á, desse ponto em diante, de tais documentos de análise e controle emanados pelo TCU no intuito de avaliar a consistência dos dados emanados pela STN. Diante do confronto entre os dados da STN com as análises a eles atinentes feitas pelo TCU, espera-se ser possível indicar, com maior clareza, a linha restritiva da interpretação empreendida pelo Governo Federal no período de 2003 a 2006.

Como visto há pouco, as burlas e divergências interpretativas recaíram majoritariamente sobre os critérios de (i) complementação ao Fundef do valor mínimo anual por aluno (VMAA) e (ii) gasto mínimo no ensino fundamental e na erradicação do analfabetismo (30% sobre os 18% do art. 212 da CR, ou seja, 5,4%).

De outro lado, tal confronto permitirá também a avaliação das melhorias conquistadas à luz da EC nº 53/2006, no financiamento federal da política pública de educação nos anos de 2007 e 2008. É com a maturação desse confronto que se espera testar uma das duas hipóteses centrais deste estudo: a de que as adaptações feitas diretamente ao texto constitucional trouxeram — no apanhado da série histórica observada — estabilidade de financiamento e progressividade material à política pública de educação.

Antes, todavia, de passar à observação do teor dos relatórios formulados pelo TCU, vale registrar um breve esclarecimento sobre o alcance jurídico-constitucional de tais textos. No que se refere à apreciação global das contas do Poder Executivo Federal, o TCU atua como órgão de controle externo de natureza administrativa e auxiliar ao Poder Legislativo, razão pela qual seus relatórios visam a instruir a decisão dos parlamentares federais. Tais relatórios têm natureza de pareceres prévios, sem, contudo, esgotar o mérito da livre convicção dos deputados federais e senadores, uma vez que o julgamento das contas, na forma do art. 49, inc. IX da Constituição é competência exclusiva (indelegável, portanto) do Congresso Nacional.

Nessa linha de raciocínio, é bastante esclarecedor o comando do art. 71, inc. I da CR/1988, segundo o qual compete ao Tribunal de Contas da União apenas “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento”.

A citada distribuição de competências mostra-se adequada e consonante com o princípio da separação de poderes, pois o TCU limita-se a apreciar tecnicamente o balanço global das contas do Presidente, para que o Congresso Nacional possa efetivamente julgá-las política e materialmente.

As consequências diretas oriundas do descumprimento de uma recomendação do TCU no âmbito do balanço geral anual do Governo

Federal são predominantemente sanções de natureza administrativa (como multa ou sustação de ato impugnado). Diferentemente disso, a rejeição das contas do Governo da República pelo Congresso Nacional importa, sem prejuízo de outras eventuais punições decorrentes de atos individualizados, a suspensão¹⁵⁹ dos direitos políticos do Presidente.

Fechados os breves parênteses explicativos acima, cumpre apresentar as análises empreendidas pelo TCU sobre o cumprimento, ou não, pela União dos deveres¹⁶⁰ constitucionais de vinculação orçamentária para a política pública de educação.

A passagem da apreensão subjetiva do direito à educação para o dever objetivo do estado de assegurá-lo e de prover a sua prestação depende, precisamente, dessa estrutura normativa de financiamento mínimo. Por essa razão é que o controle do TCU revela-se como meio necessário, ainda que isoladamente seja insuficiente para limitar as eventuais burlas interpretativas do Governo Federal aos arranjos protetivos dos direitos fundamentais sociais.

A primeira análise a ser feita, nesse sentido, é a das tensões quantitativas havidas entre a Secretaria do Tesouro Nacional e o TCU, seja no cumprimento das normas da EC nº 14/1996, seja na aplicação da EC nº 53/2006. É preciso anotar o registro de que não poderá ser avaliada aqui a eficácia da EC nº 59/2009, por força da limitação metodológica do estudo ao período de 2003 a 2008, ou seja, anterior à entrada em vigor desta última emenda.

Já a segunda análise ora proposta cuida de apresentar uma síntese das principais divergências qualitativas levantadas pelo TCU. São as interpretações de conteúdo que mais indicam uma tendência de burla à finalidade dos comandos constitucionais de financiamento mínimo da política pública de educação.

Não obstante o cuidado de uma análise pormenorizada de toda a série histórica das execuções orçamentárias do Governo Federal, uma conclusão parcial da leitura a seguir dos relatórios do TCU pode

¹⁵⁹ A Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, considera, na forma do seu art. 1º, inc. I, alínea “g”, inelegíveis para todos os cargos “os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas *rejeitadas* por irregularidade insanável *que configure ato doloso de improbidade administrativa*, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, *aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição*” (grifos nossos).

¹⁶⁰ Para Corbucci *et al.* (2009, p. 28), esses deveres inscritos no art. 212 do texto permanente da Constituição e no art. 60 do ADCT configuram-se como “instrumento essencial para transformar direitos proclamados em políticas públicas”.

ser antecipada desde já: antes da EC nº 53/2006, houve retrocessos provocados pela União e, primordialmente por isso a aludida emenda foi promulgada visando corrigir as distorções anteriores.

Impõe-se efetivamente apontar os relatórios do TCU, na forma das três tabelas abaixo apresentadas, com a perspectiva de que as restrições promovidas pela STN/MF mitigaram, faticamente, a máxima eficácia do direito fundamental à educação. Além disso, a interpretação estritamente economicista do Ministério da Fazenda impôs uma rota de vulnerabilidade fiscal indevida ao setor, bem como fragilizou a própria função redistributiva e supletiva da União no sistema federativo de manutenção e desenvolvimento do ensino público.

As duas primeiras das três tabelas comparativas referem-se diretamente às análises do TCU sobre o cumprimento dos critérios normativos, na Tabela 6, logo abaixo, da EC nº 14/1996, e na Tabela 7, da EC nº 53/2006.

TABELA 6

Análises do TCU sobre o cumprimento pela União das vinculações orçamentárias com MDE nos exercícios de 2003 a 2006, sob a vigência da EC nº 14/1996

(continua)

Critério normativo de análise	2003	2004	2005	2006
Mínimo de 18% das receitas resultantes de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino – art. 212, caput da CR/1988.	"[...] verifica-se que a União aplicou em 2003, com manutenção e desenvolvimento do ensino, o montante de R\$10,4 bilhões, representando 35% da receita líquida de impostos, respeitando, assim, o mínimo de 18% previsto no art. 212 da Constituição Federal" (BRASIL, TCU, 2004, p. 491, grifos nossos).	"A União aplicou R\$12,2 bilhões em manutenção e desenvolvimento do ensino em 2004. Esse valor representou 20,87% da receita líquida de impostos. Foi respeitado, assim, o mínimo de 18% previsto no art. 212 da Constituição Federal" (BRASIL, TCU, 2005, p. 17, grifos nossos).	"A União aplicou, em 2005, o montante de R\$10,9 bilhões na manutenção e desenvolvimento do ensino, ou seja, aproximadamente 20,90% da receita líquida de impostos. Foi respeitado, portanto, o mínimo de 18% previsto no art. 212 da Constituição Federal" (BRASIL, TCU, 2006b, p. 32, grifos nossos).	"A União aplicou R\$16,1 bilhões em manutenção e desenvolvimento do ensino no exercício de 2006. O valor representa cerca de 25% da receita líquida de impostos. Foi respeitado, portanto, o mínimo de 18% previsto no caput do art. 212 da Constituição Federal" (BRASIL, TCU, 2007b, p. 23, grifos nossos).

(continua)

Critério normativo de análise	2003	2004	2005	2006
<p>Mínimo de 30% das despesas com MDE no ensino fundamental e na erradicação do analfabetismo – §6º do art. 60 do ADCT da CR/1988.</p>	<p>“[...] [foi respeitado] o estabelecido no art. 60, §6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação dada pela EC nº 14/96” (BRASIL, TCU, 2004, p. 491).</p>	<p>“Não foi alcançado o mínimo constitucional estabelecido no §6º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Essa norma obriga a União a aplicar o equivalente a 30% dos recursos previstos no <i>caput</i> do art. 212 na erradicação do analfabetismo e no ensino fundamental. O valor verificado foi de apenas 25,2%” (BRASIL, TCU, 2005, p. 17, grifos nossos).</p>	<p>“Não obstante, à semelhança do exercício de 2004, deixou de ser cumprido o limite mínimo estabelecido no §6º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prescreve a aplicação do equivalente a 30% dos recursos a que se refere o art. 212 na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental. Foram aplicados R\$3,1 bilhões, correspondentes a 29,67%” (BRASIL, TCU, 2006b, p. 32, grifos nossos).</p>	<p>“Quanto ao mínimo de 30% desses recursos, que deveriam ser aplicados na erradicação do analfabetismo e na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, nos termos do §6º do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), os percentuais apurados pelo Tesouro Nacional acusam seu attingimento, em contrapartida aos valores levantados pelo TCU que indicam a aplicação de apenas 29,2%” (BRASIL, TCU, 2007b, p. 23, grifos nossos).</p>

(conclusão)

Critério normativo de análise	2003	2004	2005	2006
<p>Complementação pela União ao Fundef, de acordo com o art. 60, §3º, do ADCT.</p>	<p>“[...] [quanto ao Fundef, houve] a complementação da União, na cifra de R\$330 milhões. [...] o valor da complementação caiu 20% comparativamente ao [...] ano [de 2002]” (BRASIL, TCU, 2004, p. 491, grifos nossos).</p>	<p>“O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) totalizou R\$28,6 bilhões em 2004, compostos por R\$20,0 bilhões, originários de parcela do ICMS; R\$7,3 bilhões, oriundos dos fundos constitucionais de participação; R\$0,8 bilhão, referente ao IPI – Exportação e à Lei Complementar nº 87/1996 e R\$0,5 bilhão, de complementação da União. O ICMS respondeu por 70% dos recursos, ao passo que os fundos de participação responderam cada um por cerca de 13% dos recursos. A complementação da União, por sua vez, representou apenas 1,7% do total” (BRASIL, TCU, 2005, p. 16, grifos nossos).</p>	<p>“No que se refere à complementação da União ao Fundef, no exercício de 2005 foram distribuídos R\$395,3 milhões, valor inferior em 18,5% ao apresentado em 2004 (R\$485,0 milhões), sendo que o Estado do Maranhão foi aquele que mais recursos recebeu (R\$236,6 milhões) em relação aos outros três favorecidos (Pará, Piauí e Alagoas)” (BRASIL, 2006a, p. 93, grifos nossos).</p>	<p>“No que tange à complementação da União ao Fundef, no exercício de 2006 foram distribuídos cerca de R\$249 milhões, valor inferior em 37% ao ocorrido em 2005 (R\$395,3 milhões), sendo que os únicos estados favorecidos com essas transferências foram Maranhão (R\$160,9 milhões) e Pará (R\$88,0 milhões)” (BRASIL, 2007a, p. 139, grifos nossos).</p>

Fonte: Elaboração própria a partir das Sínteses do Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República, emanadas pelo TCU e relativas aos exercícios de 2003 a 2006 (BRASIL, 2004; BRASIL, 2005; BRASIL, 2006; e BRASIL, 2007a e 2007b).

À luz da Tabela 6, depreende-se que, embora a União tenha cumprido o percentual mínimo de 18% das suas receitas de impostos em todos os anos do período analisado, houve aplicação abaixo do percentual mínimo de 30% daquele primeiro percentual (ou seja, 5,4%) no ensino fundamental e na erradicação do analfabetismo, nos exercícios financeiros de 2004 a 2006.

Essa tendência de aplicação seletiva e enviesada do gasto educacional federal formou uma verdadeira rota de evasão fiscal de despesa,¹⁶¹ que foi se acirrando até o advento da Emenda Constitucional nº 53/2006. Exemplo de tal evasão dissimulada da despesa mínima em educação pode ser apontado nos já originariamente baixos patamares de complementação ao Fundef pela União. Mesmo nominalmente baixos, a União ainda assim seguiu reduzindo-os, ano após ano (de 2003 a 2006), para negar-lhes o alcance semântico de norma garantidora do valor mínimo anual por aluno, capaz de conferir uma referência de qualidade nacional do ensino fundamental no país.

Nesse sentido, cabe retomar o disposto no §1º do art. 6º da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, que dispunha sobre o Fundef, havendo sido revogada pela Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, que dispõe sobre o Fundeb. De acordo com aquele dispositivo, o valor mínimo anual por aluno deveria ser “fixado por ato do Presidente da República e nunca será [deveria ser] inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas”.

A referência legal era, assim, a de uma média nacional racionalmente aferível a partir da proporção entre receita total do Fundef e número de matrículas presentes e futuras na oferta pública e obrigatória de ensino fundamental.

Não é sem razão que o TCU, quando de seu relatório e pareceres prévios acerca das contas do Governo Federal de 2000, defendeu a finalidade redistributiva do valor mínimo anual por aluno para fins de complementação ao Fundef. A eficácia irradiante do citado §1º do art. 6º da Lei nº 9.424/1996 operaria, pois, como “forma de superar a menor capacidade dos estados e municípios das regiões Norte e Nordeste no

¹⁶¹ Ainda que o conceito de evasão fiscal seja originário da dissimulação de atos ou fatos relativos à receita para negar-lhe o surgimento da obrigação tributária, também se poderia aplicá-lo ao dever de execução de despesa obrigatória. Para maior aprofundamento, *vide* o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN), segundo o qual “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

financiamento do ensino fundamental, aproximando os gastos nessas regiões, por aluno, à média nacional”. A conclusão do TCU é de que, desde 2000, fazia-se “necessária a fixação do valor mínimo por aluno equivalente ao gasto médio nacional¹⁶² estimado para o exercício” (BRASIL, TCU, 2001, p. 323).

Segundo Corbucci *et al.* (2009, p. 71, grifos nossos),

Neste sentido, os dados mostraram, ainda dentro da vigência do Fundef, uma diminuição dos gastos do governo federal no ensino fundamental, indicando que *o regime de colaboração entre as esferas de governo, legalmente estabelecido, que deveria ser exercido pelo governo federal para tentar corrigir a heterogeneidade da oferta educacional, teve pouco aporte de recursos.* Isto significa que o poder de intervenção do órgão central para efetuar a colaboração com os demais entes federados foi bastante reduzido, principalmente no que diz respeito à educação infantil e ao ensino fundamental.

As divergências¹⁶³ sobre o que se poderia computar como gasto de manutenção e desenvolvimento do ensino, para fins de cumprimento

¹⁶² Segundo o TCU (BRASIL, 2001, p. 322-323, grifos nossos), “os valores das médias regionais evidenciam o desequilíbrio nos gastos com o ensino fundamental, em que apenas as regiões Sudeste e Sul apresentam valores (R\$721,77 e R\$646,88, respectivamente) acima da *média nacional, que é de R\$537,35*. De outro lado, temos a *Região Nordeste com a média mais baixa, próxima dos valores mínimos estipulados para o Fundef para o exercício de 2000, de R\$333,00 para os alunos das 1ª a 4ª séries e R\$349,65 para os das 5ª a 8ª séries e da educação especial* (Decreto nº 3.326/99). Apenas os estados de Sergipe e Rio Grande do Norte distanciam-se positivamente dessa média. A região Norte, por sua vez, apresenta média por aluno de R\$457,76. Cumpre ressaltar que não há informação sobre o aporte de recursos do ICMS para o Fundo por parte do Distrito Federal, o que distorce a média da região Centro-Oeste. Assim, o valor médio da região, desconsiderando o DF, é de R\$500,30. Comparativamente ao exercício anterior, o *gasto médio nacional por aluno registrou um acréscimo de 13,4%, passando de R\$473,95 para os atuais R\$537,35*, em que pese o pequeno aumento do número de matrículas, que foi de 1,4% — 32.380.024, em 1998, para 32.844.682, em 1999 — conforme apurações dos Censos Escolares e estimativas do Ministério da Educação”.

¹⁶³ A esse respeito, *vide* interessante trecho do relatório do TCU relativo ao exercício de 2006 (último de vigência da EC nº 14/1996):

“Essa diferença [de valores inscritos no percentual mínimo de gasto federal em educação] deve-se, em primeiro lugar, ao fato de o referido indicador orçamentário, integralmente utilizado pela STN, abarcar as despesas com a ação ‘0513 - Apoio à Alimentação Escolar na Educação Básica’, que em 2006 teve realizado o montante de R\$1,48 bilhão, contrariando o §4º do art. 212 da Carta Magna, o qual prescreve que os programas suplementares de alimentação (dispostos no inciso VII do art. 208 da Constituição) devem ser financiados com recursos provenientes de contribuições sociais ou outros, que não os impostos.

Além disso, à semelhança do ocorrido na apuração do limite mínimo previsto no *caput* do art. 212 da Carta Magna, a STN também considerou no cálculo das despesas com erradicação do analfabetismo e ensino fundamental, parte dos recursos repassados pela União ao Fundo Constitucional do Distrito Federal (FCDF), consignados à ação orçamentária ‘0312 - Assistência Financeira para a Realização de Serviços Públicos de Saúde e Educação do Distrito Federal’, que foram executados pela Secretaria de Saúde do Governo Distrital (R\$278 milhões). Assim, em que pese o esforço do governo federal para viabilizar a aplicação do montante necessário no ensino fundamental e na erradicação do analfabetismo, ainda é preciso que seja promovida a individualização, na Lei Orçamentária, dos recursos destinados ao financiamento das despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, repassados ao FCDF” (BRASIL, TCU, 2007a, p. 137-138).

do art. 212 da CR/1988 e do art. 60 do ADCT, também se fizeram notar durante toda a vigência do Fundef, por mais que a LDB tivesse fixado em seus arts. 70 e 71 o que se pode considerar ou não como tal.

Na prática, durante o período observado pela Tabela 6 acima, houve uma tendência de relativa redução proporcional do papel da União no financiamento da política pública de educação. Isso porque ela se eximiu parcialmente do seu financiamento por meio da DRU e de outros mecanismos de evasão fiscal como os arrolados há pouco. De acordo com Corbucci *et al.* (2009, p. 70),

a queda relativa de sua participação da União está relacionada aos efeitos da Desvinculação de Receitas da União (DRU), que incide também sobre o orçamento educacional e lhe retira um percentual igual a 20% de seus recursos vinculados, fazendo com que sua aplicação mínima efetiva seja menor que aquela determinada constitucionalmente. Apesar de criticada por vários setores ligados à área educacional, a engenharia que corta parte do orçamento do governo federal para a educação ainda¹⁶⁴ se mantém, mesmo ferindo o preceito constitucional de aplicação mínima de 18% do orçamento educacional.

Em face desse movimento contracionista da União na seara da política pública de educação, foi editada a Emenda Constitucional nº 53/2006, com um forte viés redistributivo e fiscalizador, como visto no capítulo anterior.

Por meio de tal emenda foram previstos mecanismos mais rígidos de controle do gasto mínimo federal, assim como foi revogada a regra¹⁶⁵ de percentual mínimo para o ensino fundamental e a erradicação do analfabetismo, já que a nova prioridade passaria a ser, de 2007 em diante, toda a educação básica.

Tanto foi benéfica a vinda da Emenda nº 53/2006 que a Tabela 7, abaixo, destaca, além do cumprimento do percentual mínimo de 18% do art. 212 nos anos de 2007 e 2008, os registros do TCU sobre os consistentes incrementos da complementação da União ao recém-criado Fundeb.

¹⁶⁴ Com a Emenda nº 59/2009, não mais se subsistiu tal mecanismo de desvinculação desde 2011.

¹⁶⁵ De acordo com o TCU, “a partir do exercício de 2007, com o advento da Emenda Constitucional nº 53/2006, que instituiu o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), em substituição ao Fundo de Manutenção e do Desenvolvimento e da Valorização do Magistério (Fundef), foi revogado o §6º do art. 60 do ADCT, *extinguindo-se a partir daquele exercício a obrigatoriedade de aplicação do equivalente a 30% dos recursos previstos no caput do art. 212 da Constituição no ensino fundamental e na erradicação do analfabetismo. Com isso, deixa de existir a obrigatoriedade de aplicação de um valor mínimo no ensino fundamental e na erradicação do analfabetismo*” (BRASIL, TCU, 2007a, p. 138, grifos nossos).

O que é digno de nota na tabela a seguir é o sinal de ruptura com os impasses fiscais do modelo anterior, pois o financiamento federativo do Fundeb passou, de fato, a contar com uma progressividade material na participação da União em seu custeio ao longo dos anos de 2007 e 2008.

TABELA 7

Análises do TCU sobre o cumprimento pela União das vinculações orçamentárias com MDE nos exercícios de 2007 e 2008, sob o pálio da EC nº 53/2006

Critério normativo de análise/ Ano	Análise sobre o cumprimento do percentual mínimo de 18% das receitas resultantes de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino – art. 212, caput da CR/1988	Análise sobre o dever de complementação pela União ao Fundeb, na forma do art. 60, inc. VII, do ADCT
2007	<p>“A União aplicou em manutenção e desenvolvimento do ensino no exercício de 2007 o montante aproximado de R\$17,4 bilhões, ou seja, cerca de 18,99% da receita líquida de impostos, <i>respeitando, assim, o mínimo de 18% previsto no caput do art. 212 da Constituição Federal</i>” (BRASIL, TCU, 2008, p. 49, grifos nossos).</p>	<p>“Em 2007, passou a vigor o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), instituído pela Emenda Constitucional nº 53, de 19.12.2006, e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007. Destaca-se, em seu primeiro ano de vigência, <i>incremento de 31% no montante total dos recursos destinados à Manutenção da Educação</i>, quando comparado ao montante do Fundef em 2006, e <i>variação individual da complementação devida pela União de 538%</i>” (BRASIL, TCU, 2008, p. 50, grifos nossos).</p>
2008	<p>“Conforme se observa, a União aplicou o percentual de 18,90% referente ao financiamento público à manutenção e desenvolvimento do ensino, <i>cumprindo, assim, o limite mínimo constitucional de 18% da receita líquida de impostos</i>” (BRASIL, TCU, 2009, p. 67-68, grifos nossos).</p>	<p>“Em 2008, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), instituído pela Emenda Constitucional nº 53, de 19.12.2006, e regulamentado pela Lei nº 11.494, de 20.06.2007, <i>registrou incremento, em relação ao de 2007, de 36% no montante total dos recursos, tendo o valor anual mínimo por aluno aumentado de R\$941,68 em 2007 para R\$1.172,85 em 2008</i>” (BRASIL, TCU, 2009, p. 82, grifos nossos).</p>

Fonte: Elaboração própria a partir das Sínteses do Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República, emanadas pelo TCU e relativas aos exercícios de 2007 e 2008 (BRASIL, 2009; BRASIL, 2008).

Diante da leitura dos excertos de análise contidos na tabela acima, dois exemplos de progressividade substantiva conquistada na política pública de educação com a EC nº 53/2006 podem ser encontrados na atualização do valor mínimo anual por aluno do Fundeb e no próprio crescimento vertiginoso da complementação da União ao Fundo.

De acordo com os analistas¹⁶⁶ do IPEA que fizeram um balanço dos 20 anos de Constituição para a educação pública brasileira, o marco da Emenda Constitucional nº 53/2006, com a consequente criação do Fundeb (substitutiva do Fundef), reclama uma “forte recomposição” do gasto educacional federal. Senão veja-se:

A criação do Fundeb em 2007 representou, assim como ocorreu com o Fundef, uma minirreforma tributária em cada estado, que deve gerar impasses e forçar negociações entre os dirigentes dos executivos estaduais e municipais mais atingidos e os dirigentes do MEC, visando à cobertura das perdas de recursos estaduais e/ou municipais mediante a alocação de recursos federais. Por isso, deve haver firme disposição do MEC na alocação de recursos complementares em favor das unidades federadas e no comprometimento assumido em seu papel no regime de colaboração. Isto implica que *deve haver, por parte do governo federal, uma forte recomposição do atual orçamento deste ministério e de seu processo de gestão.*

Com isso, a agenda atual prossegue com os itens que têm marcado a reestruturação da gestão da educação pública ao longo da última década, principalmente em questões como: (i) vinculação de recursos; (ii) complementação da União; (iii) implementação de mecanismos redistributivos por níveis e modalidades de ensino; (iv) gestão dos recursos por meio de fundos contábeis e contas específicas; (v) busca da igualdade mediante fixação de valor mínimo nacional a ser gasto por aluno anualmente; (vi) alocação de recursos proporcionalmente ao número de matrículas escolares; (vii) transferência de recursos diretamente às escolas; e (viii) controle social da aplicação dos recursos por meio de conselhos. (CORBUCCI *et al.*, 2009, p. 71-72, grifos nossos)

A renegociação federativa havida com a Emenda nº 53/2006, de que trataram os autores supracitados, tentou reconduzir a União ao seu inafastável papel de instância redistributiva e supletiva da política pública de educação, muito embora os municípios¹⁶⁷ e os estados¹⁶⁸

¹⁶⁶ A saber, Paulo Roberto Corbucci, Ângela Barreto, Jorge Abrahão de Castro, José Valente Chaves e Ana Luiza Codes.

¹⁶⁷ Vide teor crítico da análise do presidente da Confederação Nacional dos Municípios (ZIULKOSKI, 2007).

¹⁶⁸ Cita-se, uma vez mais, o ajuizamento da ADI nº 4.167/DF como exemplo de questionamento dos estados, no que se refere ao piso nacional remuneratório dos profissionais do magistério público em educação básica.

sigam questionando a insuficiência e a velocidade desse movimento. Eis a comprovação da hipótese de que os ajustes feitos diretamente na Constituição sobre o sistema de financiamento público das ações de manutenção e desenvolvimento do ensino contribuíram — ao longo da série histórica — para a sua estabilização.

Houve inconstâncias do financiamento federal e eventuais retrocessos, mas houve também correção de rota e a incorporação de novos patamares de progressividade material e financeira. Para que tal horizonte fosse alcançado, foi decisiva a atuação do Tribunal de Contas da União que registrou suas divergências em seus relatórios anuais.

Tais registros, por seu turno, permitiram uma ação normativa e politicamente orientada no sentido de conquistar a reformulação dos pontos frágeis do art. 60 do ADCT, por parte dos movimentos sociais e dos gestores públicos interessados na política pública de educação. Como já diversas vezes enunciado neste estudo, as Emendas Constitucionais nºs 53/2006 e 59/2009 decorreram da necessidade de corrigir e passar a evitar as erráticas idas e vindas da União no cumprimento da EC nº 14/1996.

Para encerrar, por ora, a análise da trajetória de tentativas e erros na participação federal no custeio federativo das ações de manutenção e desenvolvimento do ensino público segue, enfim, a última das três tabelas anteriormente anunciadas.

Na Tabela 8, abaixo, foram anotadas as principais divergências interpretativas sobre o conteúdo do arranjo constitucional de financiamento mínimo da educação ocorridas entre a Secretaria do Tesouro Nacional e o Tribunal de Contas da União durante os seis anos da série observada (2003 a 2008).

