



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE
CONTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

Novo Regime Fiscal e custeio constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais

Dra. Élide Graziane Pinto

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo
Pós-doutora em Administração pela EBAPE-FGV
Doutora em Direito Administrativo pela UFMG



Sinal dos tempos no debate sobre o “custo dos direitos”: 12 anos após a ADPF 45, a ADPF 347 e a PEC 241/2016 - PEC 55/2016

- ▶ O conteúdo dos princípios do **mínimo existencial** e da **reserva do possível** está sob progressivo esforço de densificação e construção conceitual diante da nossa realidade jurídico-constitucional.
- ▶ A decisão liminar do STF na ADPF 347 é paradigmática por ter reforçado o **núcleo intangível do custeio de direitos amparados por algum mecanismo de vinculação**, retirando o contingenciamento do Fundo Penitenciário.



Na ADPF 45, o aviso...

“[...] 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.

Cumprir 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.” (grifo nosso)



Mudança de indexador dos pisos em educação e saúde em tempos de PEC 55/2016: risco fiscal e insegurança jurídica

O dever estatal na consecução das políticas públicas de saúde e educação é processado na justa fronteira da proporcionalidade entre receitas e despesas que os pisos constitucionais asseguram.

Os cidadãos, por sua vez, possuem **direito subjetivo público à educação básica obrigatória e ao acesso universal, integral e igualitário às ações e serviços públicos de saúde.**

Pensar em sentido diverso levará a sociedade brasileira a experimentar, em curto espaço de tempo, a paulatina **conversão dos pisos constitucionais que amparam tais direitos fundamentais em volumes cada vez mais significativos de precatórios judiciais.**



Risco fiscal e insegurança jurídica – rotas de contenção de dano quanto à eficácia progressiva do direito à educação

- ▶ Fundeb, CAQi e CAQ: dever da União de garantir equalização das oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino:
<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-rj-move-acao-para-fixar-padrao-de-qualidade-para-educacao>
- ▶ Mora legislativa, **Acórdão 681/2014 do TCU** e meta 20 do PNE: direito subjetivo público à oferta regular de ensino e ao padrão mínimo de qualidade
- ▶ Responsabilidade federativa solidária(?) quanto ao financiamento suficiente da educação básica obrigatória: arts. 211, §1º e 212, §3º da Constituição



Risco fiscal e insegurança jurídica – rotas de contenção de dano quanto à eficácia progressiva do direito à saúde

- ▶ ADI 5595 questiona a constitucionalidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326263>
- ▶ Decreto 8795, de 30 de junho de 2016: bloqueio de todos os restos a pagar da saúde (identificador de resultado primário 6) que não forem liquidados até 30/11/2016. Caso eles não sejam desbloqueados até o final de dezembro, serão automaticamente **cancelados** pela Secretaria do Tesouro Nacional;



Risco fiscal e insegurança jurídica – rotas de contenção de dano quanto à eficácia progressiva do direito à saúde

- ▶ Intempestividade da execução orçamentária do piso da saúde, dos repasses aos fundos e, sobretudo, dos pagamentos a fornecedores (a despeito da Portaria MS nº 2617/2013 e com exploração do fato pelo mercado financeiro:

<https://banco.bradesco/html/pessoajuridica/solucoes-integradas/emprestimo-e-financiamento/capital-de-giro-antecipacao-de-recebiveis-sus.shtm>), além da falta de correção monetária dos programas, incentivos e preços referenciais (para além da referência da “tabela SUS”): desequilíbrio federativo com sobrecarga de custeio sobre as prefeituras como aponta a Confederação Nacional dos Municípios [http://www.cnm.org.br/portal/dmdocuments/Subfinanciamento%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20da%20Sa%C3%BAde%20\(2016\).pdf](http://www.cnm.org.br/portal/dmdocuments/Subfinanciamento%20da%20Educa%C3%A7%C3%A3o%20e%20da%20Sa%C3%BAde%20(2016).pdf) e outro fluxo de judicialização: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/08/hospitais-do-rs-entram-com-acao-por-bloqueio-das-contas-da-uniao.html>