TABELA 8

Divergências interpretativas entre a STN e o TCU sobre o conteúdo material das vinculações orçamentárias para as ações de manutenção e desenvolvimento do ensino no período de 2003 a 2008

(continua)

Ano	Conteúdo das divergências interpretativas entre a STN e o TCU
2003	<i>“Ressalte-se que o valor mínimo nacional do custo por aluno, previsto no art. 6º da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, que deveria servir de base para a complementação da União aos recursos do Fundef, não corresponde ainda ao custo do padrão mínimo de qualidade de ensino, na forma definida por dispositivos da Constituição, do ADCT e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional” (BRASIL, TCU, 2004, p. 491, grifos nossos).</i>

(continua)

Ano	Conteúdo das divergências interpretativas entre a STN e o TCU
2004	<p>1. Sobre a metodologia de cálculo do percentual de gasto mínimo sobre a receita de impostos, na forma do <i>caput</i> do art. 212 da CR/1988:</p> <p><i>“[...] a metodologia de cálculo utilizada pela STN, conforme Relatório Resumido da Execução Orçamentária, resultou em percentual substancialmente superior – 39,44%. Essa diferença decorre de deduções indevidas realizadas pela STN na base de cálculo, relativas a transferências de receitas não originárias de impostos, dentre outras. Além disso, foram computadas despesas financiadas pelo salário-educação, que constitui fonte adicional de recursos (§5º do art. 212 da Constituição), e por operações de crédito, que já são computadas no momento da respectiva amortização, nos termos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação” (BRASIL, TCU, 2005, p. 17, grifos nossos).</i></p> <p>2. Sobre a fixação do valor mínimo nacional por aluno que serve de base para o dever de complementação da União ao Fundef:</p> <p><i>“Ressalte-se que o valor mínimo anual por aluno (VMAA), previsto no art. 6º da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, que deveria servir de base para a complementação da União aos recursos do Fundef, não corresponde ainda ao custo do padrão mínimo de qualidade de ensino, na forma definida por dispositivos da Constituição, do ADCT e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.</i></p> <p><i>A fixação do VMAA também não tem observado o piso do valor médio apurado nacionalmente e nem considerado a estimativa de novas matrículas. Em razão disso, foi determinado, no item 9.3 do Acórdão nº 1.644/2004-TCU-Plenário, que a complementação a ser efetuada pela União, a partir do exercício de 2006, tenha por base valor mínimo por aluno nunca inferior à razão entre a previsão de receita total e o número total de matrículas no ensino fundamental, considerada a estimativa de novas matrículas” (BRASIL, TCU, 2005, p. 16-17, grifos nossos).</i></p>
2005	<p><i>“[...] conforme números extraídos do Siafi, o limite mínimo equivalente de 30% dos recursos previstos no <i>caput</i> do art. 212 da Constituição Federal não foi observado, assim como já havia ocorrido no exercício anterior, tendo em vista que a União aplicou apenas 29,67% das despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino na erradicação do analfabetismo e no ensino fundamental. No entanto, com base no relatório da STN, a subvinculação teria sido atendida com a aplicação de 41,40% da arrecadação líquida de impostos” (BRASIL, TCU, 2006a, p. 95, grifos nossos).</i></p>

(conclusão)

Ano	Conteúdo das divergências interpretativas entre a STN e o TCU
2006	<p>1. Sobre o percentual de 30% no ensino fundamental e na erradicação do analfabetismo: “[...] conforme números extraídos do Siafi, o limite mínimo equivalente de 30% dos recursos previstos no caput do art. 212 da Constituição Federal não foi observado, assim como já havia ocorrido nos três exercícios anteriores, tendo em vista que a União aplicou 29,20% das despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino na erradicação do analfabetismo e no ensino fundamental. No entanto, com base no relatório da STN, a subvenção teria sido atendida com a aplicação de 44,42% da arrecadação líquida de impostos” (BRASIL, TCU, 2007a, p. 137, grifos nossos).</p> <p>2. Sobre os valores de complementação ao Fundef: “Cabe consignar que, no âmbito do TC nº 011.447/2006-6, relatado pelo Ministro Valmir Campelo, este Tribunal constatou descumprimento pelos Ministérios da Educação e da Fazenda aos itens 9.3 e 9.4 do Acórdão TCU nº 1252/2005-Plenário, referentes à complementação da União ao Fundef no exercício de 2006. As justificativas apresentadas estão sendo analisadas. Ademais a matéria também foi apreciada nos Acórdãos TCU nºs 871/2002, 608/2003, e 1.644/2004, todos do Plenário. De acordo com estimativa da Secretaria do Tesouro Nacional (conforme Nota Técnica nº 2192/2006-STN/COFIN), caso fossem cumpridas as determinações do mencionado Acórdão TCU nº 1252/2005-Plenário, o valor da complementação da União ao Fundef em 2006 superaria R\$5 bilhões” (BRASIL, 2007a, p. 139, grifos nossos).</p>
2007	<p>“os resultados diversos encontrados decorrem de diferenças da metodologia utilizada para apuração dos resultados. Alguns procedimentos adotados equivocadamente pela STN contribuíram para elevar o montante de despesas considerado, ao passo que outros contribuíram para reduzir as despesas contabilizadas. No geral, os procedimentos da STN implicaram numa ligeira superestimativa (R\$156 milhões) da despesa com manutenção e desenvolvimento da educação. Contudo, a STN também apurou uma base de cálculo superior àquela considerada pelo Tribunal, de forma que, ao final, o percentual apurado pela STN de gastos em MDE foi inferior ao apurado pelo Tribunal” (BRASIL, TCU, 2008, p. 50, grifos nossos).</p>
2008	<p>Não houve divergências nesta prestação de contas, até porque os “dados levantados pelo Tribunal no sistema Siafi [...] são coincidentes com os números contidos no Relatório Resumido da Execução Orçamentária, elaborado pela Secretaria do Tesouro Nacional” (BRASIL, TCU, 2009, p. 67, grifos nossos).</p>

Fonte: Elaboração própria a partir das Sínteses do Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República, emanadas pelo TCU e relativas aos exercícios de 2003 a 2006 (BRASIL, 2004; BRASIL, 2005; BRASIL, 2006; BRASIL, 2007a e 2007b; BRASIL, 2008; e BRASIL, 2009).

Os diversos conflitos levantados pela Tabela 8 embasam a segunda conclusão parcial deste tópico, qual seja a de que é na divergência de conteúdo que se encerram as mais preocupantes dissimulações propensas a formar uma tendência de “evasão fiscal de despesa”. Tal esvaziamento do significado e da finalidade da norma preocupa em nível mais destacado que o simples descumprimento quantitativo parcial ou total, porque encerra um ar de aparente legitimidade.

Não se consegue questionar tão objetiva e diretamente o desvio de finalidade promovido pela União na fixação do valor mínimo anual por aluno, na medida em que ela teria determinado nível de discricionariedade orçamentária em tal fixação. Se a discricionariedade efetivamente teria desbordado da liberdade dada pelo legislador, como indicou o TCU nos exercícios de 2003 a 2006, essa é uma matéria de nova interpretação que só pode ser resolvida, em última instância, pelo Poder Judiciário.

Parece ao presente estudo que houve arbitrariedade e não simples discricionariedade na subestimativa do valor mínimo *per capita* de referência nacional de qualidade do ensino público por tantos anos consecutivos. Além disso, arbitrariedade é o que também se extrai da falta de correção dos valores de complementação ao Fundef, enquanto ele vigeu.

Soa profundamente ofensiva, nesse sentido, a frágil argumentação da STN, no exercício de 2006, de que não poderia cumprir o patamar mínimo de 30% sobre os obrigatórios 18% da receita de impostos federais, para as ações de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e de erradicação do analfabetismo.

Além de ser eticamente questionável, soa como agressão em estado bruto à Constituição a desculpa dada ao TCU de que o Governo Federal não corrigiria o valor da complementação ao Fundef, pois, “caso fossem cumpridas as determinações do mencionado Acórdão TCU nº 1.252/2005-Plenário, o valor da complementação da União ao Fundef em 2006 superaria R\$5 bilhões” (BRASIL, 2007a, p. 139, grifos nossos).

Conforme visto na Tabela 4, o Ministério da Fazenda complementou em meros R\$250 milhões o Fundef no exercício de 2006, quando, segundo o TCU, deveria ter aplicado mais de R\$5 bilhões. Aplicar vinte vezes menos do que deveria e ainda assim sustentar a legitimidade e a conformidade constitucional do feito é realmente um problema que só o Poder Judiciário poderia enfrentar.

Ocorre que o Judiciário é reativo e não dá conta de minimizar prontamente os efeitos perversos de tais medidas fiscais contracionistas. No caso da política pública de educação, a alternativa eficazmente encontrada foi a da edição de novas emendas constitucionais com o enrijecimento das regras de distribuição federativa do seu custeio.

Como se verá no tópico 4.2 deste capítulo, na política pública de saúde, contudo, a tendência de “evasão fiscal de despesa” da União e de alguns estados ainda não foi contida, tampouco enunciada com a mesma força normativa que os impasses federativos havidos na complementação do Fundef.

Em qualquer circunstância, é de se afirmar que essas “divergências” (e outras que se pode depreender da Tabela 7) são, na verdade, verdadeiras “fraudes à Constituição” perpetradas contra a máxima eficácia dos direitos fundamentais sociais, na feliz expressão de Machado Segundo (2005, p. 181). Ou, caso se prefira, nada mais são que “burla à discriminação constitucional de competências”, tal como bem acentuou Derzi (2002, p. X).

4.1.2 Participação do estado de Minas Gerais – Um pouco acima do mínimo

Enquanto a tendência do gasto federal na política pública de educação é de “evasão fiscal” que demandou, para seu controle, a vinda de novas normas que restringissem sua liberdade interpretativa, a tendência observada no caso de Minas Gerais é de relativa estabilização dos seus patamares históricos de gasto no setor.

É o que se depreende dos percentuais de gasto admitidos como válidos pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, abaixo arrolados na Tabela 9.

TABELA 9

Aplicação pelo estado de Minas Gerais das vinculações orçamentárias para as ações de manutenção e desenvolvimento do ensino no período de 2003 a 2008

Gasto do estado de Minas Gerais com MDE	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Gasto médio	Proporção entre o percentual excedente e o patamar mínimo
Governo de Minas Gerais	26,22%	28,99%	29,40%	30,19%	29,19%	28,75%	28,79%	15,16%

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados de prestação de contas perante o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/default.asp?cod_secao=1GL&tipo=2&url=Fiscalizando_TCE/Fiscalizando_Contas_Publicas_Resposta.asp&cod_secao_menu=5N>. Acesso em: 02 ago. 2010.

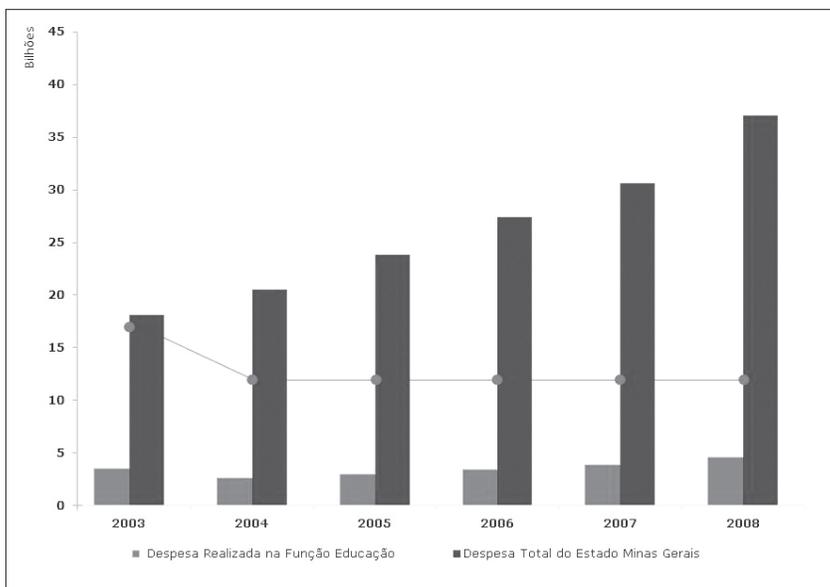
Na série de 2003 a 2008, a média de gasto com manutenção e desenvolvimento do ensino, independentemente de ser referido ao Fundef ou ao Fundeb, foi de 28,79% (vinte e oito inteiros e setenta e

nove centésimos por cento) da receita de impostos e de transferências constitucionais a que o estado faz jus, na forma do art. 212 da Constituição.

Se se considerar que o patamar mínimo de gasto em educação para os estados-membros é de 25%, o excedente médio é relativamente pequeno, ou seja, é de 3,79%. Tal média histórica de gasto “excedente” na política pública estadual de educação representa, na prática, apenas cerca de 15% a mais de gasto no setor que o mínimo constitucionalmente exigido.

Sobre esse comportamento relativamente estabilizado do gasto estadual, a Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária do Estado do Tribunal de Contas de Minas Gerais (CAEO/TCEMG), em seu Relatório Anual das Contas do Governador, relativo ao exercício de 2008, elaborou o seguinte Gráfico 1:

GRÁFICO 1
Despesas realizadas na função educação em relação
às despesas totais do Estado



Fonte: TCEMG (2008, p. 1693), a partir do Armazém de Informações (Siafi).

A tendência apontada pelo gráfico da aludida Comissão de Acompanhamento é de perda proporcional da relevância histórica da função educação, em face do conjunto das despesas totais do estado.

Senão veja-se que, para o citado órgão, “a linha [do gráfico] demonstra que, em valores nominais, a participação das despesas com educação em relação às despesas fiscais do Estado passou de 19,36%, no exercício de 2003, para 12,54%, no exercício em estudo [2008]” (TCE, 2008, p. 1693).

Ainda que o percentual mínimo de 25% em face das receitas de impostos e transferências constitucionais obrigatórias permaneça sendo cumprido, não tem havido significativo incremento material no financiamento das ações públicas de manutenção e desenvolvimento do ensino no estado de Minas Gerais. Ou seja, o ritmo da política pública de educação tem sido, na série de 2003 a 2008, mais lento que o ritmo da despesa total do Governo Estadual mineiro.

De acordo com o TCE (2008, p. 1692), “a Função Educação representa o terceiro maior repasse dos recursos, 12,43% do total, atrás de Encargos Especiais, 26,88% e da Segurança Pública, 12,62%”.

Interessa a este estudo refletir brevemente sobre a emergência da função segurança pública no Orçamento Geral do Estado de Minas Gerais como prioridade alocativa superior à função educação. Ademais dos gastos oriundos da gestão financeira da dívida pública estadual (a que correspondem os encargos especiais), a segurança pública e a educação representam esforços de peso fiscal similar, muito embora os investimentos e gastos correntes nessa última sejam mais estruturais que os gastos naqueloutra política pública.

Como bem lembram Corbucci *et al.* (2009, p. 76, grifos nossos),

Em que pesem os avanços obtidos ao longo das duas décadas que se sucederam à promulgação da Constituição de 1988, *boa parte de seus dispositivos ainda carece de iniciativas e esforços dos poderes públicos, assim como da sociedade civil, para se tornar realidade.*

Considerando-se que educação de qualidade para todos é, ao mesmo tempo, insumo e produto do desenvolvimento societário, não seria razoável supor que o país pudesse ter assegurado um elevado padrão de qualidade educacional à [sic] todos os brasileiros, sem que equivalente avanço fosse logrado em relação às demais condições sociais.

Os gastos na manutenção e no desenvolvimento do ensino, garantindo, assim, acesso universal à educação básica de qualidade, deveriam envolver um compromisso indiscutível do Governo Estadual em tornar tal política pública o seu eixo definidor do “desenvolvimento societário” que se espera produzir em Minas Gerais.

Não se trata de criar uma inadequada competição distributiva entre as diferentes funções contidas no orçamento do estado, mas de firmar

um *esforço fiscal cada vez mais exigente*, porquanto compromissado em uma rota progressiva de conquista de qualidade na educação básica mineira.

4.1.3 Participação dos municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes – Estabilização da rota do financiamento e ampliação dos deveres materiais

Uma dupla perspectiva marca a rota dos municípios ao longo dos anos do período posterior a 1988. Com a vinda da Constituição, tanto lhes foram repassadas maiores e mais sofisticadas responsabilidades, como também inicialmente fora concebido um arranjo que deveria lhes conferir mais volumosas receitas.

Embora a União tenha, durante as décadas de 1990 e 2000, promovido esforços de reconcentração tributária,¹⁶⁹ os municípios efetivamente foram inseridos em uma sistemática constitucional de repartição de competências materiais (deveres de ação governamental) e financeiras (poderes de arrecadação e deveres de gasto).

É, pois, sobre tais competências materiais e financeiras que cuida o presente tópico, para observar como os mais populosos municípios mineiros cumpriram (ou não) os dispositivos constitucionais de vinculação orçamentária para a política pública de educação.

Como já enunciado no capítulo 2 deste estudo, a restrição de foco aos municípios com mais de 100 mil habitantes, além de ser uma exigência de viabilidade metodológica, permitiu o levantamento de 26 (vinte e seis) municípios que, em conjunto, respondem por cerca de 43% (quarenta e três por cento)¹⁷⁰ do total da população mineira.

Em proporção estritamente numérica, o conjunto dos municípios ora investigados perfaz aproximadamente 3% (três por cento) do total dos municípios do estado de Minas Gerais, mas, em termos populacionais e de produção de riqueza, eles representam uma concentração de forças locais e regionais.

Trata-se, desse modo, de um microuniverso relativamente importante para o conjunto dos 853 (oitocentos e cinquenta e três) municípios

¹⁶⁹ Esse tema será mais detidamente observado no próximo tópico relativo aos impasses fiscais causados pela União na área da saúde.

¹⁷⁰ Na contagem populacional do IBGE de 2007, o estado de Minas Gerais tinha 19.273.533 (dezenove milhões duzentos e setenta e três mil e quinhentos e trinta e três) habitantes, enquanto o somatório dos vinte e seis municípios, então, com mais de 100 mil habitantes, perfazia a significativa cota de 8.233.374 (oito milhões duzentos e trinta e três mil e trezentos e setenta e quatro) habitantes. Razão pela qual a proporção desse conjunto de municípios chega à casa de 42,72% em face daquele primeiro contingente populacional.

mineiros, seja em bases populacionais, seja em capacidade de integração regional das políticas públicas ora observadas.

Araguari, Barbacena, Belo Horizonte, Betim, Conselheiro Lafaiete, Contagem, Coronel Fabriciano, Divinópolis, Governador Valadares, Ibitaré, Ipatinga, Itabira, Juiz de Fora, Montes Claros, Passos, Patos de Minas, Poços de Caldas, Pouso Alegre, Ribeirão das Neves, Sabará, Santa Luzia, Sete Lagoas, Teófilo Otoni, Uberaba, Uberlândia e Varginha perfazem a lista dos 26 municípios observados.

Ainda que fosse possível e, eventualmente, necessária a investigação de eventuais circunstâncias de gestão local e de realidades sociopolíticas e econômicas de cada qual desses municípios, avisa-se uma vez mais que o foco da análise a respeito desse conjunto reside tão somente nos seus respectivos dados avaliados pelo TCEMG.

Como se vê na Tabela 10 a seguir, os dados das séries históricas de execução orçamentária dos municípios indicam haver, no cumprimento do art. 212 da CR/1988 e do art. 60 do ADCT, uma tendência ainda mais acentuada que a estadual à estabilização do financiamento.

TABELA 10

Aplicação pelos municípios mineiros, com mais de 100 mil habitantes, das vinculações orçamentárias para as ações de manutenção e desenvolvimento do ensino no período de 2003 a 2008

(continua)

Município	População	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Gasto médio	Percentual excedente
Araguari	106.403	27,22%	27,28%	25,93%	27,68%	26,74%	24,16%	26,50%	6,01%
Barbacena	122.377	34,47%	29,91%	29,50%	33,60%	35,32%	33,63%	32,74%	30,95%
Belo Horizonte	2.412.937	27,48%	28,58%	27,41%	27,22%	25,24%	28,88% ¹⁷³	27,47%	9,87%
Betim	415.098	25,44%	26,09%	25,34%	28,31%	30,41%	29,32%	27,49%	9,94%
Conselheiro Lafaiete	109.280	25,27%	26,56%	25,36%	25,52%	25,66%	25,24%	25,60%	2,41%
Contagem	608.650	25,21%	25,95%	25,07%	25,93%	30,37%	30,07%	27,10%	8,40%
Coronel Fabriciano	100.805	24,77%	23,93%	26,52%	24,27%	26,53%	26,42%	25,41%	1,63%
Divinópolis	209.921	25,12%	25,49%	27,66%	26,67%	25,60%	24,92%	25,91%	3,64%
Governador Valadares	260.396	26,01%	25,21%	25,04%	25,59%	25,56%	25,18%	25,43%	1,73%
Ibitaré	148.535	27,18%	29,91%	26,59%	26,05%	26,41%	26,84%	27,16%	8,65%

¹⁷¹ Patamar admitido pelo TCEMG por força de decisão judicial, a qual, dados os limites estreitos desta pesquisa, não foi possível levantar.

(conclusão)

Município	População	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Gasto médio	Percentual excedente
Ipatinga	238.397	26,07%	25,76%	26,04%	26,60%	25,79%	25,54%	25,97%	3,87%
Itabira	105.159	27,19%	25,36%	25,79%	26,19%	29,32%	28,30%	27,03%	8,10%
Juiz de Fora	513.348	25,72%	25,55%	26,43%	27,85%	26,54%	26,08%	26,36%	5,45%
Montes Claros	352.384	28,73%	26,77%	25,21%	25,95%	25,90%	25,07%	26,27%	5,09%
Passos	102.765	25,58%	25,40%	26,28%	25,81%	26,78%	25,87%	25,95%	3,81%
Patos de Minas	133.054	26,13%	25,56%	26,43%	25,91%	25,68%	26,76%	26,08%	4,31%
Poços de Caldas	144.386	27,18%	26,46%	25,24%	27,09%	25,69%	26,28%	26,32%	5,29%
Pouso Alegre	120.467	28,22%	28,34%	25,10%	25,80%	26,59%	25,03%	26,51%	6,05%
Ribeirão das Neves	329.112	30,19%	28,53%	25,33%	26,83%	26,97%	25,42%	27,21%	8,85%
Sabará	120.770	26,99%	27,90%	26,53%	26,59%	27,89%	26,46%	27,06%	8,24%
Santa Luzia	222.507	25,85%	27,62%	23,82%	26,10%	24,89%	25,92%	25,70%	2,80%
Sete Lagoas	217.506	26,50%	28,17%	24,97%	25,52%	25,34%	25,12%	25,94%	3,75%
Teófilo Otoni	126.895	25,18%	25,56%	23,60%	27,32%	25,99%	25,28%	25,48%	1,95%
Uberaba	287.760	25,61%	25,37%	26,49%	29,73%	25,51%	23,96%	26,11%	4,45%
Uberlândia	608.369	29,12%	27,72%	25,29%	28,51%	27,62%	28,36%	27,77%	11,08%
Varginha	116.093	26,96%	27,86%	25,29%	27,32%	29,38%	29,08%	27,65%	10,59%
Média	Total da população: 8.233.374	26,90%	26,80%	25,86%	26,92%	27,07%	26,66%	26,70%	6,80%

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados de prestação de contas perante o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/default.asp?cod_secao=1GL&tipo=2&url=Fiscalizando_TCE/Fiscalizando_Contas_Publicas_Resposta.asp&cod_secao_menu=5N>. Acesso em: 02 ago. 2010.

Em média, os municípios mineiros observados gastaram apenas 6,80% (seis inteiros e oitenta centésimos por cento) acima do limite mínimo de gasto nas ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, que é de 25% sobre as receitas de impostos e transferências constitucionais obrigatórias dos arts. 157 a 159.

Vale lembrar, nesse sentido, que o excedente médio do estado de Minas Gerais, no período de 2003 a 2008, foi de 15,16% sobre o gasto mínimo com MDE. É o que se depreende da Tabela 8, anteriormente analisada.

Mas essa diferença relativa significa que os mais populosos municípios mineiros têm se esquivado do dever de progressividade na política pública de educação? Aparentemente esse não deve ser o norte

interpretativo, até porque, como bem avaliam Corbucci *et al.* (2009), os municípios têm sido, desde 1988, os que mais executam as ações materiais de universalização de acesso à educação básica obrigatória.

Os municípios ganharam com a descentralização fomentada pela lógica dos fundos da área educacional (Fundef, Fundeb e outros) não apenas mais receitas, mas, sobretudo, maiores responsabilidades administrativas e financeiras. Senão veja-se:

A análise da evolução do gasto público educacional por esfera de governo é um elemento essencial para observar a descentralização de recursos, bem como para comparar o grau de responsabilidade pela oferta dos bens e dos serviços educacionais.

[...] [Tal análise] evidencia claramente tendência de *ampliação da participação das esferas de governo subnacionais no financiamento da educação, sobretudo dos municípios. Em 1995, esta esfera de governo foi responsável por 27,9% do total dos gastos educacionais, mas em 2005 respondia por 38,9%*. Esta ampliação, entretanto, não significa necessariamente aumento da capacidade exclusiva do município em financiar ações educacionais. Esta reflete, na verdade, um *aumento de recursos em poder dos municípios, possível mediante a política de priorização do ensino fundamental e a estrutura legal de financiamento e de competências, que em grande medida delimitou a repartição do orçamento educacional*. Em outras palavras, a distribuição de competências, feita a partir da CF/88, atribuiu aos municípios a responsabilidade maior pelo ensino fundamental, aliado ao regime de colaboração — financiamento e gestão —, entre as esferas de governo na área de educação, bem como ao Fundef, fizeram que *as receitas disponíveis aos municípios ampliassem-se consideravelmente*. Por outro lado, ainda que não tenha havido diminuição dos gastos, reduziram-se as participações de estados e da União no financiamento da educação [...]. (CORBUCCI *et al.*, 2009, p. 69-70, grifos nossos)

O federalismo cooperativo previsto no art. 211 da Constituição em matéria educacional se fez acompanhar de demandas concretas que foram atribuídas, por seu turno, na primeira e mais complexa linha de frente aos municípios.

No que se refere ao ensino fundamental, que até a Emenda Constitucional nº 53/2006 era a maior prioridade de gasto público no sistema federativo da educação, foi adotada a via da municipalização de sua prestação. A essa rota, seguiram-se uma relativa redução da participação estadual nesse nível de ensino e uma renovação do dever federal de complementação, o qual, como já visto, passou por alguns impasses e divergências interpretativas até se estabilizar e sedimentar-se a partir de 2007. A esse respeito, igualmente pertinentes são as considerações dos autores supracitados:

A diminuição dos gastos dos estados decorre, em grande medida, do regime de colaboração e das mudanças na estrutura de financiamento da educação pública. Ao vincular 60% das receitas para o ensino fundamental público, o Fundef promoveu o aumento das matrículas nas redes municipais neste nível de ensino e, consequentemente, a transferência de parcela das receitas de estado para municípios. [...]

A crescente municipalização da rede de ensino fundamental foi uma saída encontrada pelos estados e desejada pelos municípios para diminuir a rede de alunos atendidos. Se de um lado a municipalização da matrícula do ensino fundamental levou consigo parte dos recursos de estados, de outro, permitiu a estes se concentrarem no atendimento ao ensino médio. Em certa medida, *a municipalização do ensino fundamental também implicou transferir à União maior responsabilidade pela educação básica, por meio das complementações.*

Os avanços quanto à descentralização da gestão fundamentam-se na perspectiva de que este é um processo que pode gerar círculos virtuosos. Em outras palavras, esta otimizaria recursos, pela eliminação de atividades-meio; fomentaria maior efetividade das políticas, já que transferiria para ponta do sistema, para beneficiários, a responsabilidade pelo estabelecimento das prioridades a serem atendidas; e tornaria o processo mais transparente, pois permitiria à população local acompanhar e fiscalizar a devida aplicação dos recursos e da prestação dos serviços. (CORBUCCI *et al.*, 2009, p. 70-71)

Retomando, com isso, a análise do presente estudo comparativo, fato é que os dados dos municípios mineiros não apontam distorções dignas de nota. Em maior ou menor medida, pode-se considerar fruto dos processos político-históricos locais a diferença havida, por exemplo, entre a maior média de percentual excedente (Barbacena, com o honroso patamar de 30,95% de aplicação acima do mínimo em MDE) e a menor (Coronel Fabriciano, com apenas 1,63% de percentual excedente).

Nesse sentido, a conclusão parcial deste tópico incide sobre a normalidade institucional presentemente vivenciada entre os três níveis da Federação no custeio das ações públicas de manutenção e desenvolvimento do ensino.

O estado de Minas Gerais e os municípios observados cumprem — com esporádicas e circunstanciais exceções — o patamar mínimo do art. 212 da Constituição de 1988, oscilando suas médias de gasto um pouco acima desse referencial normativo. Nas análises pesquisadas no âmbito do TCEMG, não se encontrou, provavelmente por força dessa normalidade institucional, qualquer registro de instabilidade no financiamento intergovernamental da política pública de educação em Minas Gerais.

Não fosse pelos desvios interpretativos provocados pela União (há pouco analisados), o cenário, de fato, seria o de uma progressividade substantiva dessa política pública, porquanto sustentada por uma base de financiamento estabilizada temporalmente.

4.2 Guerra fiscal de despesa no financiamento do direito à saúde – Vulnerabilidade fiscal oriunda de um déficit normativo?

Diferentemente do arranjo relativamente estável de financiamento da política pública de educação (o qual, como visto, não se revelou uma constante histórica), a área da saúde ainda sofre com os percalços da falta de uma estrutura normativa consistente.

No capítulo 3 e no item anterior deste, foi possível avaliar que a técnica legislativa da EC nº 29/2000 de remeter sua regulamentação sensível à edição de norma posterior se revelou profundamente inadequada sob os pontos de vista institucional e federativo.

Seria necessária, pautando-se pelo exemplo bem-sucedido da trajetória constitucional da área da educação, mais do que a sua regulamentação por lei complementar. Diante do que se discutiu até aqui, a Emenda nº 29/2000 tem demandado, a bem da verdade, uma reforma constitucional dos seus próprios fundamentos para “renegociar”¹⁷² federativamente os seus custos financeiros e desafios materiais.

A exemplo do marco divisor representado pela EC nº 53/2006 para a educação, a política pública de saúde precisa enfrentar o problema de sua vulnerabilidade fiscal como um impasse federativo que só pode ser bem equacionado no próprio corpo do art. 198 da Constituição. O déficit normativo vivenciado pelo setor, durante o período de 2005 a 2012 (sobretudo em face do §4º do art. 77 do ADCT), demanda uma intervenção mais forte e mais profunda¹⁷³ que lhe traga os mesmos

¹⁷² Na feliz expressão de Corbucci *et al.* (2009).

¹⁷³ Em uma breve nota de conteúdo subjetivo, parece-nos francamente esgotada, do ponto de vista histórico, e limitada, do ponto de vista jurídico, a norma programática do §3º do art. 198 da CR/1988, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 29/2000 e, por conseguinte, o modelo de regulamentação feito pela Lei Complementar nº 141/2012.

Embora este estudo não objetive cuidar da análise dos diversos projetos de lei complementar que tramitaram no Congresso Nacional para fins de “regulamentação da Emenda 29” (como ficou mais usualmente conhecida) durante os anos 2000 a 2012, apontamos aqui nossa observação pessoal de que apenas por meio de nova emenda constitucional se promoveria um reequilíbrio no custeio da política pública de saúde. Isso porque a União encontra-se diretamente interessada no esvaziamento normativo da regulamentação da

efeitos limitadores dos abusos e desvios interpretativos que a emenda do Fundeb trouxe para o art. 60 do ADCT.

A hipótese que orienta o presente tópico, portanto, é a de que as ações e serviços públicos de saúde vivenciam uma verdadeira guerra fiscal de despesa, dotada de mecanismos ainda mais sofisticados de evasão fiscal e burlas interpretativas que o experimentado pela educação na definição do valor mínimo anual por aluno.

A sobrecarga desse sério impasse federativo recai sobre os municípios, os quais, como dito anteriormente, passaram no pós-CR/1988 à linha de frente da ação governamental. É sobre eles, enfim, que tem literalmente desabado o excesso de demandas judiciais e pressões sociais pelo incremento material do SUS, sem que haja, contudo, o respaldo financeiro correspondente ao acréscimo de suas funções executivas.

Como bem avaliaram Piola *et al.* (2009, p. 162, grifos nossos),

um sistema de saúde universal e igualitário compromissado com o atendimento integral *requer, invariavelmente, recursos públicos vultosos*. Seria ingenuidade supor, portanto, que a implementação dos princípios constitucionais na área da saúde pudesse efetivar-se apenas com ganhos de eficiência, sem recursos adicionais.¹⁷⁴

No balanço dos vinte anos de Constituição da República, os autores em comento objetivamente apontam a raiz financeira dos desafios experimentados pela política pública de saúde no Brasil, na medida em que

Tornar a gestão do SUS mais eficiente e profissional é algo absolutamente necessário e inadiável, mas não suficiente. *É imprescindível que, simultaneamente, sejam assegurados os recursos mínimos necessários para que o acesso universal a um atendimento integral, igualitário e de boa qualidade seja menos um exercício retórico e mais uma ação objetiva percebida pela sociedade*. Sem a realização de novos investimentos, não há mágica gerencial capaz, por exemplo, de resolver a desigualdade acumulada na distribuição espacial da oferta.

EC nº 29/2000, assim como porque há fortes impasses federativos (sobretudo, causados pelos estados-membros que criam restrições conceituais ao seu alcance e pela União que se escusa do dever de progressividade no financiamento do SUS).

¹⁷⁴ Galdino (2005, p. 211), embasado na instigante obra sobre os custos dos direitos (*The cost of rights*) de Stephen Holmes e Cass Sunstein, sustenta que, “em vez de considerar direito uma situação ideal e não raro absoluta, é melhor considerá-los como poderes de invocar os seletivos investimentos dos escassos recursos públicos de uma dada comunidade”.

Tendo em vista essa situação, o Estado brasileiro deveria sinalizar para a opinião pública qual é a *política prioritária de financiamento público de serviços de saúde* e, como decorrência, escolher como epicentro desta política o objetivo de fortalecimento da capacidade de oferta e a melhoria de qualidade dos serviços do SUS. O ideal é que houvesse um comprometimento mais claro com três objetivos: (i) *um crescimento gradual do gasto público no SUS de tal modo a atingir, no máximo em duas décadas, o nível deste tipo de gasto prevalente em países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que mantêm sistemas universais*; [O que, como asseverado pelos autores, implicaria passar dos 3,5%, do PIB vigentes em 2005, para 6%] (ii) uma revisão gradativa do conjunto de benefícios tributários concedidos na área da saúde, de forma a alcançar-se alocação mais equitativa no tocante ao gasto tributário, ou seja, recursos públicos de isenções fiscais a pessoas físicas, entidades filantrópicas e outras; e (iii) melhorar a qualidade dos serviços do SUS mediante o estabelecimento de mecanismos de garantia de atendimento oportuno (PIOLA *et al.*, 2009, p. 162-163, grifos nossos).

Se é certo que algumas mudanças substantivas ainda estão por ser implementadas no curso da evolução do SUS, a solução de tal pendência exige uma estrutura sólida e estável de financiamento público progressivo. Cumpre, pois, questionar se a relativa estagnação material do SUS no âmbito constitucional, quando comparado à política pública de educação, tem sido causada, entre outras coisas, pela falta daquela estrutura normativa e financeira.

Para testar e, posteriormente, avaliar tais relações de sentido, é que se subdividiu o presente tópico em três partes, de modo a explorar o caso da sobrecarga suportada pelos municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes no financiamento do SUS, durante o período de 2003 a 2008.

Na primeira parte, serão analisados os dados da União e os seus respectivos impasses financeiros e orçamentários causados na política pública nacional de saúde. Desde já, diz-se de uma sobrecarga sobre os municípios, porque o gasto mínimo federal nas Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) tem sido regressivo. Tal regressividade é constatável, como se verá mais adiante, quer se adote o critério da (i) participação proporcional do gasto federal no volume total de gastos públicos com o SUS, quer se adote o critério da (ii) participação proporcional dos gastos federais em ASPS no volume total da Receita Corrente Líquida da União.

Na segunda parte, será explorada a série de execuções orçamentárias do estado de Minas Gerais de 2003 a 2008 que indica haver

importantes controvérsias interpretativas sobre quais ações governamentais poderiam ser contabilizadas, ou não, como ASPS. A depender do critério material utilizado para definir o gasto mínimo na política pública universal e gratuita de saúde, o estado estaria a aplicar, em média, apenas a metade do patamar mínimo constitucional definido no art. 77, do ADCT, da Constituição de 1988.

Por fim, na terceira parte deste tópico, serão apresentados os dados dos mais populosos municípios mineiros, para que se possa avaliar o grau e a extensão da sobrecarga ora percebida. É do que se passa a cuidar.

4.2.1 Impasses fiscais provocados pela União

Abrem-se, neste tópico do estudo, duas linhas de discussão sobre algumas das controvérsias provocadas pela União no custeio federativo das ações e serviços públicos em saúde e, em especial, do SUS que lhes dá formato sistêmico em todo o território nacional.

Enquanto a primeira linha cuida de apontar e questionar os dados contábeis apresentados pela STN e avaliados pelo TCU, a segunda linha enfrentará alguns conflitos materiais que, somados àqueles, direta ou indiretamente erigiram, no nível da União, uma espécie de barreira fiscal fática ao dever de progressividade no financiamento da política pública de saúde.

Neste primeiro momento, serão expostos os dados das contas apresentadas pela União em ASPS no período de 2003 a 2008, os quais não de passar pelo crivo de sua admissibilidade pelo TCU. Com isso, espera-se tecer um breve diagnóstico das principais divergências interpretativas entre o Governo Federal e o Tribunal de Contas sobre o cumprimento da Emenda nº 29/2000, assim como feito na análise das vinculações orçamentárias relativas à educação.

Após o aludido panorama fiscal inicial, o tópico se subdividirá em duas partes, para discorrer mais detidamente sobre algumas das mais importantes tensões normativas motivadoras da regressividade do gasto federal em saúde. Inicialmente, a dupla tendência de reconcentração tributária e de desvinculação de receitas da União será discutida sob o ponto de vista de seus impactos federativos, além da fragilização fiscal provocada pela DRU no custeio dos direitos fundamentais que têm algum nível de vinculação orçamentária estipulado pela Constituição.

Na parte final deste tópico, uma vez assentadas as divergências fiscais e as principais tensões normativas, espera-se ser possível enfrentar, com maiores elementos analíticos, a omissão — havida

durante o período de 2005 a 2012 — ao dever de legislar da União (no que se refere à EC nº 29/2000) e a omissão persistente — mesmo com o advento da LC nº 141/2012 — ao dever de conferir progressividade à política pública de saúde.

Passando, pois, ao cumprimento dos objetivos acima arrolados, percebe-se na leitura da Tabela 11 abaixo que a União teve um comportamento médio de gasto no setor muito tímido, como se fora apenas uma obrigação formal de despesa e não a materialização de um direito fundamental.

TABELA 11

Aplicação pela União da vinculação orçamentária para Ações e Serviços Públicos de Saúde no período de 2003 a 2008

Demonstrativo das receitas e despesas da União com as Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS)	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Total das despesas com Ações e Serviços Públicos de Saúde (em milhares)	27.179.332	32.638.719	37.029.236	40.750.155	44.303.491	48.678.681
Varição nominal do PIB (em %)	12,29%	15,61%	13,52%	9,68%	8,65%	9,61%
Varição de aplicação (em %)	9,88%	20,29%	13,45%	10,05%	8,72%	9,88%
Receita Corrente Líquida (RCL), na forma do art. 2º, §3º, inc. IV, da LRF (em milhares)	224.920.164	264.352.998	303.015.775	344.731.433	386.681.857	428.563.288
Varição nominal da RCL em relação à RCL de exercício anterior (em %)	11,39%	17,53%	14,63%	13,77%	12,17%	10,83%
Proporção do gasto em ASPS sobre a RCL (em %)	12,08%	12,35%	12,22%	11,82%	11,46%	11,36%

Fonte: Elaboração própria a partir dos Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária (RREO) do Governo Federal, Demonstrativo das Despesas com Saúde, Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social (art. 77 do ADCT, anexo XV do RREO) e Demonstrativo da Receita Corrente Líquida (art. 53, inc. I, da LRF, anexo III do RREO).

Restringindo o foco inicial à 3ª linha da tabela, ou seja, na variação efetiva de aplicação e comparando-a à variação nominal do PIB da 2ª linha, percebe-se que a União objetivamente não cumpriu seu patamar mínimo de gasto nas ações e serviços públicos de saúde nos anos de 2003 e de 2005. A informação de que Governo Federal ficou aquém do mínimo, nesses anos, foi registrada no relatório formulado pelo próprio Ministério da Fazenda. É tão notável tal fato que é como se tivesse ocorrido uma confissão explícita (!) de infração à ordem constitucional.

Uma vez admitido o descumprimento do art. 198, §2º, da CR/1988, e do art. 77 do ADCT, nos anos de 2003 e 2005, a União teria tentado compensar no exercício seguinte o déficit no gasto mínimo do ano anterior, o que explica, parcialmente, o índice tão mais elevado de aplicação em 2004 e o índice timidamente superior ao mínimo em 2006. Nenhuma outra consequência jurídica daí decorreu, como se verá adiante, da análise dos relatórios e pareceres prévios do TCU.

A tendência da série mostrada pela Tabela 11 aponta no sentido de que as variações nominais de aplicação do patamar de gasto mínimo em saúde pela União foram definidas apenas para assegurar que se mantenha a estrita equivalência com a expansão nominal do PIB.

À exceção do exercício de 2004 (quando houve incremento real de 30% acima da variação nominal do PIB), em todos os demais anos acima avaliados, a União gastou menos do que devia ou ficou ligeiramente acima do índice de variação nominal do PIB.

Interessante, a esse respeito, é o comportamento dos três últimos anos da série pesquisada (2006, 2007 e 2008), cujo percentual excedente médio (acima, portanto, da variação nominal do PIB) não ultrapassou a casa dos 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento).

Fato é que, sob o estrito aspecto do cumprimento do art. 77 do ADCT, a Tabela 11 acima poderia permitir a fria e objetiva conclusão de que estaria configurada uma rota de relativa estabilização do financiamento do SUS pela União.

Como a célebre analogia do copo meio cheio e meio vazio, esse é um dilema mais complexo e está a indicar a inadequação dos critérios adotados para a fixação do patamar mínimo de gasto em saúde pela União.

Não é estabilidade, contudo, o que se vivencia na realidade prática, mas sim estagnação financeira e material no financiamento federal da política pública de saúde. Tal constatação também pode ser derivada da leitura objetiva dos dados da Tabela 11: basta observar o comportamento da Receita Corrente Líquida da União que se perceberá a tendência de um crescimento mais acelerado da arrecadação federal que o crescimento da economia.

As variações nominais da RCL superam, em média, as variações nominais do PIB em quase 16% (dezesseis por cento).¹⁷⁵ Como o critério de fixação do gasto mínimo em saúde aplicável aos demais entes subnacionais guarda correlação matemática com a expansão da receita de impostos e transferências, pode-se afirmar (em sentido diametralmente oposto ao feito há pouco) que tem havido regressividade do gasto federal no SUS.

Em suma, os efeitos contábeis do critério de correção dos patamares de gasto mínimo da União apenas pela variação nominal do PIB indicam de forma objetiva que tais patamares têm perdido a sua relevância proporcional no volume total das receitas correntes federais. Esse, aliás, é o teor da sexta e última linha da tabela.

Para que fiquem mais claras as tendências de estagnação e regressividade ora apontadas, propõe-se um rápido exercício de abstração matemática: supondo que a União tivesse o dever de manter seu patamar de gasto mínimo em saúde na casa dos 12% da Receita Corrente Líquida, como se sucedeu nos três primeiros anos da série acima analisada, em 2008, o valor efetivamente aplicado pelo Governo Federal nas ASPS teria sido de R\$58,4 bilhões e não apenas de R\$48,7 bilhões. Seriam quase R\$10 bilhões a mais para o setor, apenas com a manutenção do perfil histórico de gasto havido até 2005.

Ainda que não se entendesse adequado vincular o patamar de gasto mínimo da União ao comportamento da Receita Corrente Líquida federal, poderia ser adotada a regra de opção pela variável mais benéfica para o financiamento da saúde pública: ou a variação nominal do PIB ou a variação nominal da RCL. Como visto, a média da variação nominal da RCL foi, no período de 2003 a 2008, 16% superior à média da variação nominal do PIB.

Em qualquer das hipóteses suscitadas, haveria algum nível de correspondência entre o gasto mínimo federal em saúde e a evolução das receitas da União disponíveis, entre outras coisas, para o custeio da seguridade social.

A necessidade de manter correlação finalística entre o comportamento da Receita Corrente Líquida federal e o gasto mínimo em

¹⁷⁵ Na média, as variações nominais do PIB representaram, durante o período de 2003 a 2008, um patamar de 11,6% (onze inteiros e seis décimos por cento), enquanto as variações nominais da RCL federal corresponderam a uma média de 13,4% (treze inteiros e quatro décimos por cento), o que configura uma diferença de média em favor da RCL de 1,8%. É essa diferença positiva em favor da média das variações nominais da RCL que configuraria a possibilidade de incremento dos recursos federais vertidos ao SUS em cerca de 16% acima dos valores vertidos no período observado.

saúde pode ser fundamentada com base na expansão da arrecadação federal com as contribuições sociais de que tratam os arts. 149 e 195 da Constituição. Assim como essa seria uma exigência decorrente do próprio pacto federativo, já que se a União arrecada mais e aplica proporcionalmente menos no SUS, os demais entes passam a suportar as pressões sociais e judiciais pelas melhorias de acesso ao sistema, sem a contrapartida de aumento no financiamento federal.

O que se quer, desde já, deixar sedimentado é que a União tem disponibilidade orçamentário-financeira para contribuir mais com o sistema, na mesma medida em que o SUS tem necessidade de receber mais volumosos e regulares recursos para o seu custeio. Cumpre, nesse sentido, retomar o binômio estruturante do direito a prestações, o qual está fincado no equilíbrio entre a possibilidade de quem oferta as prestações e a necessidade de quem as demanda.

Conforme se verá, na Tabela 12 a seguir, a União tem possibilidade e o SUS necessita de outra compreensão dos recursos mínimos que lhe são vertidos pela União.

TABELA 12

Evolução nominal da receita corrente da União no período de 2003 a 2008 (em %)

Comportamento da receita corrente da União	Varição nominal 2004/2003	Varição nominal 2005/2004	Varição nominal 2006/2005	Varição nominal 2007/2006	Varição nominal 2008/2007	Média de crescimento das variações nominais
Receita corrente bruta	17,21	17,03	10,76	12,81	14,55	14,47
Receita Corrente Líquida (RCL), na forma do art. 2º, §3º, inc. IV, da LRF (em milhares)	17,53	14,63	13,77	12,17	10,83	13,78
Receita de contribuições sociais	22,84	12,98	8,98	13,75	5,20	12,75
Receita de impostos	11,48	20,38	9,24	20,35	24,58	17,21
Varição nominal do PIB (em %)	12,29	15,61	13,52	9,68	8,65	9,61

Fonte: Elaboração própria a partir de dados coletados junto à Secretaria do Tesouro Nacional, Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) do Governo Federal, Balanço Orçamentário de janeiro a dezembro/bimestre novembro-dezembro (LRF, art. 52, inc. I, alíneas “a” e “b” do inc. II e §1º, anexo I).

Na Tabela 12, a média de variação nominal do PIB perde para rigorosamente todas as outras medidas de variação nominal que correspondem aos principais critérios de aferição do comportamento da receita corrente federal. Isso se explica por um fator muito simples: a velocidade da máquina arrecadatória da União é maior que a do crescimento do PIB.

No conjunto de todos os dados acima apresentados nas Tabela 11 e 12, revela-se de forma cristalina e objetiva o impasse fiscal no financiamento federal do SUS, ainda mais se se retomar as discussões suscitadas sobre a sua trajetória constitucional no capítulo anterior. Por essa razão, encerra-se, ao menos por ora, a fase de apresentação dos dados da STN e passa-se à indicação das avaliações e eventuais divergências do TCU sobre estes.

Na Tabela 13 a seguir, tem-se uma síntese dos fundamentos da análise do Tribunal de Contas sobre o cumprimento da EC nº 29/2000 pela União.

TABELA 13

Análises do TCU sobre o cumprimento pela União das vinculações orçamentárias com ASPS nos exercícios de 2003 a 2008, sob o pálio da EC nº 29/2000

(continua)

Ano	Análise sobre o cumprimento do patamar mínimo de gasto de que trata a alínea “b” do inciso I do art. 77 do ADCT da CR/1988
2003	“Por sua vez, em se tratando da Saúde, constata-se que a União empenhou, em 2003, deduzidos os Restos a Pagar cancelados, o montante de R\$26,8 bilhões, recursos esses que representam um incremento de apenas 8,1% em relação ao exercício de 2002, percentual inferior aos 12,3% de crescimento nominal do PIB entre os exercícios de 2002 e 2001, referenciais para o cálculo da alocação desses recursos. Fica caracterizado, dessa forma, descumprimento ao limite mínimo estabelecido no art. 77, inciso I, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação dada pela EC nº 29/2000” (BRASIL, TCU, 2004, p. 491, grifos nossos).
2004	“Em relação à área de saúde, a União empenhou, em 2004, deduzido o cancelamento dos restos a pagar, o montante de R\$32,5 bilhões. Isso representa incremento de 20,3% em relação ao exercício de 2003, percentual superior aos 15,6% de crescimento nominal do PIB entre os exercícios de 2002 e 2003, referenciais para o cálculo da alocação desses recursos. Foi cumprido, portanto, o limite mínimo estabelecido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no art. 77, inciso I, alínea ‘b’” (BRASIL, TCU, 2005, p. 18).
2005	“A União empenhou o montante de R\$37,4 bilhões em despesas da área de Saúde em 2005, deduzidos os restos a pagar cancelados. Esse valor está cerca de R\$422,6 milhões acima do limite mínimo de gastos em ações e serviços públicos de saúde. Os recursos empenhados em 2005 representam um incremento de 14,8% em relação ao exercício anterior, percentual superior aos 13,5% de crescimento nominal do PIB entre os exercícios de 2003 e 2004, referenciais para o cálculo da alocação desses recursos no exercício de 2005. Fica caracterizado, dessa forma, o cumprimento ao limite mínimo estabelecido no art. 77, inciso I, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 29/2000. [...]”

(conclusão)

2005	<p>Contudo, cabe ressaltar que esse crescimento dos gastos em ações e serviços públicos de saúde inclui as transferências de renda do Programa Bolsa Família, nas ações de 'Auxílio à Família na Condição de Pobreza Extrema, com Crianças de Idade de 0 a 6, para Melhoria das Condições de Saúde e Combate às Carências Nutricionais (Lei nº 10.836/2004)'. Essa despesa, no valor de R\$2,0 bilhões no exercício de 2005, foi 153,8% maior que o montante de R\$0,8 bilhão empenhado em 2004. Tais ações foram decisivas para cumprimento da EC nº 29/2000. Embora essas despesas contribuam em alguma medida para a melhoria nas condições de saúde da população, sua abrangência restringe-se às famílias com renda per capita de até R\$100,00 e sua atuação é indireta, via melhoria das condições socioeconômicas, por meio de transferência de renda, condicionada ao cumprimento de agenda de compromissos na área da saúde e da segurança alimentar por seus beneficiários. Portanto, <i>considera-se questionável a inclusão destas despesas nos gastos em ações e serviços públicos de saúde para fins do cumprimento da EC nº 29/2000</i> [...]</p> <p>Se fossem desconsiderados os gastos com ações do Programa Bolsa Família, que contribuem indiretamente para a melhoria das condições de saúde da população, o limite mínimo de aplicação de recursos em saúde não teria sido cumprido em 2005.</p> <p>Caso os recursos do Bolsa-Família não tivessem sido incluídos no cálculo dos gastos mínimos em saúde, haveria descumprimento da EC nº 29/2000 no exercício de 2005. As despesas empenhadas, deduzidos os restos a pagar cancelados, estariam abaixo do mínimo constitucional em R\$725,6 milhões. O crescimento dos gastos em saúde teria sido de 11,24% inferior à variação do PIB" (BRASIL, TCU, 2006b, p. 33-35, grifos nossos).</p>
2006	<p>"A União empenhou o montante de R\$40,7 bilhões em despesas da área de saúde em 2006, deduzidos os restos a pagar cancelados. Esse valor está cerca de R\$48,8 milhões acima do limite mínimo de gastos em ações e serviços públicos de saúde. Os recursos empenhados em 2006 representam um incremento de 9,81% em relação ao exercício anterior, percentual superior aos 9,68% de crescimento nominal do PIB entre os exercícios de 2004 e 2005, referenciais para o cálculo da alocação desses recursos no exercício de 2006.</p> <p>Fica caracterizado, dessa forma, o cumprimento ao limite mínimo estabelecido no art. 77, inciso I, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 29/2000" (BRASIL, TCU, 2007, p. 22-23).</p>
2007	<p>"O art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que a União deve aplicar anualmente, em ações e serviços públicos de saúde o equivalente ao valor empenhado no exercício anterior corrigido pela variação nominal do PIB. Em 2007, a União empenhou R\$44,3 bilhões, superando o valor mínimo constitucionalmente exigido em R\$28 milhões" (BRASIL, TCU, 2008, p. 42).</p>
2008	<p>"O valor aplicado em 2008 em ações e serviços de saúde foi de R\$48.678.717.367, atendendo, portanto, ao mínimo constitucional previsto para o exercício. Enquanto a variação nominal do PIB nesse período foi de 9,61%, a variação entre o valor empenhado em ações e serviços de saúde em 2008 e o valor empenhado em 2007 foi de 9,88%" (BRASIL, TCU, 2009, p. 55).</p>

Fonte: Elaboração própria a partir das Sínteses do Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República, emanadas pelo TCU e relativas aos exercícios de 2003 a 2008.

Como visto, quando da análise da Tabela 11, nos anos de 2003 e 2005, a União não cumpriu devidamente o seu limite mínimo de gasto em saúde, na forma do art. 77 do ADCT.

Observando estritamente os dados da Tabela 13 anterior, tem-se que, enquanto em 2003, o TCU considerou formalmente como descumprido o patamar, em 2005, a Corte de Contas admitiu a manutenção da despesa com o Programa Bolsa Família, inserida irregularmente no elenco das despesas federais com ações e serviços públicos universais e gratuitos de saúde. Trata-se de burla interpretativa que deveria ter sido pronta e objetivamente rechaçada, mas que foi admitida em um perigoso juízo de conveniência e oportunidade em se tratando de medida garantidora da máxima eficácia do direito fundamental à saúde.

Por outro lado, digna de nota mostrou-se a observação do TCU, no relatório da prestação de contas do Governo Federal, relativo ao exercício de 2007, quanto à necessidade de o Brasil instaurar uma rota de progressividade para a política pública de saúde. A preocupação demonstrada pelo TCU foi com a necessidade de se pensar o patamar do gasto público no SUS e o valor *per capita* de tal despesa, os quais são indicadores passíveis de comparação com outros países desenvolvidos que ofertam saúde de forma universal e gratuita. Senão veja-se o teor da análise empreendida pelo Ministro-Relator Benjamin Zymler:

O setor público no Brasil (União, estados e municípios) aplicou em 2007 aproximadamente R\$123 bilhões aplicados na área de saúde, valor este equivalente a 4,8% do PIB. De acordo com os últimos dados disponíveis da Organização Mundial de Saúde, países como Austrália, Canadá, Reino Unido e Suécia que, assim como o Brasil, mantêm sistema de saúde de acesso universal, apresentavam em 2004 percentuais de, respectivamente, 6,5%, 6,8%, 7,0% e 7,7% sobre o PIB (World Health Statistics, WHO 2007). Naquele mesmo ano, comparado com países da América do Sul, o gasto do setor público brasileiro em saúde em razão do PIB foi inferior ao da Colômbia (6,7%), mas superior ao da Argentina (4,3%), Bolívia (4,1%), Uruguai (3,6%), Chile (2,9%), Paraguai (2,6%) e Venezuela (2,0%).

A despesa pública com saúde no Brasil alcançou em 2007 o patamar de US\$344,53 *per capita* (considerada a cotação média do ano de R\$1,9483/US\$, informada pelo Boletim Bacen de fev./2008). Em 2005 esse valor era de US\$152,97, segundo a revista Conjuntura Econômica da FGV. Se utilizada a mesma cotação de 2005, de modo a desconsiderar a variação cambial dos últimos dois anos, os gastos públicos brasileiros *per capita* chega[ram] a US\$275,77 em 2007, 82% superior ao daquele ano. Os Estados Unidos da América, Canadá, Suécia, Reino Unido despenderam mais de 2 mil dólares *per capita* em 2005. (BRASIL, TCU, 2008, p. 42-48)

Sem desconhecer tais referências internacionais de comparação possível, este estudo se limita à análise dos impasses domésticos no financiamento do SUS, isso porque, sem romper com a estagnação

interna da política pública de saúde, nenhum avanço poderá ser registrado para fins de média internacional.

Retomando, desse modo, a linha argumentativa que inaugurou este tópico, cumpre reconhecer sistematicamente a regressividade do gasto federal na área da saúde. Segundo Jorge *et al.* (2009), é fato que a União tem mantido seus níveis de gasto nas ações e serviços públicos em saúde (ASPS) como proporção do Produto Interno Bruto (PIB) em patamar médio anual de 1,7%. Ocorre, contudo, que ela reduziu, no período de 2000 a 2008, progressivamente sua responsabilidade no setor quando se observa a participação, durante o mesmo período, da despesa federal em saúde no volume total das suas receitas correntes (caiu de 8,06% em 2000 para 6,45% em 2008).

A despeito do sistemático incremento¹⁷⁶ da receita corrente federal sustentado, sobretudo, por contribuições sociais, a União tem se esquivado — ao menos do ponto de vista financeiro e orçamentário — do dever constitucional de assegurar progressividade à política pública da saúde.