Risco fiscal e insegurança jurídica – rotas de contenção de dano quanto à eficácia progressiva do direito à saúde

- ▶ O **pactuado na Comissão Intergestores Tripartite é OBRIGATÓRIO**, ainda que excedente ao piso, já que, por óbvio que pareça, piso não é teto.
- ▶ Legado do **Acórdão TCU nº 2888/2015**: precisamos urgentemente reclamar o acesso à informação sobre volume total de repasses **pactuado** para cada município e para cada Estado, na forma do art. 17, § 3º da LC 141/2012, com base em duas premissas:
 - I) Pactuação induz planejamento federativo e gera obrigações recíprocas no custeio do SUS, até para que seja possível a previsão orçamentária realista dos entes subnacionais do seu custeio;
 - II) A transparência ativa é dever dado pela LAI e pela CR/1988 em torno do postulado da publicidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

2006.51.13.000555-1

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA PROPOSTA POR MUNICÍPIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO USUAL POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. SOLIDARIEDADE DOS ENTES CONFIRMADA. RESSARCIMENTO DA QUOTA PARTE DEVIDO. JUROS NA FORMA DA LEI 11.960/09 A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA. HONORÁRIOS MANTIDOS.

1 - Discute-se a possibilidade de regresso da quota-parte que seria correspondente à União, do valor total dos medicamentos não usuais fornecidos pelo Município de Três Rios a determinado paciente por força de decisão judicial.

2- É solidária entre os entes da Federação a responsabilidade pela saúde frente aos indivíduos e tem assento constitucional, razão pela qual não tolera exceções por lei e tampouco por normas administrativas, as quais se limitam a distribuí-la internamente e não servem de fundamento para negar direitos perante os interessados, nem para afastar a responsabilidade por eventual ressarcimento aos demais Entes. (STF, SL 47 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julg. 17.03.2010, DJ 30.04,2010).

3- Não há que se falar em dupla condenação e em violação à isonomia entre os municípios nacionais, por força dos repasses que normalmente a União realiza para os municípios. O caso dos autos trata da possibilidade de regresso de quota-parte do valor que seria correspondente à União, no que tange à condenação do Município de Três Rios no fornecimento de medicamentos não usuais a determinado paciente, por decisão judicial. Caracterizada a responsabilidade solidária entre os entes e a condenação do município a fornecer medicamento não usual, não previsto no orçamento, a despesa extraordinária deve ser repartida, eis que não inclusa nos repasses normais de verbas ao município.

4 - Os juros devem ser implementados da seguinte forma: até 29/06/2009 (dia anterior à entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009), deve incidir a taxa de 1% ao mês (artigo 406 do CC/2002, cumulado com o artigo 161, parágrafo 1º do Código Tributário Nacional - CTN); a partir de 30/06/2009, data da entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, deve incidir juros e correção monetária observando-se os critérios fixados no referido diploma legal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - APELACAO CIVEL

2006.51.13.000555-1

- 5 - Não há que se cogitar da aplicação da taxa de juros prevista no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, pois, segundo a dicção do próprio dispositivo, ele só se aplica para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, e não no caso de verbas indenizatórias, como a dos autos. Somente com a alteração promovida pela Lei nº 11.960/09 é que o art. 1º-F passou a ser aplicado a toda e qualquer condenação da União Federal.
- 6 - Não há razão para alterar o valor arbitrado a título de honorários advocatícios, eis que aplicados em observância ao art. 20, § 4º do CPC, observando os parâmetros estabelecidos no § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do mesmo artigo.
- 7 - Recurso parcialmente provido. Sentença reformada tão somente para adequar os juros de mora à vigência da Lei nº 11.960/09.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Quinta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, na forma do Relatório e do Voto, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2014.