A despeito de o verbo “esquivar” ser demasiado forte para o emprego comum, no caso da União e sua ação governamental em saúde, o uso do verbo no tocante ao período pós-EC nº 29/2000 mostra-se normativamente adequado. Isso acontece porque progressividade pressupõe avanço incremental (o que não houve) em face das disponibilidades orçamentárias e diante da premência das demandas de um sistema ainda em implantação como o é o SUS.

Não houve avanços, pelo contrário, o que se pode registrar, em bases estritamente jurídicas, é o surgimento de alguns impasses¹⁷⁷ que, senão diretamente gerados, foram majorados em sua repercussão financeiro-orçamentária pela União e, em especial, pelo Ministério da Fazenda.

¹⁷⁶ Para Afonso (2005, p. 09), trata-se esse movimento de uma verdadeira “recentralização tributária”, na medida em que a arrecadação total dos três níveis da federação representou, em 2004, 36,8% (trinta e seis inteiros e oito décimos) do PIB e a União sozinha absorveu (já descontadas as transferências intergovernamentais) 21,7% (vinte e um inteiros e sete décimos) do PIB. Ainda segundo Afonso (2005), a União, de 1998 a 2004, aumentou sua participação percentual no total da arrecadação em 2,7 (dois inteiros e sete décimos) pontos percentuais, o que claramente significou menor disponibilidade relativa de recursos para estados, Distrito Federal e municípios.

¹⁷⁷ Os impasses arrolados neste tópico são meramente ilustrativos e, por isso, não se configuram, estatisticamente, como amostragem válida para apontar conclusão generalizante sobre o universo considerado de ações orçamentárias do Poder Executivo da União na consecução das políticas públicas de saúde, durante o período de 2003 a 2008, que possam ter causado dificuldade de financiamento ao setor, em detrimento do espírito da EC nº 29/2000.

Doravante, passa-se a cuidar de dois impasses sistêmicos que, embora não esgotem o elenco de problemas¹⁷⁸ normativos e orçamentário-financeiros havidos na relação entre os entes subnacionais com a União, evidenciam o quadro crônico de mitigação das fontes federais de financiamento do SUS.

O primeiro impasse diz respeito à peculiar fonte de receitas da seguridade social e cuida de analisar o duplo movimento de reconcentração tributária mediante contribuições sociais nos cofres da União, de um lado, e concomitante desvinculação de receitas, de outro.

Já o segundo impasse está intimamente referido à falta de regulamentação da EC nº 29/2000, durante o período de 2005 a 2012, e à sua insuficiente regulamentação, tal como estabelecida na Lei Complementar nº 141/2012, na medida em que tais estratégias foram responsáveis por provocar dubiedade interpretativa e restrições ao incremento consistente do financiamento da política pública de saúde. Tal impasse há de ser analisado neste estudo à luz das seguintes variáveis:

1. Estabilização ou regressividade proporcional da forma de cálculo do valor devido pela União como montante mínimo de ações e serviços públicos em saúde;
2. Controle da inclusão de despesas outras (sobretudo, financeiras) no *quantum* devido de despesas mínimas em saúde; e
3. Falta de critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, e dos estados destinados a seus respectivos municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais.

A seguir, são arrolados e analisados os fundamentos centrais de ambos os impasses.

4.2.1.1 Reconcentração tributária e concomitante desvinculação de receitas da União

O primeiro impasse decorre de uma estratégia deliberada da União de manejar espécies como as contribuições sociais e as contribuições

¹⁷⁸ Elenco esse que, embora seja mais diversificado em subáreas e abordagens, merece ser exemplificado por dois outros problemas aqui não estudados topicamente, a saber: a falta de correção monetária periódica da tabela de serviços e procedimentos do SUS e o cancelamento e o contingenciamento de empenhos na área da saúde.

de intervenção no domínio econômico¹⁷⁹ para, logo adiante, desvinculá-las de sua destinação constitucional.

Colateralmente, tal estratégia não só quebra a estrutura própria de financiamento da seguridade social, como também permite à União aumentar consistentemente o montante final de sua arrecadação sem promover avanço nas repartições¹⁸⁰ a que teriam direito estados e municípios, se a União se valesse de sua competência residual.

No que se refere às repartições constitucionais, o sistema de transferências obrigatórias cuida de reequilibrar a equação entre montante de deveres e de receitas disponíveis para custear aqueles. Ora, como a União tem maior capacidade arrecadatória e maiores fontes de receita e como estados e municípios absorveram grande nível de responsabilidade pela execução de políticas prestacionais, nada mais racional e constitucionalmente adequado que redistribuir as receitas entre todos eles.

A assunção de maiores níveis de responsabilidade pelos entes subnacionais, por vezes, está compreendida no seio de diversos processos de descentralização de políticas públicas, o que, contudo, não pode ser reputado como um fenômeno benéfico em toda e qualquer circunstância.

A esse respeito, deveras pertinente é a crítica de Pochmann (2005), para quem outro fenômeno ainda mais grave que a mera descentralização da execução de políticas sociais para estados e municípios é o processo de redução dos gastos sociais federais em valores *per capita*. Segundo o autor em comento (2005, p. 4-7, grifos nossos),

¹⁷⁹ Para Machado Segundo (2005, p. 170), “a União somente pode instituir Cide’s sobre setores específicos da economia, regidos pelo direito privado, nos quais as atividades sejam desenvolvidas em regime de livre iniciativa (CF/88, art. 170, parágrafo único), e que estejam sofrendo descompasso grave, a prejudicar seriamente a subsistência do setor ou a preservação, em relação ao mesmo, de princípios constitucionais como o da livre concorrência, da proteção ao meio ambiente, ao pleno emprego etc.” Por essa razão é que a conclusão do aludido autor (2005, p. 198, grifos nossos) caminha no sentido de fixar que “as contribuições de intervenção no domínio econômico devem ser instituídas de modo excepcional e provisório, tendo *natureza regulatória e não arrecadatória*. Apenas podem onerar setores descompassados da economia privada, incidindo sobre fatos praticados por contribuintes integrantes do grupo objeto da intervenção”.

¹⁸⁰ Ressalva à crítica feita reside no fato de que, depois de muita pressão dos níveis subnacionais no Congresso Nacional, criou-se regra de repartição da contribuição de intervenção no domínio econômico sobre combustíveis (a qual se encontra prevista no art. 177, §4º, da CR/1988). A Emenda Constitucional nº 42/2003 acresceu ao art. 159 da Constituição o inc. III, que prevê ser devido que a União repasse 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação da CIDE-combustíveis a estados e Distrito Federal.

Para agravar ainda mais o enfrentamento da desigualdade social no Brasil, observa-se que no período mais recente (2001-2004), o quadro de restrições fiscais tendeu a se concentrar justamente no orçamento social do governo federal. Dessa forma, não apenas o contexto macroeconômico manifestou-se predominantemente anti-social, como os recursos públicos *per capita* direcionados à área social apresentaram um movimento de regressão em termos reais.

Entre 2001 e 2004, por exemplo, houve uma involução do orçamento social do governo federal, quando considerado o seu valor em termos reais (deflacionado pelo IGP-DI/FGV) e o comportamento populacional. Para o mesmo período de tempo, o orçamento social do governo federal acumulou uma redução real por habitante de quase 8,5%. [...]

Em resumo, o orçamento social total do governo federal por habitante em 2004 equivaleu a 91,7% do valor real do orçamento social do ano de 2001. Ao se diferenciar o orçamento social do governo federal por períodos de governo, como os dois últimos anos de FHC (2001/02) e os dois primeiros anos de Lula (2003/04), pode-se analisar melhor o comportamento médio bi-anual do orçamento social do governo federal. No período de 2003/04, o orçamento social real *per capita* do governo federal foi 1,3% inferior ao do período imediatamente anterior, equivalendo, em média, a 98,7% dos dois últimos anos do governo FHC.

Dos cinco itens que constituem a composição do orçamento social do governo federal, dois registram queda real *per capita*. Os itens ajuste patrimonial e renúncia fiscal tiveram redução orçamentária, enquanto os demais itens como gasto social direto, empréstimos e subsídios implícitos apresentaram maior orçamento no governo Lula em relação ao governo FHC. [...]

[...] o Brasil caracteriza-se pela convivência simultânea do contexto macroeconômico antissocial com a regressão real per capita do orçamento social do governo federal. Diante desta verdadeira combinação perversa, seria uma exceção à regra, caso o país viesse a registrar melhora na qualidade de vida, com redução sensível na desigualdade social.

O que surpreende realmente, neste momento, é que os principais gestores das políticas públicas do governo federal parecem desconhecer a *perversidade social que resulta tanto da condução das políticas macroeconômicas como do ajuste nas finanças governamentais, especialmente no que se refere à contenção real per capita do gasto social*. Ao invés de considerações ligeiras e superficiais, muitas delas sem consistência real e que apontam para conclusões equivocadas, como a condenação do gasto social no Brasil, a equipe principal do Ministério da Fazenda deveria analisar melhor a sua própria contribuição ao aumento da dívida social, sobretudo no que diz respeito ao aprofundamento da desigualdade de renda.

Como suscitado por Pochmann (2005), a descentralização das políticas sociais pela União corre o risco de se tornar apenas uma rota perversa de

“contenção real” do gasto social por cidadão. Isso porque descentralizar sem repasse suficiente e adequado de recursos fragiliza o custeio federativo dos direitos sociais.

Do ponto de vista da Constituição de 1988, não há como ser admitida a perversa equação acima analisada (descentralização de despesa e reconcentração de receita), pois ali foi delineado todo um sistema de repartições federativas que visa ao equilíbrio entre responsabilidades e recursos disponíveis para cumpri-las.

O texto constitucional determinou, em profundidade e extensão, que o Governo Federal efetivamente redistribuísse suas receitas com os estados e municípios. Disso trataram os arts. 157 a 159 da Constituição, de modo a fixar quais montantes dos impostos¹⁸¹ da União, simplesmente, pertencem aos estados e municípios (notadamente o imposto de renda retido na fonte incidente sobre os pagamentos feitos por cada qual) ou que — por meio de percentuais diferenciados — serão entregues, na forma de transferências correntes¹⁸² obrigatórias.

Não obstante a Constituição — à época de sua entrada em vigor, em 05 de outubro de 1988 — haver conseguido promover o aludido reequilíbrio na distribuição de receitas intergovernamentais, a União progressivamente foi minorando o impacto proporcional das transferências obrigatórias no total de suas receitas, por meio da majoração da arrecadação de contribuições sociais,¹⁸³ as quais não são passíveis de repartição.

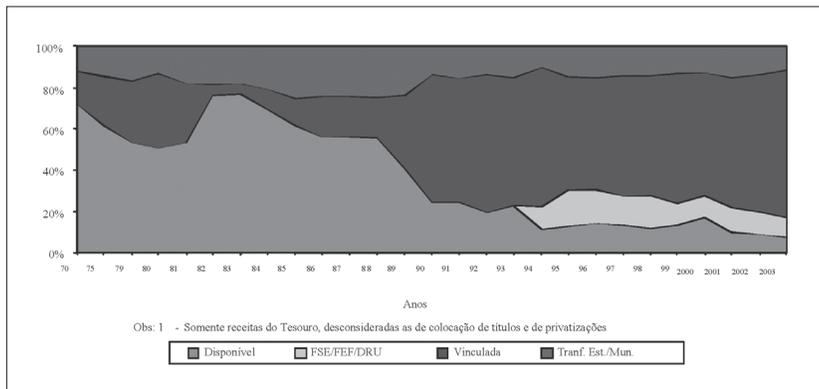
Em estudo realizado sobre a composição das receitas orçamentárias da União e especialmente sobre as vinculações orçamentárias, ao longo do período de 1970 a 2003, a Assessoria Técnica da Secretaria de Orçamento Federal, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão apresentou os dados que se seguem no Gráfico 2.

¹⁸¹ A repartição dos impostos e não de outras espécies tributárias (exceto a CIDE com o advento da EC nº 42/2003) justifica-se por força da própria natureza daqueles, ou seja, os impostos são a espécie tributária cujo fato gerador não decorre de qualquer contraprestação estatal (vez que são referidos apenas a situações jurídicas do próprio contribuinte), tampouco têm destinação determinada. Por serem livres de destinação e não demandarem para sua arrecadação que o Estado preste qualquer serviço ou atividade em favor do contribuinte, os impostos são a fonte de receita menos onerosa e, evidentemente, lucrativa para o Poder Público.

¹⁸² Se se tratasse de transferências de capital, haveria, na verdade, a assunção de operação de crédito dos entes subnacionais em relação à União. Por outro lado, as transferências voluntárias envolvem acordo de vontades, notadamente na forma de convênios, tal como dispõem o art. 25 da LRF e o art. 116 da Lei nº 8.666/1993, para que haja o repasse de receitas e a consecução de uma finalidade pública de interesse comum aos entes envolvidos.

¹⁸³ De acordo com Mendes (2009, p. 80-81), “o caminho utilizado foi, realmente, o de expansão da receita via elevação das contribuições: enquanto a receita de impostos oscilou em torno de 7,5% do PIB, no período 1997-2006, as contribuições saltaram de 4,8% para 8,2% do PIB”.

GRÁFICO 2
Composição das receitas orçamentárias da União de 1970-2003



Fonte: Assessoria Técnica da Secretaria de Orçamento Federal (ASTEC/SOF/MPOG) (BRASIL, 2003, p. 6).

Duas tendências do gráfico acima são bastante esclarecedoras para o foco deste estudo.

A primeira delas reside na queda da margem de alocação livre de receitas a partir de 1988, vez que a atual Constituição havia criado, em sua redação originária, diversos mecanismos de vinculação orçamentária.¹⁸⁴ Na sequência histórica sob análise, tal tendência de vinculação das receitas orçamentárias só foi minorada a partir de 1994, com o advento das figuras do Fundo Social de Emergência (FSE), do Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e da Desvinculação de Receitas da União (DRU), respectivamente criadas em 1994, 1996 e 2000.

¹⁸⁴ Na esteira da autorização excepcional de que trata o art. 167, IV, da CR/1988, podem-se arrolar, em caráter exemplificativo dentre os principais mecanismos de vinculação de receita, os seguintes:

1. A destinação para a seguridade social das contribuições sociais na forma do que dispõe o art. 195;
2. As transferências constitucionais tal como dispõem os arts. 157 a 159;
3. O patamar mínimo de 18%, no caso da União, de gastos com educação inscrito no art. 212;
4. O patamar mínimo de gasto com as ações de saúde inscrito no art. 198, §2º;
5. A destinação ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e aos programas de desenvolvimento econômico do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) da contribuição aos Programas de Integração Social de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP), tal como dispõe o art. 239;
6. A destinação da contribuição de intervenção no domínio econômico (Cide), na forma do que dispõe o art. 177, §4º, II, ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo; financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Já a segunda tendência que merece ser apontada advém da comparação entre o montante de receitas da União transferidas a estados e municípios em 1988 e o montante transferido em 2003. Vale notar que, praticamente, reduziu-se à metade o impacto das transferências obrigatórias a estados e municípios sobre o volume total de receitas da União.

Passando ao largo do modelo constitucional de distribuição de competências, no que se refere às receitas disponíveis e aos deveres de incumbência de cada ente, a União adotou duas linhas opostas de ação como medida de ajuste fiscal, a saber, a recentralização das receitas e a descentralização das despesas. Como bem assevera Pochmann (2005, p. 7):

A Constituição Federal de 1988 determinou que a receita e parte das despesas públicas, como educação e saúde, por exemplo, deveriam ser descentralizadas no Brasil. A partir disso, o gasto público federal passou a ser descentralizado para estados e municípios.

A atual composição do gasto total na saúde é um bom exemplo disso. No ano de 2004, a União respondeu por 49,4% do gasto nacional com saúde (24,8% pelos estados e 25,6% pelos municípios), enquanto em 1994 era responsável por 60,7% do total (22,1% pelos estados e 17,2% pelos municípios).

A transferência de 11,3 pontos percentuais do gasto nacional da saúde da União para estados e municípios não foi acompanhada, no mesmo ritmo e sentido, da descentralização da receita pública. No ano de 2004, por exemplo, 60,1% da receita fiscal disponível pertenceram à União (24,3% nos estados e 15,6% nos municípios), enquanto em 1995 ela absorvia 56,2% do total (27,2% pelos estados e 16,6% pelos municípios). Transferir parte das despesas da União para estados e municípios sem a consequente descentralização da receita fiscal disponível mostra ser mais uma medida do padrão de ajuste fiscal das finanças públicas. Diante da ampliação da despesa sem contrapartida da receita fiscal disponível, a descentralização da área social terminou por ocorrer acompanhada, muitas vezes, da degradação da oferta de bens e serviços públicos.

Desde 1991, a União tem arrecadado e não tem redistribuído recursos na mesma proporção que o fazia à época da promulgação da CR/1988. De um lado, isso ocorreu por força da omissão deliberada da União em não ampliar as possibilidades de arrecadação¹⁸⁵ de impostos que poderiam impactar as regras constitucionais de repartição inscritas nos arts. 157 a 159 da Constituição.

¹⁸⁵ Por meio da majoração de alíquotas e bases de cálculo dos impostos já existentes, ou por meio da criação de novos impostos, com base no disposto no art. 154, I, da CR/1988.

Por outro lado, o fenômeno da perda proporcional de relevância das transferências obrigatórias no conjunto das receitas orçamentárias da União decorreu também da expansão significativa das contribuições sociais,¹⁸⁶ as quais não são repartidas, na medida em que o produto de sua arrecadação é destinado (ou deveria ser, caso não houvesse desvinculação) à seguridade social.

A União não exerceu a competência residual (art. 154, I) de que é titular no período pós-CR/1988 para criar novos impostos, pois, se o fizesse, 20% (vinte por cento) de sua arrecadação deveriam ser repartidos com os estados segundo o disposto no art. 157, II, da Constituição. Poder-se-ia arguir que tal omissão decorreria da complexidade¹⁸⁷ da instituição de novos impostos, mas a falta de manejo dessa competência residual deve ser confrontada com o fato de que o Poder Executivo Federal tem instituído novas fontes de receita majoritariamente na forma do que lhe autorizam os arts. 149 e 195, §4º, da Constituição.

Nisso não haveria problema algum não fosse a circunstância de, posteriormente à instituição de contribuições sociais, a União desvincular parcialmente — por meio de emendas constitucionais — o produto de sua arrecadação para tredestiná-lo a fins diversos dos que justificaram a instituição daquelas. Ou seja, criaram-se contribuições na forma do que dispõe o art. 149 da CR/1988, assim como houve ampliação da arrecadação das já existentes, porque se sabe ser todo¹⁸⁸ o volume arrecadado integralmente absorvido pela União, para, a seguir,

¹⁸⁶ Tampouco se pode olvidar do avanço das CIDES e de somente haver sido criada regra de repartição para a Cide prevista no art. 177, §4º, da CR/1988 por meio da Emenda Constitucional nº 42/2003.

¹⁸⁷ Embora não se desconheça o maior grau de complexidade e as dificuldades comparativas do exercício de tal competência em relação ao exercício da competência residual para instituir novas contribuições sociais (arts. 149 e 195, §4º, da CR/1988), urge considerar que “a eventual necessidade de ‘reforço do caixa geral’ foi prevista pelo legislador constituinte” como competência residual para instituição de impostos (art. 154, I). Como bem lembrado por Sampaio (2004, p. 232), essa competência tributária residual para cobrir o gasto genérico por meio de novos impostos foi cercada de cuidados “que se refletem na impossibilidade de onerar fatos geradores e bases de cálculo de outros impostos, procurando, com isso, preservar o pacto federativo, pois fosse possível à União criar impostos residuais cujas manifestações de riqueza fossem reservadas aos Estados e Municípios, acabaria retirando a possibilidade dos demais entes de tributá-lo em maior intensidade. Além disso, o constituinte teve o cuidado de prever, em seu artigo 157, II, que os impostos residuais criados pela União estariam sujeitos à repartição de receitas com os Estados e Distrito Federal”.

¹⁸⁸ Cumpre ressaltar expressamente dessa afirmação a repartição da Cide-combustíveis inscrita no art. 159, III, da CR/1988, na medida em que se trata de regra de repartição com estados e Distrito Federal de contribuição interventiva inserida no texto constitucional depois de fortes pressões dos governadores na tramitação da proposta de reforma tributária que se transformou na EC nº 42/2003.

no curso da execução orçamentária, haver tredestinação de tal receita vinculada para finalidades diversas.

Precisamente neste ponto, vale retomar, com Sampaio (2004, p. 190), que “o que concretiza o valor justiça nas contribuições sociais é a correta destinação do produto arrecadado e a impossibilidade de serem tredestinados a outros fins que não aqueles que justificaram sua instituição”. Ora, sabe-se que “as contribuições sociais são tributos caros para a economia e em sua essência são injustos, porque são regressivos e de difícil desoneração” e somente são “tolerados na justa medida de sua destinação a programas que viabilizem projetos de distribuição de renda como os da saúde, previdência e assistência social”.

Procópio (2004, p. 165), na mesma linha de raciocínio, ressalta que “a legitimidade do Poder Tributante para instituir e cobrar contribuição social está atrelada à sua intervenção no campo social”. Assim, se o Poder Constituinte derivado, “por meio das desvinculações levadas a efeito pelas diversas emendas constitucionais, [...] acabou por criar contribuições destinadas ao custeio do gasto público genérico”, é preciso controlar tal pretensão exacional, pois o poder de reforma constitucional “não possui legitimidade para tanto”.

Ainda de acordo com Procópio (2004, p.165), vale fixar — consistentemente — que “só há legitimidade para se cobrar contribuição social, tributo não estribado sobre signo de riqueza do contribuinte, que repercute sobre toda a sociedade de forma não seletiva, pela existência de um fim nobre, qual seja, a manutenção de um sistema de seguridade social efetivo e estável”.

Nem se diga que os fins (notadamente, controle da dívida pública por meio da formação de superávits primários) da tredestinação denunciada por Sampaio (2004) e Procópio (2004, p. 165) atendem igualmente ao interesse público, pois, segundo esta última autora, “alterando a finalidade do tributo, o Poder Constituinte derivado acaba por retirar a legitimidade da norma de competência que autorizou a sua instituição”.

Não bastasse a ampliação das contribuições sociais e sua posterior desvinculação por meio de emenda constitucional, também têm sido instituídas contribuições sociais gerais “divorciadas da respectiva competência constitucional”, na medida em que elas têm sido criadas para destinar-se ao custeio de outros direitos sociais, que não apenas os que formam o tripé da seguridade social (saúde, previdência e assistência social).

É de Procópio (2004, p. 168) a locução “divorciadas da respectiva competência constitucional”, a qual se justifica na medida em que,

segundo Spagnol (2004, p. 75), “o Texto Constitucional não suporta a incidência de qualquer outra contribuição que não aquelas previstas para o financiamento da seguridade social (*stricto sensu*)”.

Nesse diapasão, é preciso esclarecer que, embora seja o art. 149 da Constituição Federal o dispositivo que outorga competência à União para a instituição de contribuições sociais, é nos arts. 194 e 195 que, posteriormente, “o constituinte explicita as condições para a sua instituição (competência ordinária e residual) e cobrança (destinação do produto da arrecadação à seguridade social)”. A lição de Spagnol (2004, p. 75) é precisa e prossegue no sentido de firmar que:

Não podemos, pois, em matéria de contribuições sociais, analisar o disposto no art. 149 de forma apartada dos arts. 194 e 195, tendo em vista que o art. 149 não estabelece os contribuintes, fatos geradores ou bases de incidência, nem mesmo define situação de fato ou de direito autorizativa da incidência do tributo. Destarte, a instituição de contribuições sociais deverá estar sempre balizada pelos arts. 194 e 195, por meio dos quais o constituinte explicitou a competência originalmente outorgada pelo art. 149.

Em questionamento à posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.556 MC/DF,¹⁸⁹ quando foram consideradas constitucionais as contribuições criadas pela Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, Machado Segundo (2005, p. 158-160, grifos nossos) contradita que a classificação adotada, de “contribuições sociais gerais”, não se enquadra em nenhuma das finalidades arroladas no art. 149 da Constituição, na medida em que:

[...] tais contribuições não se prestam à intervenção no domínio econômico, não são arrecadadas no interesse de categorias profissionais ou econômicas, e muito menos se destinam — nem mesmo em tese — à seguridade social. Sua finalidade, no caso, é suprir o *déficit* nas contas do FGTS, causado pela imposição, reconhecida pelo Poder Judiciário, de que as mesmas fossem corrigidas satisfatoriamente pelo Governo Federal. Como o FGTS é um “direito social” do trabalhador, custeá-lo seria, de uma forma ou de outra, uma finalidade “social”.

Com essa solução, porém, o Supremo Tribunal Federal abriu *janela* sem precedentes na divisão das rendas tributárias, e na própria discriminação de competências para a União instituir contribuições. [...]

¹⁸⁹ ADI nº 2.556 MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 09.10.2002, DJ, p. 87, 08 ago. 2003.

Mesmo sem entrar em tais discussões, importa colher a afirmação, de resto admitida, de que a limitação constitucional à criação e à cobrança de contribuições é, por excelência, a vinculação destas a uma finalidade específica e determinada na própria Carta Magna. Ao dizer-se isso, pressupõe-se que essa finalidade seja certa, de sorte a distinguir as contribuições dos demais tributos, e também distingui-las entre si.

O que é, então, uma contribuição social geral, sem finalidade determinada de modo específico na Constituição? Parece-nos, pura e simplesmente, uma *enorme contradição, que serve de disfarce para a instituição de impostos inconstitucionais*. Dizer-se contribuição sem finalidade específica é o mesmo que dizer contribuição que não é contribuição: absurdo que dispensa maiores comentários.

O risco a que se refere Machado Segundo (2005) é significativo, porquanto representa a possibilidade de a União arguir que qualquer das suas ações relativas à Ordem Social (Título VIII da Constituição de 1988)¹⁹⁰ é finalidade que justificaria a instituição de novas contribuições sociais “gerais”, em dissonância da sistemática instituída pelo art. 195, §4º, da CR/1988, e em detrimento da sistemática constitucional de repartição intergovernamental de receitas.

Inquieto com essa possibilidade assustadora e ilimitada, Machado Segundo (2005, p. 162) lança ao debate a seguinte problemática: “em face de contribuições gerais, que sentido teria o sistema de atribuição de competências e estabelecimento de limitações para a instituição de impostos e taxas federais?” A advertência de Machado Segundo (2005, p. 162) vai mais longe quando considera que o “espectro de tais contribuições seria tão amplo que tudo engolfaria, e todos os tributos federais poderiam com folga ser substituídos por contribuições, submetidas apenas aos arts. 146, III e 150, I e III. Perderia o sentido todo o Sistema Tributário Nacional”.

Ávila (2004, p. 258-259, grifos nossos), nessa mesma linha de raciocínio, alerta que:

Admitir que a União Federal possa instituir contribuições sociais gerais, com base no artigo 149, é esvaziar o conteúdo normativo do artigo 195, tanto da regra de competência ordinária quanto da regra de competência residual, já que não haverá mais função alguma nem para limitar a

¹⁹⁰ Machado Segundo (2005, p. 162) bem lembra que “as finalidades de cunho social não são encontradas apenas nos arts. 193 a 232 da Carta Magna, mas em todo o seu texto, sendo a CF/88, em muitas de suas dimensões, uma Constituição do Estado Social. Assim, praticamente todas as atividades desenvolvidas pela União Federal envolvem aspectos sociais, e poderiam dar azo à instituição de contribuições sociais ‘gerais’”.

instituição de determinados fatos, pois o poder abrangerá quaisquer fatos, nem para criar uma válvula de escape somente exercitável por meio de lei complementar relativamente a outros fatos, pois a competência ordinária será exercida por meio de lei ordinária sobre qualquer fato sem vinculação a finalidades determinadas. *Esse tipo de interpretação despreza a estrutura constitucional, transformando a limitação no seu contrário: falta de limites.*

[...] a interpretação no sentido de que haveria competência para a instituição, pela União Federal, de outras contribuições sociais sobre quaisquer fatos, desprezaria a estrutura da Constituição e os seus princípios fundamentais. Dentre esses princípios está o princípio federativo. Esse princípio deve orientar, *por dentro*, a interpretação das próprias regras de competência, deve ser escolhida aquela que melhor se harmonizar com os princípios e, no caso, com o princípio federativo. *No caso das contribuições, privilegiar o princípio federativo na interpretação abstrata das regras de competência traz duas conseqüências.*

Em primeiro lugar, *importa optar pela interpretação que limita a competência da União para instituir outras contribuições sociais, na medida em que sua flexibilização legitimaria a escolha pela instituição de novas contribuições sociais cuja receita, à diferença daquela proveniente dos impostos federais, não precisa ser repartida com Estados e Municípios.*

Em segundo lugar, importa optar pela interpretação que limita a competência da União para instituir contribuições que incidam sobre os mesmos fatos que compõem o âmbito de incidência dos impostos federais partilhados com outros entes federativos, *pois sua flexibilização legitimaria a redução dos impostos partilhados em favor da instituição ou aumento das contribuições não partilhadas.*

Não é sem razão que Spagnol (2002, p. 153) afirma contundentemente que a

Constituição Federal não consagra por meio dos arts. 149, 194 e 195 dupla regra matriz de competência para a instituição de contribuições sociais. Em verdade, o art. 149 outorga competência para a instituição do tributo, cujos termos e condições se encontram explicitados nos arts. 194 e 195.

Isso ocorre porque, conforme leciona o autor sob comentário (2004, p. 78), não se encontra no art. 149 “indicação de bases de incidência ou a eleição de sujeitos passivos possíveis nos moldes erigidos no texto do artigo 195”. Para Spagnol, “entender o contrário seria o mesmo que defender a outorga ‘em branco’ de competência impositiva à União Federal” (2004, p. 78).

Assim, em relação às contribuições sociais que sejam destinadas – conforme explícita previsão constitucional – para outras políticas públicas sociais específicas (salário-educação, PIS/Pasep, Finsocial e contribuições corporativas do Sistema “S”), tem-se que estariam fora da sistemática do art. 195 da CR/1988 porque, segundo Spagnol (2002, p. 153), seriam hipóteses “excepcionadas pela Constituição nos exatos termos da legislação a ela preexistente. Não há competência legislativa para a sua alteração posteriormente ao texto de 1988”.

Por outro lado, Machado Segundo (2005, p. 151) ainda denuncia que restarão esvaziadas as normas inscritas nos arts. 154, I, e 157, II, da CR/1988, se for aceita a tese esposada pelo STF no julgamento do pedido de medida cautelar na ADI nº 2.556/DF de que a União pode instituir “contribuições sociais gerais”. De acordo com Machado Segundo (2005, p. 151, grifos nossos),

Ainda que se admita, em face da literalidade dos arts. 149 e 195 da CF/88, que a União Federal pode criar as mais diversas contribuições, sejam de intervenção no domínio econômico, de custeio da seguridade social (destinadas porém ao orçamento fiscal federal), ou ainda “sociais gerais”, deve-se reconhecer que *tal interpretação torna carentes de sentido os arts. 154, I e 157, II, da CF/88*. Como se sabe, tais artigos tratam, respectivamente, da competência da União para instituir impostos residuais, e da necessidade de o produto da arrecadação de tais impostos ser partilhado com os entes federados periféricos.

Dotada de competência tributária de tamanha amplitude, a União jamais se utilizaria — como jamais se utilizou — de impostos residuais. Além das contribuições de seguridade, que não integram orçamento autônomo, deve-se reconhecer que “intervenção na economia” e “finalidades sociais gerais” são conceitos tão amplos que autorizam, praticamente, a instituição de qualquer tributo, sobre qualquer fato gerador, a ser exigido de qualquer contribuinte. Uma competência impositiva ilimitada.

Em outras palavras, dotada de tão extensa competência, a União poderia instituir inúmeras e incontáveis contribuições. Além das destinadas à seguridade, a União poderia instituir “contribuições sociais gerais” para financiar atividades relacionadas aos índios, aos idosos, às crianças, à educação, à saúde etc. etc. Relativamente às Cide’s, poderia instituir exações para preservar o meio ambiente, para “livrar de descompassos” os mais variados setores da economia, para preservar o pleno emprego, para proteger consumidores etc. etc.

Enfim, como toda atividade desenvolvida pela União Federal causa alguma repercussão na economia, ou tem algum propósito social (afinal, o Estado foi criado para uma finalidade “social”), as contribuições referidas no art. 149 poderiam — diante da literalidade do dispositivo — custear todas, ou quase todas, as atividades da União. Perderia sentido, com isso, o equilíbrio que

os arts. 153, 155 e 156 da CF/88 tentaram estabelecer, bem como restariam completamente esvaziados os arts. 154, I e 157, II, que procuraram preservar esse equilíbrio.

Além de obter fontes de receitas não partilhadas com os entes federados, a União poderia ainda invadir a competência de Estados e Municípios, criando tributos que são próprios — e deveriam ser exclusivos — destes entes periféricos.

Para Afonso (2005, p. 9), trata-se esse movimento de uma verdadeira “recentralização tributária”, na medida em que a arrecadação total dos três níveis da federação representou, em 2004, 36,8% (trinta e seis inteiros e oito décimos) do PIB e a União sozinha absorveu (já descontadas as transferências intergovernamentais) 21,7% (vinte e um inteiros e sete décimos) do PIB. Conforme se depreende da Tabela 14, a União, de 1998 a 2004, aumentou sua participação percentual no total da arrecadação em 2,7 (dois inteiros e sete décimos) pontos percentuais, o que claramente significou menor disponibilidade relativa de recursos para estados, Distrito Federal e municípios.

TABELA 14

Recentralização tributária em favor da União no período de 1998-2004

Ano	Arrecadação total em % do PIB	Receita federal disponível em % da arrecadação total
1998	29,6	56,2
1999	31,7	57,0
2000	32,7	56,7
2001	34,3	57,1
2002	35,8	57,7
2003	35,2	58,1
2004	36,8	58,9

Fonte: AFONSO, 2005, p. 9.

Cumpra, pois, questionar os limites normativos desses movimentos promovidos pela União de desvincular-se, por um lado, do peso proporcional das transferências obrigatórias sobre o conjunto da sua arrecadação e, por outro, buscar superar as vinculações orçamentárias inscritas na Constituição de 1988, por meio de instrumentos como o Fundo Social de Emergência (FSE), o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e a Desvinculação de Receitas da União (DRU).

É preciso resgatar, diante desse cenário, a plena força normativa do princípio federativo na Carta de 1988, pois a forma federativa de Estado vigente no Brasil pressupõe que as competências foram distribuídas tanto para que os três níveis da federação se desincumbam de seus deveres constitucionais, como também para que eles tenham meios e recursos materiais suficientes para o desempenho de suas atividades.

À luz de tal princípio sensível¹⁹¹ da Constituição, somente seria constitucionalmente adequado o uso discriminado¹⁹² pela União das suas competências tributárias se, de fato, a instituição de novas contribuições sociais, bem como a majoração das já existentes, estivesse sendo revertida em favor da seguridade social e das demais finalidades expressamente previstas no art. 149 da CR/1988.

Na raiz do conceito de competência, a União somente pode instituir contribuições sociais para a seguridade social e, por causa da manutenção da seguridade, não repartir o produto da arrecadação com aquelas contribuições, se ela promover o dispêndio de tal receita vinculada exclusivamente com as ações de saúde, previdência e assistência sociais.

Não obstante tal finalidade social dada em abstrato pela CR/1988, a realidade fática dos mecanismos federais de desvinculação aponta para a perda da correlação¹⁹³ entre destinação e instituição de contribuições sociais. A esse respeito, severa é a conclusão de Machado Segundo (2005, p. 198) com relação ao impacto desproporcional da recentralização tributária — havida no Brasil durante as décadas de 1990 e 2000 com a expansão das contribuições sociais — sobre a forma federativa de Estado, já que “em face da atual conjuntura brasileira, aliás, notadamente diante da ‘Desvinculação de Receitas da União’, o que se percebe é que as contribuições não estão se mostrando sequer *adequadas* para atender suas finalidades” (MACHADO SEGUNDO, 2005, p. 198, grifos do autor).

Controvérsia se instaura quando se percebe que, até 31.12.2015 (e assim vem sendo desde 1º.03.1994), o montante de 20% (vinte por cento) da arrecadação das contribuições sociais não se encontra destinado à seguridade, por força do dispositivo de desvinculação de receitas inscrito sucessivamente nos arts. 71, 72 e 76 do ADCT da CR/1988.

¹⁹¹ O pacto federativo define a forma de Estado no Brasil e integra o rol de cláusulas pétreas da Constituição de 1988, na forma dos arts. 1º, *caput*, 18 e 60, §4º, inc. I.

¹⁹² Em clara tendência contracionista e antirredistributiva em relação a estados e municípios.

¹⁹³ Tal correlação é imprescindível, por ser critério de verdadeira “validação constitucional”, tal como afirma Greco (2000).

Embora tenha havido várias¹⁹⁴ emendas ao texto do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988 que dessem algum amparo normativo à figura da desvinculação de receitas, deve-se buscar entender a relação sistêmica entre tais figuras e suas implicações para a discursividade democrática. Tal abuso não pode ser contido no simples e ingênuo fundamento de exercício discricionário das competências tributárias pelos poderes políticos da União (especialmente ao Chefe do Poder Executivo).

O contexto de estabilização econômica da década de 1990 foi usado para justificar o avanço da pretensão arrecadatória da União sobre as contribuições sociais (por definição, não suscetíveis de repartição federativa). E, como não bastava arrecadar mais com contribuições sociais, pois elas têm destinação específica na forma dos arts. 149 e 195 da CR/1988, promoveu-se sua desvinculação em detrimento do orçamento da seguridade social. A contingência econômico-financeira da União serviu àquela época como discurso emergencial para a rota acima instalada, mas ainda se mantém já passadas mais de duas décadas desde sua instituição como medida extrema, urgente e transitória. Ou seja, a distorção tem se perenizado à revelia do pacto federativo e das garantias constitucionais relativas ao financiamento da seguridade social.

A esse respeito, clara é a síntese de Mendes (2009, p. 79), para quem “o Brasil passou a viver, desde 1999, um regime fiscal em que se expande a receita com dois objetivos: a) financiar a despesa primária rígida e crescente; e b) gerar recursos suficientes para pagar juros da (elevada) dívida pública, de modo a evitar o crescimento explosivo dessa dívida”.

Diante da premência de gerar receitas, sem reparti-las e sem aplicá-las devidamente nos setores a que se destinam constitucionalmente, a União engendrou uma fórmula jurídica questionável, mas de elevada eficácia econômico-financeira. Senão veja-se uma objetiva descrição do raciocínio econômico¹⁹⁵ segundo o qual foi concebido todo esse processo:

¹⁹⁴ Para fazer vigorar o mecanismo de desvinculação de receitas da União de 1994 até 2015, contabilizam-se 7 (sete) emendas, todas elas via ADCT, a seguir arroladas:

1. Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994;
2. Emenda Constitucional nº 10, de 04 de março de 1996;
3. EC nº 17, de 22 de novembro de 1997;
4. EC nº 27, de 21 de março de 2000;
5. EC nº 42, de 12 de dezembro de 2003,
6. EC nº 56, de 20 de dezembro de 2007 e
7. EC nº 68, de 21 de dezembro de 2011.

¹⁹⁵ Tal sequência soa ainda mais assustadora quando lida diretamente de um analista econômico como Mendes (2009, p. 80-81, grifos em negrito nossos), para quem: “[Para se obter o

1. Reconhecimento da necessidade de se buscar o equilíbrio fiscal por meio do aumento de receita tributária, além do contingenciamento de despesas;
2. Descarte da hipótese do aumento de impostos, porque tal incremento de receitas se sujeita às regras de repartição constitucional;
3. Proposta da arrecadação de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico como alternativa à majoração dos impostos; e, por fim,
4. Superação do problema da destinação vinculada das contribuições do art. 149 da CR/1988 com a instituição da desvinculação de receitas.

equilíbrio fiscal, buscou-se o aumento da receita.] Havia, contudo, uma restrição adicional à expansão da receita. **Elevar a arrecadação de impostos seria pouco produtivo para o ajuste das contas da União. Primeiro, porque os principais impostos existentes são partilhados com estados e municípios; de modo que parte do ganho de arrecadação teria de ser repassado aos governos subnacionais. Segundo, porque a Constituição estabelece que 20% da arrecadação de qualquer novo imposto criado pela União deve ser partilhado com estados e municípios.**

Por isso, a solução encontrada foi o aumento da receita via criação e elevação de alíquotas de contribuições sociais e econômicas. Essas contribuições não só não precisavam ser partilhadas com estados e municípios, como também, em alguns casos, não estavam sujeitas ao princípio da anualidade, segundo o qual o tributo só pode ser cobrado no exercício seguinte àquele em que foi instituído. [...]

Contudo, esta solução não era perfeita, pois as receitas de contribuições são, por definição, *vinculadas* às ações para as quais foram criadas. Por exemplo, o art. 195 da Constituição lista os tipos de contribuições sociais que podem ser criados para o financiamento da seguridade social. Todas as contribuições sociais sobre folha de salários, receita, lucro ou faturamento de empresas; bem como aquelas cobradas sobre o salário dos trabalhadores, devem ser destinadas ao custeio de ações da seguridade (previdência social, assistência social e saúde). De forma similar, a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) deve ter seus recursos destinados a financiar programas de infra-estrutura de transportes, projetos ambientais e subsídios aos preços e transportes de combustíveis.

Se o objetivo da expansão da receita fosse *apenas* financiar a despesa crescente, a vinculação das contribuições não seria um problema significativo. Afinal, como será mostrado adiante, parte significativa da expansão dos gastos ocorre na órbita do orçamento da seguridade social, tanto em função da expansão do salário mínimo, quanto da ampliação dos benefícios sociais e das despesas mínimas obrigatórias em saúde.

As contribuições estavam sendo elevadas não apenas para financiar a expansão dos gastos da seguridade social, mas também para gerar recursos suficientes para pagar os juros e amortização da dívida pública.

Como fazer, então, para permitir que parte da receita adicional, levantada mediante a criação ou aumento de alíquotas de contribuições, fosse *desvinculada* do uso nas áreas predefinidas pela Constituição, podendo ser utilizadas no pagamento do serviço da dívida pública?

A solução encontrada foi a criação da regra da “Desvinculação das Receitas da União (DRU)”, que também já foi chamada de “Fundo Social de Emergência (FSE)” e de “Fundo de Estabilização Fiscal”; e que vige, ininterruptamente, desde 1994.”

De acordo com Mendes, “a principal função da DRU é, portanto, *permitir o livre uso de recursos arrecadados por contribuições sociais, seja para financiar despesas primárias que, originalmente, não poderiam ser financiadas por aquelas contribuições, seja para financiar o pagamento dos juros da dívida pública*” (2009, p. 81).

A análise empreendida pelo autor em comento (2009) vai direto ao ponto: diante de um problema econômico estrito, não parece haver para o Ministério da Fazenda constrangimento algum em se redesenhar todo o arranjo constitucional do financiamento da seguridade social.

O redesenho tributário em pauta evidencia verdadeiro conflito entre finalidades públicas a que as receitas vinculadas deveriam se destinar. No caso ora analisado do manejo das competências tributárias inscritas constitucionalmente — e em especial da competência do art. 149 para criar contribuições sociais —, trata-se de “fraude à Constituição”, de acordo com a lição de Machado Segundo (2005, p. 181), ou ainda de “burla à discriminação constitucional de competências”, tal como bem acentuou Derzi (2002, p. X).

Do exposto depreende-se que o círculo vicioso que se denunciou há pouco envolve não só um conflito de finalidades “públicas” no manejo das receitas tributárias, como também implica “flexibilizar” — em burla à discriminação constitucional de competências e, por isso, desarrazoadamente — o sistema constitucional de partilha de receitas entre os entes da federação e a sistemática tributária de garantia de financiamento de direitos fundamentais inscrita no art. 149 da Constituição de 1988.

O quadro normativo das receitas tributárias da União — tal como o descreve Machado Segundo (2005, p. 163, grifos do original) — apresenta-se de forma tão desarrazoada que

A demolição do Sistema Tributário causada pela admissão de contribuições sociais gerais [que além de não terem finalidade específica definida constitucionalmente, ainda passariam pela desvinculação de receitas da União] não traria malefícios apenas aos contribuintes, que seriam submetidos a uma tributação ainda mais imprevisível, incompreensível e irracional. Os maiores prejudicados seriam os Estados e os Municípios, com sérios abalos na forma federativa de Estado, alçada ao patamar pétreo da CF/88. [...] Dependentes financeiramente do poder central, Estados e Municípios teriam — como às vezes têm — a liberação de verbas para suas necessidades locais condicionada ao atendimento das exigências feitas pelo poder central. A autonomia seria meramente ornamental.

Foi por essa razão que a CF/88 cuidou de dividir a competência tributária entre União, Estados e Municípios, redobrando seus cuidados no trato

da chamada *competência residual*, cujos impostos com base nela criados hão de ter o produto de sua arrecadação partilhado entre Estados e Distrito Federal (CF/88, art. 157, II). [...] De fato, o desequilíbrio gerado por essa espécie tributária, verdadeira brecha que se abre na competência residual da União, que se torna assim ilimitada e não partilhada, tornaria sem efeito a divisão de competências feita pela Constituição Federal.

A Administração Pública Federal — em vez de promover, discursiva e procedimentalmente, a apuração do que seja interesse público diante de cada caso concreto — tem, nesse contexto, perseguido apenas seu interesse privado, arbitrária e inconstitucionalmente. E arbítrio houve no processo denunciado por Machado Segundo e Machado (2003, p. 287-288), segundo o qual o alargamento desarrazoado¹⁹⁶ das contribuições sociais limitou a autonomia de estados e municípios.¹⁹⁷ Eis o que os supracitados autores chamaram de “deformação” do “perfil inicialmente traçado pela CF/88” (2003, p. 288).

A tudo isso se soma a instituição e prorrogação da desvinculação¹⁹⁸ de receitas da União (DRU) ao longo de 7 (*sete*) emendas constitucionais

¹⁹⁶ Tal alargamento é desarrazoado, porque implica uma fusão das seguintes variáveis: a instituição de contribuições sociais gerais, o avanço proporcional das contribuições sociais no conjunto da arrecadação federal em face da omissão no emprego da competência residual inscrita no art. 154, I, da CR/1988 e a trestestinação de parte dessa arrecadação.

¹⁹⁷ Para Machado Segundo e Machado (2003, p. 287-288), os efeitos das contribuições sociais sobre a autonomia dos entes subnacionais — no sistema federativo brasileiro — são os seguintes:

“a) aumento desordenado da competência tributária na esfera das contribuições causará, indubitavelmente, desequilíbrio na repartição de rendas tributárias efetuada pelo constituinte originário;

b) contribuições que onerem fatos geradores de impostos estaduais ou municipais podem embaçar o exercício da competência tributária atribuída a estes, na medida em que passarão a extrair parte da capacidade contributiva revelada por um fato que, antes da contribuição, poderia ser tributado em maior intensidade pelo imposto respectivo;

c) contribuições que onerem fatos geradores de impostos federais partilhados com Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (*v.g.* CSLL), instituídas com a conseqüente diminuição do imposto correspondente (*v.g.* IRPJ), representarão clara diminuição da participação dos demais entes federados na arrecadação tributária federal;

d) contribuições podem eventualmente vir a ser utilizadas para onerar Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, contornando a proibição representada pela imunidade recíproca e chegando ao prejudicial resultado por ela combatido”.

¹⁹⁸ A rigor, as receitas públicas não têm destinação alguma, por força da vedação expressa do art. 167, IV, da CR/1988, qual seja, a de que não se pode vincular impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as próprias previsões constitucionais que garantem: (i) as transferências tributárias intergovernamentais a que se referem os arts. 158 e 159; (ii) a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, na forma do art. 198, §2º; (iii) a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, de acordo com o já citado art. 212; (iv) a destinação de recursos para realização de atividades da administração tributária (art. 37, XXII), conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003; e (v) a prestação de garantia às operações de crédito por antecipação de receita, segundo os arts. 165, §8º, e 167, §4º.

via Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,¹⁹⁹ que lhe assentaram a vigência para, pelo menos, vinte e um anos (de 1994 a 2015).

Ora, essa redefinição restritiva — via ADCT — das prioridades alocativas inscritas no texto constitucional tem sido empreendida sem que isso tenha sido explícita e diretamente discutido e aprovado pelo Legislativo na forma de emenda aos dispositivos permanentes da CR/1988, para rever as próprias vinculações ali instituídas para execução de gastos mínimos (arts. 198, §2º, e 212) e para destinação de receitas (arts. 149 e 195).

Desvio de finalidade e falta de transparência ocorre no seio do instituto da desvinculação de receitas da União exatamente em função de estar sendo ele reinstituído e interpretado inequivocamente contra a própria finalidade publicística a que veio. Na origem, a DRU era FSE e visava aplicar maiores recursos “no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social”, tal como previa a parte final do *caput* do art. 71 do ADCT.

Ao instituir uma regra transitória paralela e retirar do cenário em que a discussão sobre haver despesas mais ou menos vinculadas diz do rol de prioridades do corpo permanente da Constituição de 1988, o Poder Executivo da União conseguiu mitigar o nível (determinado constitucionalmente) de obrigatoriedade de alocação de recursos para gerir, em sede de decisões administrativas discricionárias, uma crise financeira “excepcional”.

Em consonância com o princípio da proporcionalidade, a desvinculação — como mecanismo precário e excepcional que era para ser — não poderia, por força da reiteração de emendas constitucionais, vir a representar uma medida estendida no tempo de redefinição pela tangente das prioridades constitucionais.

Contudo, é exatamente esse o efeito mais direto da DRU: a redefinição de vinculações de fonte específica de receitas (até porque isso muda a natureza tributária das contribuições sociais) e a mitigação proporcional da vinculação de gastos mínimos com determinadas políticas públicas.

Objetivamente, o que se tem feito com tais mecanismos de desvinculação de receitas é reduzir as disponibilidades orçamentário-financeiras que capacitam o Estado a garantir direitos sociais que, por

¹⁹⁹ Vale aqui reiterar a sua citação, a saber, Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1994, e Emendas Constitucionais nº 10, de 1996, nº 17, de 1997, nº 27, de 2000, nº 42, de 2003, e nº 56, de 2007.

sua relevância, tiveram garantia constitucional de financiamento, seja pela via da receita vinculada, seja pela via do patamar mínimo de gasto.

A única boa nova, que se pode apontar nesse sentido, adveio da Emenda Constitucional nº 59/2009, segundo a qual, a partir de 2011, a DRU deixou de incidir sobre os recursos vinculados à política pública da educação. Esse é o resultado de uma necessária “renegociação” federativa, promovida, institucionalmente, pelos representantes estatais e movimentos sociais de defesa da educação. Daí resultou a inserção do seguinte §3º, no art. 76 do ADCT:

§3º Para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição, o percentual referido no *caput* deste artigo será de 12,5% (doze inteiros e cinco décimos por cento) no exercício de 2009, 5% (cinco por cento) no exercício de 2010, e nulo no exercício de 2011.

Enquanto na educação foi conquistada a progressiva mitigação dos efeitos da DRU, na forma do acima disposto, na saúde segue o impasse da insuficiente regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000... Não se trata apenas de editar uma lei complementar, como aliás já feito com a LC nº 141/2012, pois a principal omissão presentemente vivenciada durante a vigência da “Emenda 29” (tal como foi apelidada) refere-se à necessária renegociação federativa do custeio do SUS.

De tal impasse e sua consequente estagnação programática cuidar-se-á o tópico a seguir.

4.2.1.2 Controvérsias interpretativas oriundas da falta de regulamentação da EC nº 29/2000

A falta de regulamentação durante o período de 2005 a 2012 da Emenda Constitucional nº 29/2000 e sua insuficiente abordagem feita pela Lei Complementar nº 141/2012 historicamente impactaram negativamente o próprio alcance do arranjo protetivo da política pública de saúde, além de haverem deixado legado de estagnação interpretativa para a eficácia do direito fundamental à saúde. As maiores repercussões financeiras de tal estado da arte se deram em três níveis cumulativos de esvaziamento do dever constitucional de financiamento mínimo das ações e serviços públicos de saúde.

O primeiro nível reside na tendência de regressividade proporcional que a forma de cálculo do valor devido pela União evidenciou

ao longo do período observado a partir de 2000. Isso porque o critério de cálculo do patamar mínimo de gasto da União (seja tal como definido no ADCT, seja na LC nº 141/2012) preocupou-se apenas com a variação nominal do PIB, desconhecendo a necessidade de manter alguma referência de proporção com o crescimento da própria Receita Corrente Líquida federal.

Na forma do art. 77 do ADCT e dos arts. 5º a 8º da LC nº 141/2012, enquanto os estados e municípios devem gastar com a política pública de saúde determinado percentual fixo da receita de impostos e transferências constitucionais, a União não tem qualquer vinculação de gasto com o comportamento progressivo, ou não, de sua receita.

Isso, por si só, tem permitido ao Governo Federal despregar-se de qualquer proporção histórica de gasto em saúde em face do volume total das suas receitas. Como se verá adiante, o crescimento das receitas correntes federais tem sido, na média, consideravelmente superior à variação do PIB. Por essa razão é que se fala, desde já, em regressividade do gasto federal em saúde, quando observada a proporção de tal gasto sobre o volume anual da Receita Corrente Líquida.

No segundo nível de esvaziamento, devem ser avaliados os parcos instrumentos jurídicos existentes até a edição da LC nº 141/2012 de controle da inclusão de despesas outras no *quantum* devido de despesas mínimas em saúde, como se verá com o estudo de caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF) intentada perante o Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o terceiro nível de progressivo esvaziamento da força normativa da EC nº 29/2000 se recrudescer com o decurso do tempo sem a sua regulamentação, notadamente entre os anos de 2005 a 2012. Isso porque a força integradora do SUS restou mitigada, e mesmo com a LC nº 141/2012 segue mitigada pela falta de critérios substantivos de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, e dos estados destinados a seus respectivos municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais.

Sem a forte e consistente dicção desses critérios reclamados pelo inc. II do §3º do art. 198 da Constituição, abre-se espaço para a pura e simples omissão federal, ademais de permanecerem inquestionadas as disparidades regionais no âmbito do SUS. Inegavelmente, trata-se de uma lesão perpetrada concomitantemente contra o financiamento da política pública de saúde e contra o próprio pacto federativo.

Em qualquer dos três níveis suscitados de esvaziamento, a forma de cálculo do valor determinado pela EC nº 29/2000 e pela LC

nº 141/2012 como cota de responsabilidade da União tem sido contabilmente interpretada em desfavor da área da saúde.

Explica-se tal linha restritiva de interpretação exatamente pela debilidade das regras operacionais no art. 198 da Constituição, o qual apenas estabelece o dever de financiamento mínimo no SUS, sem fixar comandos diretos. A técnica legislativa então adotada foi a de remeter tais assuntos ao legislador infraconstitucional, prevendo apenas uma regra de transição, enquanto a lei complementar solicitada não fosse editada.

No art. 77 do ADCT e, posteriormente, nos arts. 5º a 8º da LC nº 141/2012, portanto, os estados e municípios, de um lado, tiveram a fixação de percentuais de gasto (respectivamente, 12% e 15%) em face da receita de impostos e de recursos recebidos de transferências, como as que são veiculadas por meio do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e do Fundo de Participação dos Municípios (FPM). De outro, o montante de recursos a ser aplicado pela União, diferentemente disso, decorreria da seguinte equação: despesa empenhada do ano anterior corrigida pela variação nominal do PIB.

Problema reside na forma de cálculo dessa equação para a União, pela dificuldade de fixação normativa quanto à base de cálculo sobre a qual incidiria a variação nominal do PIB. Não há clareza sobre se o total de despesas empenhadas deveria ser o referente à base fixa calculada para o ano anterior na forma da lei orçamentária anual (LOA), ou se ao valor total das despesas efetivamente empenhadas até dezembro do ano imediatamente anterior ao do orçamento que será executado (base móvel).

Segundo bem avaliaram Campelli e Calvo (2007, grifos nossos),

o Governo Federal está sujeito a distintas interpretações, a depender da posição adotada em relação aos dois principais dissensos: a definição sobre quais gastos podem ser considerados como ações e serviços públicos de saúde; e a base de cálculo a ser utilizada para a previsão mínima de recursos, que consiste na contraposição entre os critérios de “base móvel” e “base fixa”. Para a União, em 2000, o montante mínimo aplicado em ações de saúde deveria ser o valor empenhado em 1999 acrescido de 5%. Nos anos seguintes, entre 2001 e 2004, o valor apurado no ano anterior corrigido pela variação nominal do PIB.