(data do julgamento)

MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal
Relator



MINISTÉRIO PÚBLICO DE
CONTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO

Financiamento dos direitos fundamentais e teto fiscal

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

Atualmente, porém, somos confrontados pela proposta de redução da vinculação de gasto mínimo em ambos os setores e, o que é pior, pela desconstrução do esforço de chegarmos a 2024 com a meta de investirmos em educação pública na ordem de 10% da nossa riqueza nacional. [...]

COMPARATO, Fábio; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Elida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. In: **Consultor Jurídico**. 27 de julho de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>



Financiamento dos direitos fundamentais e teto fiscal

*“O grande problema da PEC 241/2016, particularmente no artigo 104 [art. 105 no Substitutivo] que ela pretende introduzir ao ADCT, é **desconhecer a proporcionalidade entre receita e despesa como metodologia instituída no texto da Constituição de 1988, como proteção formal e material (garantia equiparável ao habeas corpus e ao mandado de segurança, por exemplo) dos direitos à saúde e à educação. [...]***

*Tal inversão de piso para teto despreza a despesa do comportamento da receita e faz perecer as **noções de proporcionalidade e progressividade no financiamento desses direitos fundamentais**. Assim, o risco é de que sejam frustradas a prevenção, a promoção e a recuperação da saúde de mais de 200 milhões de brasileiros. Ou de que seja mitigado o dever de incluir os cerca de 2,7 milhões de crianças e adolescentes, de 4 a 17 anos, que ainda hoje se encontram fora da educação básica obrigatória. [...]*

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE
CONTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

Controle do ciclo orçamentário referido aos direitos fundamentais em tempos de crise fiscal

<http://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-controle-orcamentario-prol-direitos-fundamentais>

Se o ente político não tem quitado a folha de salários em dia, está inadimplente com os pisos constitucionais em saúde e educação ou tem dado causa a qualquer outro inadimplemento de obrigação de despesa assentada constitucional ou legalmente, caberia invocar — em interpretação sistemática — as vedações do artigo 73, inciso VI e do artigo 75 da Lei 9.504/1997.

Em tempos de tão severa crise fiscal, é desarrazoada a assunção de despesa com novos serviços e obras, sem que estejam assegurados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço já em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública. Eis a necessária leitura conjugada do art. 42 da LRF com a alínea “a” do inciso VI do art. 73 da Lei das Eleições.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE
CONTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

Controle do ciclo orçamentário referido aos direitos fundamentais em tempos de crise fiscal

<http://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-controle-orcamentario-prol-direitos-fundamentais>

Muito embora as restrições em comento sejam tradicionalmente invocadas na contenção apenas da gastança típica dos períodos pré-eleitorais e no final de mandato, elas precisam ser apresentadas como soluções jurídicas já vigentes, em rota alternativa à pura e simples suspensão inconstitucional da eficácia dos direitos à saúde e à educação por duas décadas, como pretende o art. 104 que a PEC 241 visa inserir no ADCT.

Além dessas hipóteses, [...] emerge a necessidade de melhor controle sobre as renúncias de receitas sem lastro na correspondente e indispensável medida compensatória, sobretudo as que são concedidas por prazo indeterminado, diante do seu impacto desarrazoado em face das premissas contidas no artigo 14 da LRF e no artigo 57, parágrafo 3º da Lei 8.666/1993.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE
CONTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO

Controle do ciclo orçamentário referido aos direitos fundamentais em tempos de crise fiscal

<http://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-controle-orcamentario-prol-direitos-fundamentais>

Senão vejamos: a Lei de Responsabilidade Fiscal exige no *caput* e no parágrafo 2º do artigo 14 que a validade e o início da vigência da renúncia fiscal sejam condicionados à instituição efetiva de medida compensatória, com duração de três anos (exercício de instituição e nos dois seguintes). Já a Lei Geral de Licitações e Contratos prevê ser vedada a celebração de contratos com prazo de vigência indeterminado, que gerassem obrigações de gasto para o Estado *ad aeternum*. Ora, renúncia de receita é gasto tributário e, assim como os contratos administrativos — donde resultam os gastos rotineiros da administração pública —, não deveria ser instituída sem qualquer delimitação temporal.