Pelas interpretações “base fixa” versus “base móvel” pode-se concluir tanto pelo cumprimento da EC nº 29 quanto pelo seu desrespeito por parte do Governo Federal. *A primeira interpretação, denominada como “base fixa”, defende que o percentual de variação do PIB nominal é aplicado sobre o valor mínimo de recursos calculado para o ano anterior.* Tal entendimento

é defendido, fundamentalmente, pelo Ministério da Fazenda, pela Advocacia Geral da União e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. A segunda interpretação, denominada como “base móvel”, defende que o termo “apurado” deve ser entendido como “empenhado”, à semelhança do que foi definido pela EC nº 29 para o ano 2000. Essa interpretação é compartilhada pelo Ministério da Saúde, pelo CNS e pelo Tribunal de Contas da União (TCU), entre outros. *Sob o enfoque de “base móvel”, o percentual de variação do PIB nominal é aplicado sobre o volume de recursos executado no ano anterior, exceto quando este for inferior ao piso mínimo calculado.* Pode-se ver que as distintas interpretações da EC nº 29 confundem o acompanhamento e a avaliação acerca do cumprimento desta. Na União, de acordo com o critério de “base fixa”, vê-se que a EC nº 29 teria sido cumprida, excetuando o exercício de 2003. Contudo, se o critério utilizado fosse o de “base móvel”, a União teria cumprido a EC nº 29 apenas em 2000. Merece fazer menção ao Acórdão nº 957/2005 do TCU, de 13 de julho, que reafirma que o método considerado correto a ser adotado pela União, exigido pela EC nº 29, é o chamado critério de “base móvel” e que os gastos realizados por meio do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, bem como os gastos do Programa Bolsa-Família, não devem ser considerados parte integrante dos recursos aplicados em Ações e Serviços Públicos em Saúde. Além disso, a Resolução nº 322 do [Conselho Nacional de Saúde] também não reconhece a natureza desses gastos para o cumprimento da EC nº 29.

A interpretação firmada pelo Tribunal de Contas da União (por meio da Decisão nº 143/2002-Plenário, e do Acórdão nº 957, de 13 de julho de 2005) foi, àquela época, desconsiderada, sob o argumento de falta da norma regulamentar da EC nº 29/2000, na forma da lei complementar reclamada pelo §2º do art. 198 da CR/1988.

Na Nota Conjunta nº 13/2004 (que traz considerações acerca dos vetos ao Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2005 — Lei nº 10.934, de 11 de agosto de 2004), as Comissões de Orçamentos, Fiscalização e Controle (do Senado Federal) e de Orçamento e Fiscalização Financeira (da Câmara de Deputados) apontaram a pretensão reducionista da União ao discutir a fórmula de cálculo do percentual mínimo de gastos que tal ente deveria promover nas ações e serviços públicos de saúde.

Senão veja-se que o dispositivo vetado no PLDO (de 2004) foi o seguinte §3º do art. 59 da proposição que mais tarde transformar-se-ia na Lei nº 10.934/2004:

§3º Na execução orçamentária de 2005, a aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde será equivalente ao maior valor entre o efetivamente empenhado e o mínimo previsto para aplicação em 2004

nessas ações e serviços, corrigido pela variação nominal do PIB de 2004 em relação ao de 2003.

Por seu turno, as razões do veto presidencial calcaram-se nos seguintes argumentos:

Estabelece o dispositivo, para o exercício de 2005, a adoção da maior de uma das duas bases de cálculo na identificação dos recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços de saúde: valor empenhado ou o valor mínimo apurado para aplicação no exercício de 2004.

Veda o art. 167, inciso IV, da Constituição, a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, excetuando, entre outros, as ações e serviços públicos de saúde como determinado pelo art. 198, §2º, da Constituição. Por sua vez, determina este dispositivo constitucional que os recursos mínimos aplicados à saúde serão fixados na forma estabelecida em lei complementar, sendo que, até a edição da mesma, deve ser observada a regra de transição estabelecida no inciso I do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

Ora, o que estabelece o dispositivo inserido no Congresso Nacional é alterar a hipótese fixada no art. 77, inciso I, do ADCT, ao tornar obrigatória a adoção do valor empenhado no exercício de 2004 como base de cálculo para a definição dos recursos mínimos aplicados às ações e serviços públicos de saúde em 2005. Tal medida, assim, apresenta-se como inconstitucional por ampliar a vinculação de receitas de impostos para além do que foi excepcionado pela própria Constituição.

Ora, não era razoável — em face do princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais — que o Poder Executivo da União argumentasse ser inconstitucional regra de cálculo móvel do percentual mínimo de gastos com saúde, sendo que a interpretação desse dispositivo poderia significar a diferença de alguns bilhões de reais a mais ou a menos para as ações e serviços públicos em saúde. Já existe vinculação de gastos com a saúde e, se é possível adotar interpretação que expanda a capacidade de financiamento de tal direito social fundamental, impõe-se que assim seja.

Além do conflito na forma de calcular a base do gasto mínimo da União acima citado, houve a inclusão de gastos diversos na cota do que se reputa ação e serviço público em saúde. Um interessante exemplo desse impasse residiu na manobra empreendida pelo Presidente da República de vetar dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2004 que afastava, do cálculo mínimo de gastos em saúde, as despesas relacionadas ao refinanciamento da dívida do Ministério da Saúde e ao pagamento de inativos.

Ora, uma vez ausente a limitação da LDO sobre como identificar quais despesas são ou não gastos regulares em saúde, o Governo Federal poderia de forma não transparente e desarrazoada reduzir o montante mínimo de recursos vertidos para a aludida política pública, em claro descumprimento do disposto na EC nº 29/2000.

Antes, contudo, que o Supremo Tribunal Federal decidisse o mérito do questionamento,²⁰⁰ o Executivo já havia conseguido aprovar nova lei que restaurava o dispositivo vetado (Lei nº 10.777/2003) e, assim, tornara prejudicada a análise.

Não obstante tal prejudicialidade, o relator da citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF nº 045/DF, j. 29.04.2004, DJ, p. 00012, 04 maio 2004), Ministro Celso de Mello, proferiu voto que fixa — devidamente — os limites constitucionais da discricionariedade orçamentária dos poderes Legislativo e Executivo na consecução de direitos sociais.

A decisão do STF, no caso citado, apresentou claramente que não se trata de intervenção injustificada do Poder Judiciário na discricionariedade alocativa dos poderes Legislativo e Executivo, mas de controle sobre omissão inconstitucional e atentatória do direito social fundamental à saúde.

A adoção da ADPF foi adequada, nesse caso, não só para que fosse vedado o retrocesso inconstitucional perpetrado pelo Executivo Federal, como também para que fosse fixada a interpretação constitucionalmente adequada do preceito fundamental sob discussão, qual seja, a regra diferenciada de financiamento do direito fundamental à saúde.

Nesse relevante precedente judicial, o Ministro Celso de Mello afirmou, paradigmaticamente, que não pode o Executivo empregar suas disponibilidades financeiras — sob o emprego da cláusula da “reserva do possível” — para desincumbir-se de seus deveres constitucionais e, assim, deixar de garantir materialmente direitos sociais que respondem pelo “mínimo existencial”:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE

²⁰⁰ Tal discussão que lhe fora apresentada por meio da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 045/DF, DJ, p. 00012, 04 maio 2004, julgamento 29.04.2004) a respeito da inconstitucionalidade do veto ao §2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59) da lei que seria promulgada como Lei Federal nº 10.707/2003.

ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto — consoante já proclamou esta Suprema Corte — que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que 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.

Cumpre 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 nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, p. 00012, 04 maio 2004, grifos nossos)

A alegada limitação de recursos e disponibilidades materiais — sob pena de afronta ao art. 60, §4º, IV, da CR/1988 — não pode decorrer

da ação do legislador ordinário, nem de emenda à Constituição, pois o Constituinte Originário resguardou fonte de receitas para a seguridade social (art. 195) e assegurou percentual mínimo de gastos com saúde e educação (art. 212). De outro lado, embora o percentual mínimo de gastos com saúde tenha decorrido de emenda constitucional (EC nº 29/2000), tal garantia material de consecução inscrita no art. 198, §2º não poderia ser pura e simplesmente reduzida — sob pena de retrocesso vedado constitucionalmente — sem que outras formas de custeio fossem adicionalmente criadas.

O próximo tópico visa, precisamente, analisar e contraditar a tendência de redução do gasto federal mínimo em saúde, como uma “indevida manipulação da atividade financeira e/ou político-administrativa” da União, na feliz expressão do Ministro Celso de Mello (2004).

4.2.1.2.1 Estabilização ou regressividade (?) proporcional do gasto federal em saúde

Como já dito, a EC nº 29/2000 previu formas diferentes de gasto mínimo para a União, de um lado, e para os estados e municípios, de outro. Para a União foi fixado que o valor aplicado em 1999 seria acrescido, no mínimo, de 5% e, de 2000 a 2004, o valor aplicado no ano anterior seria corrigido pela variação nominal do PIB. Esse fator de correção inclui tanto o índice de inflação, quanto o índice de crescimento do PIB, propriamente dito. Para os estados e municípios, fixou-se um percentual mínimo em face da receita de impostos e oriunda de repartições (algo semelhante à vinculação para a manutenção e desenvolvimento do ensino).

Conforme se depreende da Tabela 15 a seguir, a Receita Corrente Líquida (RCL) da União (que inclui, além da receita de impostos, em especial, a receita de contribuições sociais destinadas à seguridade, da qual a saúde faz parte) cresceu, desde então, em ritmo bastante mais acelerado que a variação nominal do PIB.

Daí decorreu que, desde 2000, a participação percentual do gasto federal no volume total de gastos públicos (dos três níveis da federação) em ações e serviços públicos de saúde diminuiu, assim como caiu a participação proporcional (percentual) dos gastos em saúde no OGU.

TABELA 15
Receita Corrente Líquida e gasto em saúde da União, de 2001 a 2008
(em milhares de R\$)

Exercício	Receita Corrente Líquida (RCL)	Variação nominal da RCL (%)	Gasto em saúde	Variação nominal do gasto em saúde (%)
2008	428.563.288	10,83	48.678.681	9,88
2007	386.681.857	12,17	44.303.491	8,72
2006	344.731.433	13,77	40.750.155	10,05
2005	303.015.775	14,63	37.029.236	13,45
2004	264.352.998	17,53	32.638.719	20,29
2003	224.920.164	11,39	27.132.748	13,34
2002	201.927.320	20,38	23.939.100	10,53
2001	167.739.102	-	21.659.255	-

Fonte: Elaboração própria a partir dos Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária (RREO) da União apresentados no 6º bimestre de cada ano do período considerado (2001 a 2008), expostos na página eletrônica da Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www.stn.fazenda.gov.br/hp/lei_responsabilidade_fiscal.asp>. Acesso em: 20 mar. 2010.

Além da distorção acima apontada, tem-se que, a partir de 2005, o art. 77 do ADCT deveria deixar de ser aplicado (por ser norma de duração transitória) e lei complementar deveria ter sido editada no sentido de regulamentar a EC nº 29/2000, o que somente ocorreu em 16.01.2012, com a entrada em vigor da LC nº 141, para que, entre outras coisas, novos limites e critérios fossem indicados para a fixação do limite mínimo de gasto em saúde para os três níveis.

Durante o período de 2000 até o advento da LC nº 141/2012, a aplicação dos limites mínimos definidos pelo art. 77 do ADCT, a título de suprir lacuna deixada pela omissão do legislador infraconstitucional. Mas, com o advento daquela Lei Complementar, a abordagem da matéria não sofreu evolução qualitativa, vez que os seus arts. 5º a 8º mantiveram a mesma lógica do regime anterior fixado pela norma constitucional de transição.

Tal cenário de tratamento diferenciado de custeio federal em face do dever de custeio dos entes subnacionais opera em desconformidade com os princípios constitucionais, sobretudo, o da máxima eficácia dos

direitos fundamentais. Se se pensar a úde à luz do binômio *necessidade-possibilidade* que informa, tipicamente, o direito a prestações (como ocorre com as pensões a limentícias), percebe-se que a União *pode* verter mais recursos ao SUS e às ações e serviços públicos de saúde, na mesma medida em que a saúde *necessita* urgentemente de uma regularidade de financiamento progressivo.

Nada obsta, nesse sentido, que o Judiciário,²⁰¹ em consonância com as metas fiscais da LDO e sem prejuízo dos demais direitos fundamentais, venha a determinar que a União corrija seu patamar anual de gasto não apenas pela variação nominal do PIB (inflação + crescimento ou redução do PIB). A determinação seria ampliativa, na medida em que incluiria a correção também pela variação nominal da Receita Corrente Líquida. Em anos de bonança, a saúde ganharia mais espaço e em anos de crise (como o de 2009, em que houve queda de arrecadação), manteria, no mínimo, a correção pela inflação do período.

Nesse sentido, a reserva do possível e o nível de riqueza da sociedade seriam objetivamente aferíveis pelo patamar de variação da Receita Corrente Líquida.

É notória, nesse sentido, a guerra fiscal de despesa que a União tem provocado contra estados e municípios, descentralizando programas de ação e reconcentrando receitas não repartíveis (POCHMANN, 2005), de modo a mitigar a eficácia dos direitos fundamentais prestacionais e o próprio pacto federativo.

Na Tabela 16²⁰² a seguir, percebe-se a evolução da Receita Corrente Líquida e do gasto em saúde, sendo que se o gasto em saúde tivesse — até 2008 (portanto, antes da crise financeira internacional) — adotado o critério de correção pela variação nominal da RCL, ter-se-ia aplicado na saúde — no período de 2001 a 2008 —, cerca de R\$24 bilhões de reais a mais no setor, em termos nominais.²⁰³ Isso sem falar-se especificamente dos efeitos da DRU e da própria atualização monetária dos valores relativos a exercícios passados...

²⁰¹ Quiçá em ações civis públicas no âmbito da justiça federal, ou em sede de ADI por omissão.

²⁰² Diferentemente das tabelas que abrem o tópico 4.2.1, a Tabela 16 foi elaborada à luz dos relatórios resumidos de execução orçamentária da União, do 6º bimestre de cada ano dentro do lapso temporal de 2001 a 2008 (RREO), para levantar, tanto quanto possível, o início da vigência da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000.

²⁰³ O critério de todos os dados lançados neste estudo é o da sua remissão nominal, ou seja, dos seus valores lançados diretamente. Não se desconhece, contudo, que o valor de R\$24 bilhões anteriormente registrado deveria, para corresponder à realidade inflacionária brasileira, ser corrigido monetariamente. A correção monetária mostrar-se-ia necessária para que o valor fosse concebido em sua expressão atualizada. Ou ainda, ele deveria ser deflacionado aos patamares de 2001 para ser possível uma comparação economicamente adequada da sua base relativa aos demais anos da série histórica.

TABELA 16

Diferença de critério de cálculo do gasto em saúde da União, de 2001 a 2008: variação nominal do PIB *versus* variação nominal da RCL (em milhares de R\$)

Exercício	Cálculo conforme a variação nominal do PIB	Cálculo conforme a variação da RCL	Diferença apurável anualmente
2008	48.678.681	55.426.638	6.747.957
2007	44.303.491	49.933.908	5.630.417
2006	40.750.155	44.516.277	3.766.122
2005	37.029.236	39.128.309	2.099.073
2004	32.638.719	34.134.441	1.495.722
2003	27.132.748	29.043.172	1.910.424
2002	23.939.100	26.073.411	2.134.311
2001	21.659.255	21.659.255	-
Total			23.784.026

Fonte: Elaboração própria a partir dos Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária (RREO) da União apresentados no 6º bimestre de cada ano do período considerado (2001 a 2008), expostos na página eletrônica da Secretaria do Tesouro Nacional. Disponível em: <http://www.stn.fazenda.gov.br/hp/lei_responsabilidade_fiscal.asp>. Acesso em: 20 mar. 2010.

Como se depreende, preliminarmente, dos dados acima apresentados, a vulnerabilidade fiscal do gasto federal nas ações e serviços públicos em saúde tem agravado um desequilíbrio federativo entre a União, de um lado, e os estados e municípios, de outro. Isso porque a União é, sem sombra de dúvidas, a maior arrecadadora unitária do sistema tributário nacional, sem que, concomitantemente, assumam as correspondentes responsabilidades pela progressividade dos direitos sociais inscritos na Carta de 1988.

Configura-se, desse modo, um verdadeiro impasse federativo, quiçá, como ensaiado há pouco, uma nova espécie de guerra fiscal. É essa uma guerra, de certo modo, provocada intencionalmente pela União, não só para a redução das despesas constitucionalmente vinculadas, mas também para evitar a repartição de receitas prevista nos arts. 157 a 159 da CR/1988.

4.2.1.2.2 Regressividade do gasto federal em saúde e estagnação do estágio do debate – Resgatando o binômio possibilidade-necessidade na fixação do gasto social federal no SUS

À luz de todo o exposto até aqui, revelaram-se fortes os indícios de uma guerra fiscal causada pela União com a manutenção do critério atual de cálculo dos valores mínimos a serem aplicados em saúde por cada ente da federação, a despeito da responsabilidade solidária no dever de dar concreção ao direito à saúde (art. 196) e da necessidade de rateio federativo que reduza as disparidades regionais (art. 198, §3º, II, ambos da CR/1988).

Trata-se esse de um impasse normativo e financeiro causado pela insuficiente regulamentação feita a pretexto de atender ao comando reclamado pelos §§2º e 3º do art. 198 da CR. O problema é que tal impasse reproduz efeitos para o pacto federativo e para a própria eficácia do direito fundamental à saúde.

A perversa correlação entre o arranjo fiscal²⁰⁴ analisado no tópico anterior e a descentralização das ações e serviços públicos em saúde levou a que a participação dos gastos de estados e municípios no volume total de despesas com o SUS tenha subido de 40,2% em 2000 para 54,1%, em valores aproximados (PIOLA, 2009, p. 13). A perda de importância relativa dos gastos federais seria, portanto, da ordem de 14% do volume total de gastos com o SUS.

A instabilidade federal no financiamento da saúde tão evidenciada, por exemplo, durante o processo de aprovação da Emenda Constitucional nº 56/2007 (que não prorrogou a validade da extinta CPMF), denota claramente um processo histórico de vulnerabilidade dos gastos sociais em face da agenda de estabilização macroeconômica que dominou a década de 1990 e que subsiste na década de 2000.

A tensão fiscal entre a agenda de estabilização monetária e a efetivação dos direitos fundamentais fica expressa na sua situação de vulnerabilidade fiscal, pois, como pertinentemente suscitam Castro *et al.*,

[De 1999 em diante], apesar de o GSF [gasto social federal] ter se mantido em patamar não inferior ao do período anterior [1995-1998], predominou uma tendência de oscilações seguindo o ciclo econômico e os ajustes

²⁰⁴ Tal arranjo, sem prejuízo da conjunção de outros possíveis aspectos, é considerado aqui uma verdadeira guerra fiscal, com as consequentes reconcentração tributária federal e progressiva redução do papel da União no financiamento do SUS.

dos gastos fiscais do governo, principalmente com o deslocamento da prioridade do governo para o pagamento de juros e encargos da dívida pública. Isso acarretou grande aumento dos gastos financeiros do governo e forte ampliação da carga tributária, ampliação ironicamente capitaneada por tributos arrecadados em nome da proteção social. [...] Portanto, alguns desafios estão colocados para a efetiva implementação das políticas sociais nos próximos anos. Entre os mais importantes, está o de *proteger a política social e, consequentemente, o gasto social diante de conjunturas adversas. Os dados revelam a vulnerabilidade dos gastos sociais durante os anos de crise.* (2008, p. 32-33, grifos nossos)

Para fazer face à vulnerabilidade dos gastos sociais denunciada por Castro *et al.* (2008), o Judiciário foi demandado, ao longo de todo o período considerado, como se fora um controlador do atendimento varejista de direitos sociais. Mas a solução individual para problemas estruturais na formulação das políticas de saúde, educação, assistência e previdência social, por exemplo, é tecnicamente míope e temporalmente limitada.

A instabilidade fiscal deliberadamente²⁰⁵ provocada pela União no sistema de financiamento do SUS no período pós-EC nº 29/2000 rompe a percepção da saúde como direito coletivo e solidário, acirrando competições intersetoriais em toda a seguridade social, como também provoca distorções federativas entre municípios e estados que passam a suportar a sobrecarga de demandas sem correspondente fonte de receitas.

Tal guerra fiscal de despesa decorre, sobretudo, da regressividade do gasto federal no setor e da insuficiente regulamentação do §3º do art. 198, com a redação dada pela Emenda nº 29/2000. Diante desse cenário, revela-se, cada vez mais, como progressivamente inconstitucional a discriminação de critérios em favor da União fixada inicialmente no art. 77 do ADCT e mantida no art. 5º da LC nº 141/2012.

Por conseguinte, seria possível exigir judicialmente da União que ela aplique não apenas o patamar do ano anterior corrigido pela variação nominal do PIB, mas que — usando o mesmo raciocínio

²⁰⁵ Pertinente, a esse respeito, mostra-se a crítica de Faria (1993, p. 64-65, grifos nossos): “Por meio da ‘aplicação seletiva’ dessa ordem jurídica assimétrica e fragmentária, mediante a instrumentalização de normas numa direção distinta da que foi originariamente formulada e não-regulamentação de certos direitos para bloquear a implementação dos benefícios que eles asseguram, o Estado subsidiário do corporativismo ‘social’ revelar-se-ia capaz de gerar um ‘efeito de distanciamento’ em relação à ordem constitucional em vigor. [...] Em outras palavras, esse efeito permite que a *continua ruptura da legalidade formal do Estado, por causa da ‘aplicação seletiva’ da lei, não seja acompanhada automaticamente pela quebra da legitimidade desse mesmo Estado*”.

jurídico do direito a prestações (fundado no binômio possibilidade-necessidade) e enquanto durar a omissão legislativa — ela promova a correção pela variação nominal da Receita Corrente Líquida.

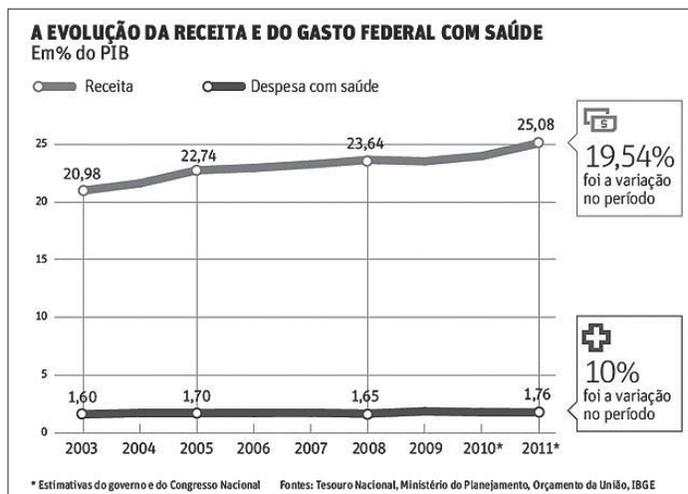
As regras desarrazoadamente distintas do art. 77 do ADCT e do art. 5º da LC nº 141/2012 discriminam os entes da federação de modo contrário não só ao pacto federativo, mas atentam também diretamente contra a máxima eficácia do direito fundamental à saúde. Enquanto estados, DF e municípios aplicam percentual de sua receita de impostos, a União aplica o montante do gasto do ano anterior corrigido apenas pela variação nominal do PIB (ou seja, inflação + crescimento do PIB).

Ao longo do tempo, o resultado é uma menor participação do gasto federal no volume total de recursos públicos disponíveis para o SUS, assim como uma menor participação do gasto em saúde no volume total de receitas da União. Isso porque a receita federal cresce mais rápido que o PIB e a União corrige seu patamar de gasto mínimo no SUS apenas pela variação do PIB.

Essa distorção entre o crescimento mais acelerado da receita federal em face do gasto com saúde da União pode ser mais bem visualizada no Gráfico 3, a seguir.

GRÁFICO 3

A evolução da receita e do gasto federal com saúde



Fonte: *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/826394-receita-cresceu-duas-cpmfs-mas-verba-nao-foi-para-a-saude.shtml>>. Acesso em: 06 nov. 2010.

O que se tem atualmente presenciado, desde 2000, é uma estratégia econômico-contábil deliberada (porquanto lastreada nos arts. 77 do ADCT e 5º da LC nº 141/2012) para reduzir — até mesmo diante do pacto federativo — o volume de recursos federais no volume total de recursos públicos para o SUS. Ou seja, a União apresenta uma regressividade proporcional, porque os outros entes continuam tendo patamar de gasto atrelado ao comportamento da receita de impostos.

Na educação, por exemplo, essa disparidade não ocorre, pois todos os três níveis da federação têm seus patamares de gasto mínimo atrelados ao comportamento de suas respectivas receitas de impostos e transferências constitucionais. Esse é o teor do art. 212 da CR, cominado com o art. 60 do ADCT.

Desse modo, impõe-se que seja discutida, com base no binômio possibilidade-necessidade típico dos direitos a prestações, a hipótese de que a União seja obrigada a corrigir seu patamar mínimo anual não apenas pela variação nominal do PIB, na forma do art. 5º da LC nº 141/2012 e antes dele do art. 77 do ADCT (que fora anormalmente mantido desde 2005 até 2012 por falta de regulamentação da EC nº 29/2000), mas pela variação nominal da sua receita.

Tal disparidade de critério retira da saúde dezenas de bilhões de reais, apenas porque a União não tem qualquer obrigação de fazer acompanhar o seu patamar de gasto mínimo com o crescimento da sua receita. Quem mais arrecada, inclusive por meio de contribuições sociais, é proporcionalmente quem tem menos aplicado no SUS. Os municípios, de outro lado, ficam reféns de um sistema de financiamento precário e acabam por suportar a sobrecarga fiscal oriunda da omissão dissimulada da União de dar progressividade ao sistema. Quanto aos estados, eles têm sido cada vez mais pressionados por ações judiciais e por pressões setoriais, sem, contudo, ter a mesma capacidade econômico-financeira da União.

Nesse sentido, é preciso reafirmar que há um dever de progressividade no financiamento do SUS e que o princípio da vedação de retrocesso determina também ser vedada a estagnação fiscal do arranjo protetivo do direito à saúde. A política pública de saúde precisa de ações coletivas que questionem a raiz do problema e não pode se deixar levar apenas pela judicialização do setor havida pelas inúmeras e relativamente míopes ações individuais.

O Judiciário, nesse sentido, apenas seria o sinal último do acúmulo de impasses oriundos da inadimplência orçamentária dos poderes Executivo e Legislativo da União para com o sistema. As ações individuais, desse modo, dariam vazão — como válvula de escape necessária

e até útil — às pressões tópicas e retardariam o dever de sistematizar a política de saúde como direito coletivo e como responsabilidade de todos os entes da federação.

O dever da União de conferir progressividade à política pública da saúde parece estar circunscrito, assim, ao perverso tripé de pressão por avanços apenas no atendimento varejista do Judiciário, responsabilização direta limitada aos agentes municipais e estaduais e redução proporcional dos recursos federais no volume total de recursos disponíveis para o SUS. Esse é o círculo vicioso no qual a área da saúde ingressou no nível federal e que tem se reproduzido ainda mais perversamente nos níveis estadual e municipal, como se verá na sequência.

4.2.2 Impasse fiscal provocado pelo estado de Minas

Gerais e divergência do que pode ser considerado gasto em saúde – Mera questão de interpretação ou uma “evasão fiscal” de despesa?

Os gastos do estado de Minas Gerais nas ações e serviços públicos de saúde, à primeira e superficial vista, aparentavam, durante o período observado de 2003 a 2008, estar dentro do limite definido pelo art. 77 do ADCT.

Embora os dados declarados pelo estado tenham sido acatados pelos conselheiros do TCEMG, surgiram divergências substantivas dentro do próprio Tribunal sobre o que poderia ter sido contabilizado ou não como gasto mínimo em ASPS durante toda a série observada (2003 a 2008).

Tais divergências entre o que o Governo mineiro declarou e o que, de fato, poderia ser considerado gasto em saúde, na forma da Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 322/2003, foram alvo de remissão expressa no Relatório Anual da Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária do Estado do referido Tribunal (CAEO/TCEMG).

Almeja-se, com a série dos exercícios de 2003 a 2008, testar se houve o cumprimento, ou não, pelo Governo Estadual do patamar mínimo de 12% (doze por cento) sobre as receitas de impostos e transferências constitucionais nas ações e serviços públicos de saúde, na forma do então vigente art. 77 do ADCT da Constituição de 1988.

Como dito no início deste tópico, os dados admitidos pelo TCEMG de gasto mínimo em saúde do Governo mineiro parecem indicar um cumprimento rigorosamente próximo ao piso em todos os anos da série pesquisada. É o que se depreende da Tabela 17 a seguir.

TABELA 17

Aplicação pelo estado de Minas Gerais da vinculação orçamentária para ações e serviços públicos de saúde no período de 2003 a 2008

Município	População	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Gasto médio	Percentual excedente
Governo de Minas Gerais	19.273.533	10,20%	12,16%	12,33%	13,20%	13,31%	12,00%	12,20%	1,67%

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados de prestação de contas perante o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/default.asp?cod_secao=1GL&tipo=2&url=Fiscalizando_TCE/Fiscalizando_Contas_Publicas_Resposta.asp&cod_secao_menu=5N>. Acesso em: 02 ago. 2010.

Não é esse, contudo, o entendimento da análise técnica empreendida pela Comissão de Acompanhamento da Execução Orçamentária do Estado, a qual é composta, sobretudo, por servidores de carreira, o que poderia justificar, ainda que apenas parcialmente, a divergência com a análise dos conselheiros, que são nomeados a partir de processos de indicação política.

Segundo o Relatório Anual da CAEO/TCMG, relativo ao exercício de 2008:

A partir do total das despesas liquidadas com ASPs no ano de 2008 e da receita vinculável, esta Comissão procedeu aos expurgos de valores executados em “linhas de aplicação de recursos em saúde, externas ao Sistema Estadual”, quais sejam, as despesas previdenciárias no Funfip, os investimentos em saneamento na Copasa, os desembolsos com o atendimento à clientela fechada na PMMG e nos Institutos de Previdência, Ipsemg e IPSM, a fim de evidenciar quais seriam os novos percentuais mínimos apurados. [...]

Conquanto o governo estadual registre em seus balanços um índice de 13,12% para as aplicações em ASPs, apurado em função da relação despesa empenhada/receita vinculável, ou seja, R\$2,972 bilhões/R\$22,657 bilhões, notam-se significativas reduções desse percentual, quando considerada a despesa liquidada no exercício (R\$2,754 bilhões) e subtraídas, da citada despesa, aquelas parcelas relativas a ações que, não apresentando os atributos de universalidade e gratuidade, afastam a possibilidade de serem classificadas como aplicações em saúde.

[...] não fossem tais despesas carregadas ao montante das aplicações, o índice mínimo exigido restaria não cumprido, visto que se reduziria quase à metade após os expurgos.

Assim, sob o argumento de um maior financiamento do Setor, assiste-se à *tentativa de redefinição do conceito de saúde, agregando-se, a cada ano, gastos em linhas de aplicações externas ao Sistema Estadual de Saúde. O procedimento, na verdade, concorre para uma diminuição do volume de recursos comprometidos com aquele setor.* (MINAS GERAIS, TCE, 2009, p. 1711-1712, grifos nossos)

É deveras preocupante no conteúdo da análise acima citada o aviso de que o estado de Minas Gerais teria aplicado apenas cerca de metade do percentual mínimo em saúde em ações alheias ao que se convencionou, no âmbito do Conselho Nacional de Saúde, ser efetivamente reputado como tal.

Não se trata mais de mera questão de interpretação, pois as análises empreendidas pela CAEO/TCEMG denotam uma rota já historicamente consolidada de aplicação inferior ao mínimo constitucional nas ações e serviços públicos de saúde, sempre se valendo do mesmo subterfúgio de inserir despesas estranhas à sistemática universal e gratuita do SUS.

Para indicar o conteúdo financeiro da rota de evasão acima suscitada, foi elaborada a Tabela 18 a seguir, com base nos dados disponibilizados pela CAEO/TCEMG.

TABELA 18

Aplicação, pelo estado de Minas Gerais, nas ações e serviços públicos de saúde à luz da Resolução CNS nº 322, de 2003, no período de 2003 a 2008

	2004	2005	2006	2007	2008
Integrantes do SUS (em R\$)	1.154.202.424,92	1.136.753.646,21	1.138.137.491,36	1.421.781.172,97	1.688.155.678,36
Linhas externas ao SUS (em R\$)	860.513.262,45	1.112.927.515,15	1.473.828.306,95	1.418.298.815,48	1.368.477.908,01
Total (em R\$)	2.014.715.687,38	2.249.681.161,36	2.611.965.798,31	2.840.079.988,45	3.056.633.586,38
Proporção de gasto em linhas externas em face do gasto total (em %)	43	49	56	50	45
Proporção de gasto em linhas internas (integrantes do SUS) em face do gasto total (em %)	57	51	44	50	55
Percentual de cumprimento real (com a dedução das linhas externas) da EC nº 29/2000 (em %)	6,87	6,06	5,23	6,01	6,63
Percentual alegado pelo estado (em %)	12,16	12,33	13,20	13,31	12
Déficit aferido pela CAEO/TCEMG (em %)	5,29	6,27	7,97	7,30	5,37

Fonte: Elaboração própria a partir do Relatório Técnico CAEO 2008 (MINAS GERAIS, TCE, 2008, p. 1722).

Revela-se surpreendente a leitura da tabela acima, porque o que aparentava ser um cumprimento regular do percentual mínimo de 12% nas ações e serviços públicos de saúde indicou, pelo contrário, haver uma sistemática tendência de esvaziamento normativo do conteúdo material do que se pode considerar gasto em saúde.

Como visto, é fato constatado por Comissão Técnica do TCEMG que o estado de Minas Gerais, no período de 2003 a 2008, teria cumprido praticamente apenas a metade da vinculação de gasto a que se referia o art. 77 do ADCT. Senão veja-se o teor contundente da análise ora comentada:

Em 2004, este Tribunal proferiu recomendação ao governo estadual para que, no cômputo das despesas com ASPS, promovesse a redução gradual de valores realizados em setores nos quais os princípios constitucionais de universalidade e gratuidade não fossem atendidos.

Da mesma forma, em 2007, o Conselheiro Simão Pedro, em seu voto, recomendou, ainda, ao Governo do Estado, por meio de suas Unidades Executoras, que promovesse a redução gradual dos demais gastos atípicos, listados no Relatório Técnico da CAEO, apropriados como despesas com saúde.

A despeito das recomendações proferidas, constata-se que os gastos da PMMG, do Ipsemg, do IPSM, do Funfip e da SEDS evoluíram, embora, no cômputo total, os dispêndios das demais entidades que compõem as “linhas externas ao SUS” tenham diminuído.

No que tange às entidades integrantes do SUS, cumpre destacar que, embora tenha havido evolução no total dos gastos, a Funed apresentou decréscimo na despesa executada, denotando *inobservância à recomendação desta Corte quanto ao incremento da aplicação de recursos nos setores que primam pela universalidade e gratuidade dos serviços, nos moldes constitucionais.* (MINAS GERAIS, TCE, 2009, p. 1722, grifos nossos)

O déficit acumulado de cumprimento nas ações e serviços públicos de saúde, no âmbito do estado de Minas Gerais, ultrapassa a casa dos R\$6,2 bilhões de reais, resultado esse que foi processado à luz dos valores nominais, sem contar a necessária atualização monetária dos dados disponibilizados na Tabela 17.

Além da “evasão fiscal” de despesa propriamente dita, também se extrai dos trechos acima citados a preocupante circunstância de o Poder Executivo estadual, ano após ano, simplesmente ignorar as recomendações do TCEMG, mantendo-se firmemente na posição de descumprimento.

Por serem ausentes sanções objetivas pelo descumprimento da EC nº 29/2000, é que o Poder Executivo do Estado de Minas Gerais

permitiu-se o direito de permanecer aplicando seus patamares de gasto, como historicamente tem feito, ainda que em divergência com a interpretação do seu respectivo Tribunal de Contas.

Segundo o TCEMG, o Governo Estadual insiste em promover:

a inclusão, no cômputo dos gastos com ações e serviços públicos de saúde para efeito do cumprimento da Emenda Constitucional nº 29/2000, de despesas com: clientela fechada (PMMG/Ipsemg/IPSM), saneamento básico urbano (Copasa) e benefícios previdenciários (Funfip), *a despeito de reiteradas recomendações desta Corte de Contas e das determinações contidas na CR/1988 (universalidade), na CE/1989 (gratuidade) e Instrução Normativa do TCEMG nº 11/2003.* (MINAS GERAIS, TCE, 2009, p. 1744, grifos nossos)

Como já dito anteriormente, as recomendações dos Tribunais de Contas operam, no texto dos relatórios e pareceres prévios, como uma espécie de parecer opinativo, ao qual podem os parlamentares vincular-se ou não. Eis o impasse em que se encontra o cumprimento da EC nº 29/2000, em Minas Gerais.

Esse quadro de controvérsia interpretativa, a bem da verdade, não se trata de conduta desviante isolada do Governo Estadual mineiro, sendo, pois, uma conduta relativamente comum entre os estados-membros.

De acordo com estudo do Ministério da Saúde (2010, p. 4-5), dos vinte e sete estados (incluído o DF) que alegaram haver cumprido integralmente o teor do então vigente art. 77 do ADCT, apenas quatorze efetivamente passaram pelo crivo da avaliação do Departamento de Economia da Saúde e Desenvolvimento do Ministério.

Tal análise foi empreendida no corpo da Nota Técnica SIOPS/DESD/SE/MS²⁰⁶ nº 19, de 06 de abril de 2010, do Ministério da Saúde, e avaliou os balanços gerais dos estados brasileiros, referentes ao exercício de 2008, quanto ao cumprimento da EC nº 29/2000 e da Resolução nº CNS 322/2003. Pelo visto, apenas um pouco mais da metade dos estados da federação aquiesceu e cumpriu, no ano de 2008, as diretrizes interpretativas do Conselho Nacional de Saúde.

A conclusão da aludida nota técnica do Ministério da Saúde (2010, p. 5) é de que

²⁰⁶ Tal nota foi emanada por meio do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde, do Departamento de Economia da Saúde e Desenvolvimento, que, por sua vez, está vinculado à Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, de onde, portanto, surgiu a sigla SIOPS/DESD/SE/MS.

[...] na análise efetuada pela equipe responsável pelo SIOPS tanto a composição da receita vinculada; como as despesas realizadas com ASPS com recursos próprios, com vistas a aferir o percentual de aplicação preconizado pela EC nº 29/2000 no ano de 2008, [13 dos 27 estados] não seguem em sua totalidade os critérios adotados pelo Ministério da Saúde a partir das diretrizes da Resolução nº 322/2003 do CNS; demonstrando ainda *não haver um consenso entre os estados em relação ao tema.*

Além de não minimizar o quadro mineiro, revela-se como frustrante a constatação feita pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2010, p. 5), por meio de seus órgãos de avaliação dos orçamentos públicos em saúde, de que quase metade dos estados-membros (incluído o DF) não cumpre integralmente o espírito da Emenda Constitucional nº 29/2000.

É como se o Ministério da Saúde admitisse que a omissão legislativa gerou, nas ações e serviços públicos de saúde, não apenas uma instabilidade de financiamento, mas também uma verdadeira “indigência analítica”, no sentido que lhe atribui Santos (1987). A política pública de saúde sofre com tal quadro de “indigência”, porquanto esteja marcada pela incapacidade de reflexão sobre como estruturar a ação governamental em face do dilema político-econômico da incorporação da escassez de recursos.

Em suma, o caso de Minas Gerais e de outros doze estados brasileiros no exercício de 2008, que aplicaram seus patamares de gasto mínimo em saúde de forma divergente da Resolução CNS nº 322/2003, denota que a regulamentação da EC nº 29/2000 encerra uma *busca trágica*, no dizer de Santos (1987). Tragédia essa que se revela nos saberes precários e na própria dificuldade de expandir o controle sobre a política pública de saúde.

4.2.3 Sobrecarga nos municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes – Muito além do gasto mínimo em saúde

Parafraseando uma vez mais Wanderley Guilherme dos Santos (1987), tem-se que o ponto culminante da trágica condição da política pública de saúde, no presente estudo de caso, deu-se com a sobrecarga financeira suportada pelos municípios.

A esse respeito, segue a Tabela 19, com a série de dados dos municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes, que compõem o universo ora observado.

TABELA 19

Aplicação pelos municípios mineiros da vinculação orçamentária para ações e serviços públicos de saúde no período de 2003 a 2008

(continua)

Município	População	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Gasto médio	Percentual excedente
1. Araguari	106.403	21,51%	20,72%	19,13%	26,16%	30,28%	28,92%	24,45%	63,02%
2. Barbacena	122.377	24,78%	22,22%	22,17%	15,05%	15,32%	17,94%	19,58%	30,53%
3. Belo Horizonte	2.412.937	19,29%	18,85%	18,36%	19,75%	19,34%	20,88%	19,41%	29,41%
4. Betim	415.098	20,77%	21,51%	21,21%	23,38%	21,53%	21,89%	21,72%	44,77%
5. Conselheiro Lafaiete	109.280	24,25%	20,65%	27,34%	25,73%	23,06%	28,49%	24,92%	66,13%
6. Contagem	608.650	18,73%	13,96%	22,96%	28,52%	26,81%	27,27%	23,04%	53,61%
7. Coronel Fabriciano	100.805	26,46%	23,26%	17,96%	24,43%	21,45%	21,91%	22,58%	50,52%
8. Divinópolis	209.921	16,74%	17,23%	19,90%	22,31%	19,69%	18,20%	19,01%	26,74%
9. Governador Valadares	260.396	17,23%	18,53%	21,23%	17,17%	19,15%	17,01%	18,39%	22,58%
10. Ibirité	148.535	24,51%	26,42%	23,45%	27,81%	27,81%	28,69%	26,45%	76,32%
11. Ipatinga	238.397	15,32%	16,58%	15,66%	19,28%	18,04%	18,31%	17,20%	14,66%
12. Itabira	105.159	20,35%	15,26%	16,69%	19,15%	16,56%	19,98%	18,00%	19,99%
13. Juiz de Fora	513.348	21,87%	21,32%	24,36%	26,06%	25,10%	22,08%	23,47%	56,43%
14. Montes Claros	352.384	12,05%	13,80%	15,59%	19,37%	19,44%	18,62%	16,48%	9,86%
15. Passos	102.765	18,77%	16,22%	18,48%	26,51%	22,72%	21,25%	20,66%	37,72%
16. Patos de Minas	133.054	23,69%	22,54%	27,38%	24,03%	23,37%	22,68%	23,95%	59,66%
17. Poços de Caldas	144.386	26,94%	21,73%	21,12%	17,85%	23,39%	23,94%	22,50%	49,97%
18. Pouso Alegre	120.467	15,48%	17,31%	17,38%	17,07%	16,34%	16,73%	16,72%	11,46%
19. Ribeirão das Neves	329.112	27,26%	25,66%	27,87%	34,08%	25,84%	35,69%	29,40%	96,0%
20. Sabará	120.770	19,66%	19,00%	18,02%	16,68%	15,88%	15,38%	17,44%	16,24%
21. Santa Luzia	222.507	18,39%	18,87%	20,15%	23,67%	25,46%	23,54%	21,68%	44,53%
22. Sete Lagoas	217.506	19,72%	17,53%	17,08%	24,48%	25,39%	25,48%	21,61%	44,09%

(conclusão)

Município	População	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Gasto médio	Percentual excedente
23. Teófilo Otoni	126.895	22,87%	20,72%	18,17%	21,75%	16,41%	18,76%	19,78%	31,87%
24. Uberaba	287.760	20,29%	22,05%	16,27%	19,92%	21,09%	25,42%	20,84%	38,93%
25. Uberlândia	608.369	22,04%	25,99%	26,65%	27,88%	28,92%	28,08%	26,59%	77,29%
26. Varginha	116.093	25,33%	27,85%	23,94%	24,81%	24,17%	23,75%	24,98%	66,5%
Total dos municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes	8.233.374	20,93%	20,22%	20,71%	22,80%	22,02%	22,73%	Gasto médio de 21,57%	Excedente médio de 43,80%

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados de prestação de contas perante o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/default.asp?cod_secao=1GL&tipo=2&url=Fiscalizando_TCE/Fiscalizando_Contas_Publicas_Resposta.asp&cod_secao_menu=5N>. Acesso em: 02 ago. 2010.

Duas interessantes observações podem ser extraídas do teor da tabela acima, a saber:

1. O excedente médio de cerca de 44% sobre o patamar mínimo em saúde²⁰⁷ comprova a tendência anteriormente indicada de que os municípios ficaram sobrecarregados no financiamento do SUS; e
2. Um número significativo de municípios do universo considerado (municípios mineiros com mais de 100 mil habitantes) gasta ou já gastou anualmente mais em saúde do que o mínimo exigido em educação (ou seja, acima de 25%).

É esse um impacto das distorções do SUS, cuja totalidade das causas não se pode elucidar, mas que indicam haver uma grave assimetria. De um lado, a União tem regredido em seus patamares históricos. Do outro, o estado de Minas Gerais nunca se “excedeu” no limite do SUS, até porque, em verdade, ele não cumpre o mínimo, se se considerar a Resolução nº 322 do CNS. Por fim, os municípios mineiros observados não só se “excedem” ano a ano, como passam a dar uma prioridade

²⁰⁷ Vale notar que os municípios devem gastar em saúde o patamar mínimo de 15% de suas receitas com impostos e transferências, na forma do art. 77 do ADCT. Os municípios mineiros investigados gastaram, em média, 21,6%, donde decorre o excedente médio de cerca de 44%.

maior à saúde do que a que o texto constitucional deu: 25% para educação *versus* 15% para saúde.

Diante da insuficiência da LC nº 141/2012 para a finalidade de se prestar a ser um arranjo normativo que igualmente distribua os custos da saúde sobre os três níveis da federação, bem como diante da longa omissão legislativa em editá-la (o que trouxe a indefinição sobre o que poderia se entender como tal) não só ocasionou regressividade proporcional do gasto federal, evasão²⁰⁸ de despesa no percentual mínimo do estado, como também tem reordenado as prioridades fiscais e orçamentárias dos 26 municípios observados. Daí se depreende que, desde o início da vigência da EC nº 29/2000, efetivamente foram os municípios que assumiram o acréscimo de despesas causado pelas pressões sociais e judiciais que não cabe aqui esgotar.

O pior de todos os cenários, contudo, é a própria constatação de que — diante da instabilidade fiscal — a área da saúde deixou de incorporar jurídica e constitucionalmente novos padrões materiais de inclusão, como o fez a educação com as Emendas Constitucionais nºs 53/2006 e 59/2009.

Como visto, a área da educação conseguiu, ao longo dos anos, manter seus patamares de custeio minimamente equilibrados, sem acentuar maiores desequilíbrios federativos, porque adotou critério único de repartição de custos (percentual fixo de gasto mínimo calculado com base na receita de impostos) e, além disso, incluiu todas as “regras do jogo” no próprio texto constitucional. Nesse sentido, a relativa estabilidade de financiamento proporcionou avanços materiais sobre a base de serviços prestados. Noutra linha de trajetória, a pauta da área de saúde, desde a EC nº 29/2000, tem sido apenas a de assegurar alguma fonte de financiamento, ainda que precária como a CPMF (ou os seus sucedâneos), sem conseguir, contudo, renegociar as bases federativas da distribuição do seu custeio... Eis a face trágica da guerra fiscal analisada.

²⁰⁸ Dependendo do critério de análise: se a Resolução CNS nº 322/2003, ou a avaliação discricionária do Governo Estadual, referendada pelos conselheiros do TCEMG, ter-se-ia ora estagnação, ora evasão, e também a regressividade do gasto estadual.

À GUIA DE CONCLUSÃO
VEDAÇÃO DE RETROCESSO NA
RESPONSABILIDADE ORÇAMENTÁRIA DA
FEDERAÇÃO PELO CUSTEIO DOS DIREITOS À
EDUCAÇÃO E SAÚDE

Não se empreende uma proposta de pesquisa como esta sem levar consigo algumas fortes impregnações dela resultantes para o futuro. O apanhado final vai além do esforço de apenas diagnosticar eventuais conflitos distributivos na federação brasileira e fragilidades normativas nos arranjos constitucionais das políticas públicas de educação e saúde.

Ademais disso, a presente pesquisa permitiu desvendar o sistema ampliado de deveres estatais de proteção que estão a reclamar progressividade no financiamento dos direitos fundamentais. A vedação de retrocesso, nesse sentido, precisa ser reinterpretada como princípio de coloração dinâmica, assim como também o é a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Máximo de eficácia e vedação de retrocesso, a bem da verdade, expressam não apenas o estágio adquirido de evolução material de determinado direito fundamental, mas indicam um dever social e historicamente comprometido de dirigir a ação governamental para o incremento sistemático daquele estágio inicial, dado o nível de riqueza disponível. Tais princípios, por isso, não podem ser tratados constitucionalmente apenas como vedação de extinção ou de redução deliberada.

O processo emancipatório da dignidade da pessoa humana reclama que se vá além e que se promova a vedação da estagnação, assim como manifesta repulsa à restrição interpretativa que retire do direito fundamental a sua possibilidade fática de progredir.

Essa diretiva aplica-se igualmente ao princípio federativo, pois a distribuição do poder por diversas unidades políticas autônomas, ao longo do território brasileiro, nada mais seria que um modo institucional de orientar a ação estatal para o mesmo processo emancipatório.

O federalismo foi o meio constitucionalmente escolhido no Brasil para organizar o Estado de modo a torná-lo capaz de assegurar progressividade à noção de dignidade da pessoa humana. Uma coisa não se afasta da outra, pelo contrário, os direitos fundamentais reclamam a forte proteção estatal, e o Estado recebe competências constitucionais para promover tal dever de guarda e satisfação progressiva.

Emerge, daí, a responsabilidade orçamentário-financeira de todos os entes da federação pelo dever de custeio progressivo aos direitos fundamentais. Com maior força normativa, apresentam-se os deveres constitucionais de gasto mínimo em favor dos direitos à saúde e à educação. É óbvio que o mínimo pode e deve ser superado, ao longo da evolução político-econômica da sociedade brasileira.

A responsabilidade de não apenas cumprir o piso, mas de assumir um dever de progressividade fiscal e material em tais direitos fundamentais, passa a ser o norte da máxima eficácia propugnada constitucionalmente para a saúde e a educação.

Para que tal progressividade assuma a “força irradiante” dos direitos fundamentais, na feliz expressão de Sarlet (2009), é preciso, contudo, que não haja distorções federativas na distribuição das responsabilidades de gasto e das receitas socialmente disponíveis.

A guerra fiscal de despesa no SUS, os impasses interpretativos havidos tanto na área da educação, quanto na política pública de saúde e os próprios conflitos distributivos entre os entes da Federação são distorções apontadas pelo presente estudo e que precisam ser reavaliadas à luz de todos os pilares interpretativos acima firmados.

Na área da saúde, restou comprovada a hipótese de que, durante algum tempo, a falta e, depois da LC nº 141/2012, a insuficiente regulamentação da EC nº 29/2000 causaram, em maior ou menor medida, as instabilidades do financiamento do SUS em Minas Gerais no pós-EC nº 29/2000, à luz da regressividade do gasto federal, das manobras contábeis do estado e da sobrecarga suportada pelos municípios em tal financiamento.

As séries históricas (2003 a 2008) dos gastos com saúde dos 26 municípios com mais de 100 mil habitantes de Minas Gerais e do próprio estado, quando cruzadas com os dados do mesmo período da União, denotam que os municípios, em média, gastaram 43,80% mais do que o mínimo constitucionalmente exigido em saúde, para suprir a regressividade do gasto federal e o caráter evasivo do gasto do estado de Minas Gerais nas ações e serviços públicos em saúde.

Por outro lado, na educação, as séries históricas mostraram que existe uma estrutura de financiamento menos díspar e mais estável, para a qual os custos do financiamento foram mais bem repartidos, sem sobrecarga de ônus fiscal sobre os municípios. Os municípios mineiros observados aplicaram, em média, de 2003 a 2008, o patamar de 26,70% de suas receitas com impostos e transferências constitucionais em educação, o que excede o mínimo do art. 212 (que é de 25%) em apenas 6,80%.

Quanto ao estado, a média foi de 28,79% (o mínimo também é de 25% para os estados), tendo o excedente médio da série sobre esse mínimo sido de 15,16%, até porque a responsabilidade do financiamento do ensino médio e a rede de escolas estaduais já constituída no ensino fundamental não foram integralmente municipalizadas.

A bem da verdade, em educação, todos os entes da federação observados progrediram²⁰⁹ em repasses e no próprio modelo de prestação desse direito, o que se explica, como visto no capítulo 3, pela maior clareza das “regras do jogo” federativo em seu financiamento.

Com tal arranjo estável, não é de se estranhar que a educação tenha tido já duas novas emendas (além da EC nº 14/1996, criadora do Fundef) que ampliaram consistentemente a base de inclusão material do que se entende direito à educação (EC nº 53/2006, instituidora do Fundeb, e EC nº 59/2009, que finalmente conseguiu mitigar a DRU no financiamento da educação).

A saúde ficou à revelia de um modelo paralelo (normas a serem editadas por lei complementar e, enquanto essas não viessem, norma transitória no ADCT), além de haver optado por uma busca errática de fontes de financiamento provisórias e politicamente instáveis (como ocorreu, por exemplo, com a CPMF, que tinha de ser prorrogada de tempos em tempos). Talvez seja por isso que a política pública de saúde tenha ficado mais suscetível e fragilizada diante dessa guerra fiscal

²⁰⁹ É preciso registrar que a União fez progredir o seu patamar de gasto de forma mais errática e conturbada que a assumida pelos entes subnacionais.

de despesa no cenário de contracionismo orçamentário da União, de interpretações evasivas dos estados-membros e de judicialização, por vezes, míope do setor.

Enquanto a estrutura de financiamento estatal da educação progrediu em meio a um processo socialmente construído de correção dos erros e “renegociação” federativa do seu custeio, por meio de novas emendas à Constituição, a política pública de saúde estagnou-se. Em decorrência da sua maior precariedade jurídico-normativa, o arranjo constitucional do dever de financiamento mínimo da saúde, em última instância, apenas lhe conferiu eficácia a mais tímida possível, ou seja, o piso do art. 77 do ADCT e mais de uma década de omissão legislativa que fez emergir a insuficiente regulamentação feita na LC nº 141/2012, a qual não ousou resolver o impasse federativo da regressividade do gasto federal em saúde.

Mas o que fazer para enfrentar tal impasse normativo-distributivo e para afastar os abusos (verdadeiras estratégias de dissimulação, razão pela qual foram chamadas aqui de “evasão fiscal de despesa”)?

Há limites normativos à discricionariedade na esfera orçamentária e, em se tratando dos direitos à saúde e à educação, independentemente de eles serem percebidos e exigidos individual ou coletivamente, alguns desses limites estão inscritos nos preceitos fundamentais inscritos na Carta de 1988.

O que se pode depreender do presente estudo é que não só cabe controle para assegurar a conformidade constitucional da execução orçamentária federal com as ações e serviços públicos em saúde e com o dever de manutenção e desenvolvimento do ensino no Brasil, como há diversas hipóteses de controle.