[...] Dito de outro modo, a instituição, por prazo indeterminado, de qualquer redução discriminada de tributos ou contribuições e de quaisquer outros benefícios tributários que correspondam a tratamento diferenciado fere suas balizas de constituição e perpetua ilegal e inconstitucionalmente privilégio fiscal no orçamento público.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE
CONTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

Controle do ciclo orçamentário referido aos direitos fundamentais em tempos de crise fiscal

<http://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-controle-orcamentario-prol-direitos-fundamentais>

Para conter situações de inchaço e excesso de gasto de pessoal, não basta o corte linear de 20% de comissionados e a redução eventual de servidores não estáveis. É preciso também promover uma reflexão técnica profunda sobre a demanda real de servidores, para fins até mesmo de aferição de desempenho pessoal (nos moldes do artigo 41 da Constituição) e institucional, conforme as necessidades do serviço público e da sociedade.

As mudanças, de fato, necessárias para reequilibrar as contas públicas e promover o custeio constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais não demandam inovação legislativa, mas reclamam, isso sim, compromisso sério com a revisão de privilégios, mitigação de discricionariedades, abusos, inchaços e frouxidões interpretativas.

Quem vende, na realidade brasileira atual, soluções aparentemente novas e drásticas para problemas antigos e culturais, na verdade vende ilusões, algumas delas francamente inconstitucionais.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE
CONTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

Controle do ciclo orçamentário referido aos direitos fundamentais em tempos de crise fiscal

<http://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-controle-orcamentario-prol-direitos-fundamentais>

[...] eis que surge a PEC 241/2016, com o intuito de fixar um teto de expansão dos gastos primários do governo, conforme o patamar do que for aplicado em 2016 e corrigido apenas pelo comportamento da inflação, com extensão até mesmo para os gastos mínimos em saúde e educação.

A consequência prática dessa suposta medida indispensável para o equilíbrio das contas públicas implica evidente redução da disponibilidade de custeio dos direitos fundamentais, com o adiamento do cumprimento das obrigações de fazer definidas em lei e na própria Constituição. Um claro cerceamento da efetividade constitucional de direitos sociais por medidas de cunho financeiro de caráter alegadamente transitório.



Mitigação do §1º do art. 5º?
“Estado de Sítio Fiscal”?



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE
CONTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

Controle do ciclo orçamentário referido aos direitos fundamentais em tempos de crise fiscal

<http://www.conjur.com.br/2016-ago-17/elida-pinto-controle-orcamentario-prol-direitos-fundamentais>

A confirmar essa hipótese, viveremos um debate análogo ao ocorrido em setembro do ano passado, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, liminarmente, por descontingenciar os recursos do Fundo Penitenciário Nacional, para obrigar a União a aplicá-los imediatamente, dado o “Estado Inconstitucional de Coisas” em que o sistema carcerário brasileiro vivia e ainda vive. Não duvidem os nossos governantes que igual questionamento possa ser renovado na defesa do custeio mínimo da saúde e da educação seja na via incidental, seja na via concentrada do controle.

Quanto maior a escassez de recursos, maior há de ser o compromisso da sua aplicação legítima em orçamentos públicos aderentes à Constituição e aos direitos fundamentais: eis o legado desse precedente e o correlato desafio para controle judicial, sobretudo, quando demandado a assegurar a eficácia dos direitos à educação e à saúde.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE
CONTAS DO ESTADO DE
SÃO PAULO**

Obrigada!

egraziane@tce.sp.gov.br

<http://www.financiamentodosdireitosfundamentais.com/>