Importa ressaltar que essas hipóteses são difusas e, precisamente por isso, devem ser operadas pelas diversas instâncias competentes e interessadas. A começar pelo próprio cidadão, ele pode:

1. Ajuizar ação no sistema de controle difuso para questionar a constitucionalidade da tredestinação (perpetrada pelo Poder Constituinte Derivado) de receitas vinculadas da seguridade social, o que torna a instituição das contribuições sociais constitucionalmente ilegítima;
2. Ajuizar ações populares para invalidar a aprovação de balanços de execução orçamentária que descumpram, aberta ou dissimuladamente, os patamares mínimos de gasto em saúde e em educação;
3. Buscar junto aos legitimados ativos (previstos no art. 103 da CR/1988 c/c art. 2º da Lei nº 9.882/1999) o ajuizamento

de arguições de descumprimento de preceito fundamental para fixar a interpretação constitucionalmente adequada dos dispositivos que asseguram aplicação mínima de recursos em saúde e em educação;

4. Representar a ocorrência de crime de responsabilidade na forma do disposto no art. 85, II, III e VI, da CR/1988, para que o Congresso Nacional promova a devida responsabilização político-administrativa do Presidente e dos Ministros da República que a) lesarem, no concernente ao inc. II, o direito dos entes subnacionais a uma equilibrada repartição de receitas; b) no que se refere ao inc. III, negarem validade e progressividade aos direitos objetivos de financiamento mínimo da saúde e da educação públicas e que, c) relativamente ao inc. VI, descumprirem a lei orçamentária, notadamente, ao longo de ações que carecem de motivação e aprovação do Legislativo, como exemplo, o contingenciamento de empenhos e a substituição de fontes de receitas para minimizar o alcance das vinculações constitucionais;
5. Buscar, mais uma vez, junto aos legitimados ativos do art. 103 da Carta de 1988 o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade das emendas constitucionais que instituíram e que mantêm, ao longo de mais de vinte anos, a desvinculação de receitas vinculadas à seguridade social e de recursos mínimos destinados às políticas de saúde e educação;
6. Requerer — no curso dos processos administrativos federais de execução orçamentária, na forma do que dispõem os arts. 2º, VII, e 50, I, da Lei nº 9.784/1999 — a apresentação do resultado da avaliação dos programas de ação governamental, tal como o exigem o art. 74, I, da CR/1988, e o art. 75, III, da Lei nº 4.320/1964; e, enfim,
7. Defender individualmente seus direitos fundamentais (em especial, vale citar os direitos prestacionais), quando se configurar no caso concreto lesão (ou ameaça de lesão), seja por ação ou omissão, diante dos rearranjos orçamentários (defendidos em nome do sempre necessário ajuste fiscal do Governo Federal) que impliquem retrocesso social e afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir do cidadão, todas as demais instâncias devem ser mobilizadas e o serão em movimento que não pode pretender resolver todos os problemas de uma única vez e de uma vez por todas. Vale

lembrar que o controle é esforço sisífico que insiste em mostrar aos governantes que a delegação de poder é sempre instrumento para a consecução de finalidades definidas como públicas. Tais finalidades assim são consideradas não porque o ditado dogmático da lei as enuncia como públicas, mas porque o público é sempre o resultado da tensão dialógica entre os procedimentos democráticos de inclusão dos interessados na decisão e o respeito às salvaguardas constitucionais.

É, pois, na pluralidade significativa de instâncias e de hipóteses de controle que se abre o esforço de juridicizar — sob o signo da conformidade constitucional — o tema ora estudado. O resultado não poderia ser mais democratizante e republicano, na medida em que a definição do que seja prioridade alocativa estatal e de como o Estado se desincumbe de suas competências constitucionais não podem ser temas aferíveis apenas pelos gestores públicos.

Vive-se — cada vez mais — em uma “comunidade aberta de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997), uma vez que essa deve admitir sua interpretação como um processo aberto a todos os cidadãos, que são seus legítimos intérpretes democráticos, mais do que apenas destinatários de seus comandos.

A discursividade democrática precisa reinstaurar em novos patamares o debate sobre a execução orçamentária em todos os níveis da federação; mas, especialmente, no âmbito federal, é preciso cuidar de controlar as diversas formas de emancipação ilegítima do poder administrativo, para que o manejo da atividade financeiro-orçamentária da União não seja feito deliberadamente no intuito de restringir o grau materialmente possível de execução de políticas públicas (especialmente as prestacionais).

Afastar algumas pretensas obviedades, como a aparente normalidade da guerra fiscal de despesa no SUS e a DRU, por exemplo, exige, sobretudo, que o Direito não se descuide do controle estendido no tempo sobre cada ato estatal para que não sejam esvaziadas as relações entre Legislativo e Executivo, para que o Judiciário siga avançando sobre os arbitrios (administrativos e legislativos) que causam lesão a direitos e para que os fluxos comunicativos da esfera pública possam continuar tendo ressonância na definição democrática dos rumos da Administração Pública. É esse, como já dito, um verdadeiro esforço sisífico, tão inafastável, quanto reiterado e complexo, quicá tão penoso que somente pode ser exercido difusa e pluralmente.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto. Finanças, planejamento municipal e lei de responsabilidade fiscal. In: ENCONTRO REGIONAL GESTÃO PÚBLICA E POLÍTICAS SOCIAIS ITV, 3., 2005, Porto Alegre. *Trabalhos apresentados...* Porto Alegre, 2005.

AFONSO, José Roberto. LRF: por que parou?. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <www.joserobertoafonso.ecn.br>. Acesso em: 15 maio 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Congresso Nacional. Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle – SF; Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira – CD. *Nota Técnica Conjunta nº 13, de 2004*: considerações acerca dos vetos ao Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2005 (Lei nº 10.934, de 11 de agosto de 2004). Brasília: COFC/SF: COFF/CD, 2004. Mimeografado.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Ministério da Saúde. *Nota Conjunta STN/MF e AESD/SE/MS nº 14, de 20 de março de 2008*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional – STN; Diretoria de Economia da Saúde e Desenvolvimento – AESD/SE/MS, 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. Vinculações de receitas dos orçamentos fiscal e da seguridade social e o poder discricionário de alocação dos recursos do governo federal. Brasília, v. 1, n. 1, 2003.

BRASIL. STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004. *DJU*, p. 00012, 04 maio 2004.

BRASIL. STF. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.167/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.12.2008, *DJe*, n. 079, 30 abr. 2009.

BRASIL. STF. Medida Liminar na Ação Cautelar nº 1.915/RJ. Rel. Min. Cármen Lúcia. Decisão monocrática de 19.05.2009, *DJE*, n. 110, 15 jun. 2009. Acórdão publicado em 1º.07.2010, ata nº 21/2010. *DJE*, n. 120, 30 jun. 2010. Julgamento pelo Pleno: 16.06.2010.

BRASIL. TCU. *Relatório e Pareceres prévios sobre as contas do Governo da República*: exercício de 2006. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília: TCU, 2007a.

BRASIL. TCU. *Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República*: exercício de 2005. Rel. Min. Valmir Campelo. Brasília: TCU, 2006a.

BRASIL. TCU. *Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República*: exercício de 2003. Rel. Min. Guilherme Palmeira. Brasília: TCU, 2004.

BRASIL. TCU. *Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República*: exercício de 2000. Rel. Min. Adylson Motta. Brasília: TCU, 2001.

BRASIL. TCU. *Síntese do relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2008*. Rel. Min. Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2009.

BRASIL. TCU. *Síntese do Relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2007*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Brasília: TCU, 2008.

BRASIL. TCU. *Síntese do relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2006*. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. Brasília: TCU, 2007b.

BRASIL. TCU. *Síntese do relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2005*. Rel. Min. Valmir Campelo. Brasília: TCU, 2006b.

BRASIL. TCU. *Síntese do relatório e pareceres prévios sobre as contas do Governo da República: exercício de 2004*. Rel. Min. Benjamin Zymler. Brasília: TCU, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. São Paulo: Elsevier, 2008.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina Marino. O cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 7, jul. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A globalização cria governos privados. *Jornal do Advogado*, Belo Horizonte, v. 24, n. 209, p. 12-13, jun. 2001. Seção de Minas Gerais e da Caixa de Assistência dos Advogados, Órgão Oficial da Ordem dos Advogados do Brasil.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRO, Jorge Abrahão de *et al.* *Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995-2005*. Brasília: IPEA, 2008. Texto para discussão, n. 1324.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

CORBUCI, Paulo Roberto *et al.* *Vinte anos da Constituição Federal de 1988: avanços e desafios na educação brasileira. Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise*, Brasília, v. 2, n. 17, p. 17-81, 2009. Série Vinte anos da Constituição Federal.

DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. *Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania. Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise*, v. 1, n. 17, p. 17-41, 2009. Série Vinte anos da Constituição Federal.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Prefácio. In: SPAGNOL, Werther Botelho. *As contribuições sociais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DWORKIN, *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. A eficácia do direito na consolidação democrática. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 30, p. 35-72, ago 1993.

FLEURY, Sonia. Políticas sociais e democratização do poder local. In: VERGARA, Sylvia Constant; CORRÊA, Vera Lucia de Almeida (Org.). *Propostas para uma gestão pública municipal efetiva*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

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

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000.

GREGGIANIN, Eugenio. Gestão fiscal e orçamentária e o papel do Congresso Nacional: alterações nas variáveis fiscais: subsídios para a reforma orçamentária. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/conteudo/agenda/MNP85g0iMFiERqmd919kwtAP01cDVK3x/gesto%20oramentaria%20-%20altera%20es%20no%20CN%20-%20verso%2016-05.doc>>. Acesso em: 12 set. 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HADDAD, Fernando. Educação e Constituição. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 22 nov. 1985. Opinião, p. A3.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Contagem da população de 2007 e estimativas da população de 2007*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/populacao_2007_DOU_05_10_2007.xls>. Acesso em: 20 jul. 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise*, n. 9, Brasília: IPEA, 2004. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5771&Itemid=9>.

JORGE, Elias Antônio; MESQUITA, Ana Cleusa Serra; PRADO, Corah. A seguridade social e o financiamento do SUS no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA DA SAÚDE, 9., 2009, Porto Alegre. *Trabalhos apresentados...* Rio de Janeiro, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Apresentação. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2003.

MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada: com a introdução de comentários à lei de responsabilidade fiscal*. 30. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Contribuições e federalismo*. São Paulo: Dialética, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. As contribuições no sistema tributário brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *As contribuições no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2003.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Marcos José. Sistema orçamentário brasileiro: planejamento, equilíbrio fiscal e qualidade do gasto público. *Cadernos de Finanças Públicas*, Brasília, n. 9, p. 57-102, dez. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

PIOLA, Sérgio Francisco *et al.* Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira?. *Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise*, Brasília, v. 1, n. 17, p. 97-172, 2009. Série Vinte anos da Constituição Federal

PIOLA, Sérgio Francisco. Financiamento da seguridade social e do SUS: desafios e perspectivas. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA DA SAÚDE, 9., 2009, Porto Alegre. *Trabalhos apresentados...* Rio de Janeiro, 2009.

POCHMANN, Marcio. *Déficit público nominal zero e custos sociais*. Campinas, 2005a. Mimeografado.

POCHMANN, Marcio. Evidências recentes na relação entre gasto social e desigualdade de renda no Brasil. Campinas, 2005b. Mimeografado.

POCHMANN, Marcio. Gastos sociais, distribuição de renda e cidadania: uma equação política. *Econômica – Revista da Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal Fluminense*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 109-113, jun. 2003.

PROCÓPIO, Daniela Maria. Reflexões sobre a aplicação do princípio da solidariedade à figura das contribuições sociais no contexto evolutivo do modelo de Estado Democrático de Direito. 2004. 182f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário)–Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

RECEITA cresceu duas CPMFs, mas verba não foi para a saúde. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 06 nov. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/826394-receita-cresceu-duas-cpmfs-mas-verba-nao-foi-para-a-saude.shtml>>. Acesso em: 06 nov. 2010.

SAMPAIO, Junia Roberta Gouveia. *O abuso do poder de legislar na desvinculação das contribuições para seguridade social*. 2004. 247f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário)–Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 dez. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 dez. 2005.

- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento & reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SPAGNOL, Werther Botelho. *As contribuições sociais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- STARK, David; BRUSZT, Laszlo. 'Enabling constraints': fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: ANPOCS, v. 13, n. 36, fev. 1998.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIEIRA, Oscar de Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 42, p. 53-98, set./out. 1997.
- ZIULKOSKI, Paulo. *Paulo Ziulkoski*, presidente da Confederação Nacional dos Municípios (CNM), fala sobre o Fundeb, São Paulo, 2007. Entrevista concedida a César Munhoz. Disponível em: <<http://www.educacional.com.br/entrevistas/entrevista0148c.asp>>. Acesso em: 05 out. 2010.

Como já dito ao longo do livro, a noção de gasto mínimo pressupõe, logo de saída, não só piso de custeio, mas também cumprimento de obrigações legais de fazer e obtenção de resultados mínimos. Permito-me, pois, neste trecho extratextual, falar em primeira pessoa e apenas apresentar o que me parece ser tendência e rota de evolução nessa seara do financiamento dos direitos à saúde e à educação em seus pressupostos constitucionais mais basilares...

Aos leitores que aqui chegaram, apresento-lhes um posfácio a título de proposta de diálogo e proposta de encaminhamento para o estágio atual do controle de políticas públicas, quer seja pelo Judiciário, quer seja pelas demais instâncias competentes de controle interno e externo, nos moldes dos arts. 71 e 74 da CR/1988.

Sinceramente acredito que nossa meta comum, como interessados na matéria, deveria ser a intolerância com a estagnação ou regressividade imotivada de indicadores sociais e fiscais, além do controle rigoroso quanto ao descumprimento de obrigações legais de fazer contidas no núcleo substantivo da noção de gasto mínimo defendida nesta obra.

Esse é um dos passos seguintes, os quais nos são diuturnamente reclamados na seara do controle de políticas públicas, após o muito que já avançamos na década passada e o quanto já temos visto de eventuais efeitos perversos da sua judicialização excessiva.

E antes que me acusem de não estar dentro do Direito, lembro-lhes que as leis de orçamento anual, diretrizes orçamentárias e plano plurianual devem revelar programas referidos a atividades e projetos mensuráveis em metas de unidades de serviço/bem/resultado, as quais, por seu turno, estão atreladas a custos estimados e contrastáveis com os gastos realizados ou não e revelam a face física das obrigações legais de fazer.

Para que a ideia de ampliação conceitual da noção de “gasto mínimo” em saúde e educação ganhe, pois, a dimensão de proposta a ser maturada e ampliada em debate com a comunidade jurídica é que apresento a tabela a seguir, em que se distingue claramente o gasto mínimo formal e o gasto mínimo material, bem como são apresentados os seus respectivos conteúdos, para fins de controle e aperfeiçoamento da adequada aplicação de recursos públicos em tais políticas públicas.

ÚLTIMO CONVITE AO DIÁLOGO: AMPLIAÇÃO DO CONCEITO
 DE GASTO MÍNIMO EM SAÚDE E EDUCAÇÃO

(continua)

Conteúdo do gasto mínimo	Educação	Saúde
<p>Gasto mínimo formal</p> <p>Despesas admitidas</p>	<p>Art. 70 da Lei nº 9.394/1996:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação; 2. Aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; 3. Uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino; 4. Levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino; 5. Realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino; 6. Concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas; 7. Amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo; 8. Aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar. 	<p>Art. 3º da LC nº 141/2012:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária; 2. Atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais; 3. Capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); 4. Desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS; 5. Produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos; 6. Saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; 7. Saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos; 8. Manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças; 9. Investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde; 10. Remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais; 11. Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e 12. Gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

(continua)

Conteúdo do gasto mínimo	Educação	Saúde
<p>Gasto mínimo formal</p>	<p>Art. 23 da Lei nº 11.494/2007 c/c art. 71 da Lei nº 9.394/1996:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Garantia ou contrapartida de operações de crédito, internas ou externas, contraídas pelos estados, pelo Distrito Federal ou pelos municípios que não se destinem ao financiamento de projetos, ações ou programas considerados como ação de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica; 2. Pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; 3. Subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural; 4. Formação de quadros especiais para a Administração Pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; 5. Programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social; 6. Obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar; 7. Pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino. 	<p>Art. 4º da LC nº 141/2012:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde; 2. Pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área; 3. Assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal; 4. Merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º; 5. Saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade; 6. Limpeza urbana e remoção de resíduos; 7. Preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais; 8. Ações de assistência social; 9. Obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e 10. Ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

(continua)

Conteúdo do gasto mínimo	Educação	Saúde
<p>Gasto mínimo material</p> <p>Obrigações legais de fazer</p>	<p>1. Assegurar o acesso à educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, conforme o art. 208, I da CR/1988, art. 54 da Lei nº 8.069/1990 e art. 5º da Lei nº 9.394/1996;</p> <p>2. Destinar 60% dos recursos do Fundeb na remuneração do magistério da educação básica, conforme art. 22 da Lei nº 11.494/2007;</p> <p>3. Remunerar segundo o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, conforme a Lei nº 11.738/2008;</p> <p>4. Recensear anualmente as crianças e adolescentes em idade escolar, bem como os jovens e adultos que não concluíram a educação básica; fazer-lhes a chamada pública e, por fim, zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (art. 208, §3º da CR/1988 e art. 5º, §1º da Lei nº 9.394/1996);</p> <p>5. Demais obrigações definidas em legislação extravagante.</p>	<p>Conforme o art. 196 da CR/1988 c/c o art. 2º, §1º da Lei nº 8.080/1990:</p> <p>1. Reduzir os riscos de doenças e de outros agravos; e</p> <p>2. Assegurar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.</p> <p>Conforme o art. 200 da CR/1988:</p> <p>3. Controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;</p> <p>4. Executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;</p> <p>5. Ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;</p> <p>6. Participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;</p> <p>7. Incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;</p> <p>8. Fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;</p> <p>9. Participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;</p> <p>10. Colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.</p> <p>Conforme a legislação especial:</p> <p>11. Obedecer aos regimes legais de proteção diferenciada no direito à saúde destinados a:</p> <p>11.1. Criança e adolescente;</p>

(continua)

Conteúdo do gasto mínimo	Educação	Saúde
<p>Obrigações legais de fazer</p>		<p>11.2. Idoso; 11.3. Mulher, gestante, parturiente e lactante; 11.4. Indígenas; 11.5. Pacientes de câncer; 11.6. Portadores de Aids/HIV; 11.7. Portadores de deficiência; 11.8. Portadores de transtornos mentais; 11.9. Pacientes que necessitem de transplante; 11.10. Usuários de drogas, dentre outros.</p>
<p>Gasto mínimo material</p>	<p>1. Quantidade de vagas em face da população residente em idade escolar; 2. IDEB; 3. Taxa de distorção idade-série; 3. Taxa de abandono; 4. Taxa de aprovação; 5. Taxa de reprovação; 6. Média de horas-aula diária; 7. Média de alunos por turma; 8. Taxa de analfabetismo; 9. Taxa de escolarização; 10. Proporção de alunos com aprendizado adequado para etapa escolar.</p>	<p>1. IDSUS; 2. Metas e indicadores definidos no Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde (COAP), conforme art. 36, IV do Decreto Federal nº 7.508/2011. Para o triênio 2013/2015, as diretrizes, metas e indicadores foram fixadas por meio da Resolução nº 5/2013, da Comissão Intergestores Tripartite do SUS (cujo inteiro teor está disponível no endereço <http://portalweb04.saude.gov.br/sispacto/Resolucao_Indicadores_2013_2015.pdf>, acessado em 17 jan. 2014). Segue relação de indicadores que serão objeto de avaliação de 2013 a 2015, a pretexto de fortalecimento do planejamento do SUS e implementação do aludido COAP: 2.1. Cobertura populacional estimada pelas equipes de Atenção Básica; 2.2. Proporção de interações por condições sensíveis à atenção básica (ICCSAB); 2.3. Cobertura de acompanhamento das condicionalidades de saúde do Programa Bolsa Família; 2.4. Cobertura populacional estimada pelas equipes básicas de saúde bucal; 2.5. Média da ação coletiva de escovação dental supervisionada;</p>

(continua)

Conteúdo do gasto mínimo	Educação	Saúde
<p>Gasto mínimo material</p> <p>Índices e indicadores relevantes</p>		<p>2.6. Proporção de exodontia em relação aos procedimentos;</p> <p>2.7. Razão de procedimentos ambulatoriais de média complexidade e população residente;</p> <p>2.8. Razão de internações clínico-cirúrgicas de média complexidade e população residente;</p> <p>2.9. Razão de procedimentos ambulatoriais de alta complexidade e população residente;</p> <p>2.10. Razão de internações clínico-cirúrgicas de alta complexidade na população residente;</p> <p>2.11. Proporção de serviços hospitalares com contrato de metas firmado;</p> <p>2.12. Número de unidades de saúde com serviço de notificação de violência doméstica, sexual e outras violências implantado;</p> <p>2.13. Proporção de acesso hospitalar dos óbitos por acidente;</p> <p>2.14. Proporção de óbitos nas internações por infarto agudo do miocárdio (IAM);</p> <p>2.15. Proporção de óbitos, em menores de 15 anos, nas Unidades de Terapia Intensiva (UTI);</p> <p>2.16. Cobertura do serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192);</p> <p>2.17. Proporção das internações de urgência e emergência reguladas;</p> <p>2.18. Razão de exames citopatológicos do colo do útero em mulheres de 25 a 64 anos e a população da mesma faixa etária;</p> <p>2.19. Razão de exames de mamografia de rastreamento realizados em mulheres de 50 a 69 anos e população da mesma faixa etária;</p> <p>2.20. Proporção de parto normal;</p> <p>2.21. Proporção de nascidos vivos de mães com 7 ou mais consultas de pré-natal;</p> <p>2.22. Número de testes de sífilis por gestante;</p> <p>2.23. Número de óbitos maternos em determinado período e local de residência;</p>

(continua)

Conteúdo do gasto mínimo	Educação	Saúde
<p>Gasto mínimo material</p> <p>Índices e indicadores relevantes</p>		<p>2.24. Taxa de mortalidade infantil;</p> <p>2.25. Proporção de óbitos infantis e fetais investigados;</p> <p>2.26. Proporção de óbitos maternos investigados;</p> <p>2.27. Proporção de óbitos de mulheres em idade fértil (MIF) investigados;</p> <p>2.28. Número de casos novos de sífilis congênita em menores de um ano de idade;</p> <p>2.29. Cobertura de Centros de Atenção Psicossocial;</p> <p>2.30. Para município/região com menos de 100 mil habitantes: Número de óbitos prematuros (<70 anos) pelo conjunto das 4 principais DCNT (Doenças do aparelho circulatório, câncer, diabetes e doenças respiratórias crônicas). Para município/região com 100 mil ou mais habitantes, estados e DF: Taxa de mortalidade prematura (<70 anos) pelo conjunto das 4 principais DCNT (Doenças do aparelho circulatório, câncer, diabetes e doenças respiratórias crônicas);</p> <p>2.31. Percentual de crianças indígenas <7 anos de idade com esquema vacinal completo;</p> <p>2.32. Proporção de óbitos infantis e fetais indígenas investigados;</p> <p>2.33. Proporção de óbitos maternos em mulheres indígenas investigados;</p> <p>2.34. Proporção de óbitos de mulheres indígenas em idade fértil (MIF) investigados;</p> <p>2.35. Proporção de vacinas do Calendário Básico de Vacinação da Criança com coberturas vacinais alcançadas;</p> <p>2.36. Proporção de cura de casos novos de tuberculose pulmonar bacilífera;</p> <p>2.37. Proporção de exame anti-HIV realizados entre os casos novos de tuberculose;</p> <p>2.38. Proporção de registro de óbitos com causa básica definida;</p> <p>2.39. Proporção de casos de doenças de notificação compulsória imediata (DNCI) encerradas em até 60 dias após notificação;</p>

(continua)

Conteúdo do gasto mínimo	Educação	Saúde
<p>Gasto mínimo material</p> <p>Índices e indicadores relevantes</p>		<p>2.40. Proporção de municípios com casos de doenças ou agravos relacionados ao trabalho notificados;</p> <p>2.41. Percentual de municípios que executam as ações de vigilância sanitária consideradas necessárias a todos os municípios;</p> <p>2.42. Número de casos novos de Aids em menores de 5 anos;</p> <p>2.43. Proporção de pacientes HIV+ com 1º CD4 inferior a 200cel/mm³;</p> <p>2.44. Número de testes sorológicos anti-HCV realizados;</p> <p>2.45. Proporção de cura de casos novos de hanseníase diagnosticados nos anos das coortes;</p> <p>2.46. Proporção de contatos intradomiciliares de casos novos de hanseníase examinados;</p> <p>2.47. Número absoluto de óbitos por leishmaniose visceral;</p> <p>2.48. Proporção de cães vacinados na campanha de vacinação antirrábica canina;</p> <p>2.49. Proporção de escolares examinados para o tracoma nos municípios prioritários;</p> <p>2.50. Incidência Parasitária Anual (IPA) de malária;</p> <p>2.51. Número absoluto de óbitos por dengue;</p> <p>2.52. Proporção de imóveis visitados em pelo menos 4 ciclos de visitas domiciliares para controle da dengue;</p> <p>2.53. Proporção de análises realizadas em amostras de água para consumo humano quanto aos parâmetros coliformes totais, cloro residual livre e turbidez;</p> <p>2.54. Percentual de municípios com o Sistema HORUS implantado;</p> <p>2.55. Proporção de municípios da extrema pobreza com farmácias da Atenção Básica e centrais de abastecimento farmacêutico estruturados;</p> <p>2.56. Percentual de indústrias de medicamentos inspecionadas pela Vigilância Sanitária, no ano;</p>

(conclusão)

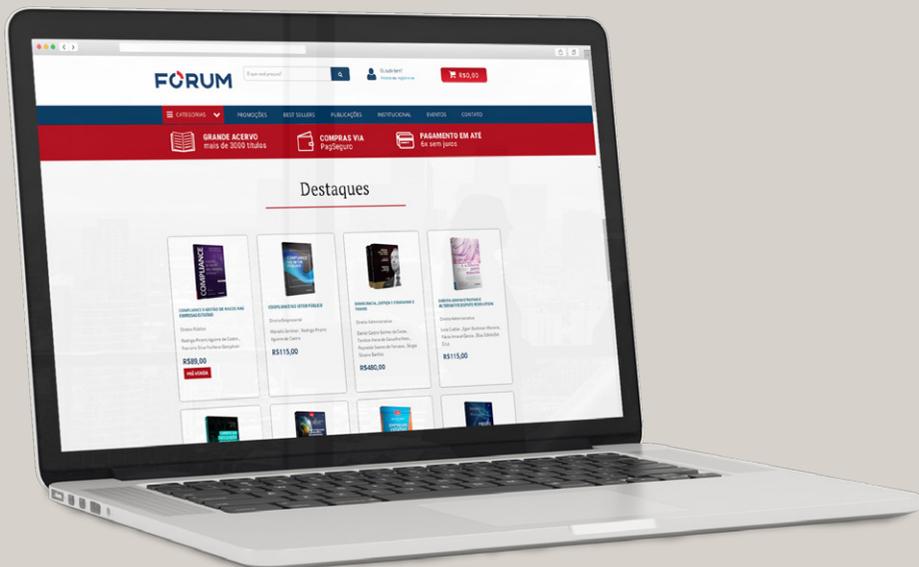
Conteúdo do gasto mínimo	Educação	Saúde
<p>Gasto mínimo material</p> <p>Índices e indicadores relevantes</p>		<p>2.57. Proporção de ações de educação permanente implementadas e/ou realizadas;</p> <p>2.58. Proporção de novos e/ou ampliação de Programas de Residência em Medicina de Família e Comunidade e da Residência Multiprofissional em Atenção Básica/Saúde da Família/Saúde Coletiva;</p> <p>2.59. Proporção de novos e/ou ampliação de Programas de Residência médica em psiquiatria e multiprofissional em saúde mental;</p> <p>2.60. Número de pontos do Telessaúde Brasil Redes implantados;</p> <p>2.61. Proporção de trabalhadores que atendem ao SUS, na esfera pública, com vínculos protegidos;</p> <p>2.62. Número de mesas ou espaços formais municipais e estaduais de negociação permanente do SUS, implantados e/ou mantidos em funcionamento;</p> <p>2.63. Proporção de Plano de Saúde enviado ao Conselho de Saúde;</p> <p>2.64. Proporção de Conselhos de Saúde cadastrados no Sistema de Acompanhamento dos Conselhos de Saúde (SIACS);</p> <p>2.65. Proporção de municípios com Ouvidoria Implantada;</p> <p>2.66. Componente do SNA estruturado; e</p> <p>2.67. Proporção de entes com pelo menos uma alimentação por ano no Banco de Preço em Saúde.</p>

Fonte: Elaboração própria.

Esta obra foi composta em fonte Palatino Linotype, corpo 10
e impressa em papel Offset 75g (miolo) e Supremo 250g (capa)
pela Gráfica e Editora O Lutador, em Belo Horizonte/MG.

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

CONFIRA
NOVOS TÍTULOS
EM NOSSA
LOJA VIRTUAL



IR PARA A LOJA

loja.editoraforum.com.br

0800 704 37 37

