

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E  
DESENVOLVIMENTO REGIONAL

JOSÉ ANTÔNIO DE OLIVEIRA ALVES

**O DIREITO À SAÚDE E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95  
DIANTE DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE**

Belém-PA

2017

JOSÉ ANTÔNIO DE OLIVEIRA ALVES

**O DIREITO À SAÚDE E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95  
DIANTE DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre junto ao Programa de Pós-graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof. Dr. Elísio Augusto Velloso Bastos.

Belém-PA

2017

**Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)  
Biblioteca do Cesupa, Belém – PA.**

---

Alves, José Antônio de Oliveira.

O Direito à saúde e a emenda constitucional nº 95 diante da regra da proporcionalidade / José Antônio de Oliveira Alves; orientador Elísio Augusto Velloso Bastos. – 2017.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2017.

1. Proporcionalidade (Direito). 2. Emenda constitucional 95/16. 3. Direito à saúde. 4. Dívida pública. I. Bastos, Elísio Augusto Velloso, *orient.* II. Título.

JOSÉ ANTÔNIO DE OLIVEIRA ALVES

**O DIREITO À SAÚDE E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95  
DIANTE DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre junto ao Programa de Pós-graduação em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/2017.

BANCA EXAMINADORA

\_\_\_\_\_ - Orientador  
**Prof . Elísio Augusto Velloso Bastos**  
Doutor em Direito do Estado (USP)  
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

\_\_\_\_\_ - Examinador(a)

\_\_\_\_\_ - Examinador(a)

## RESUMO

A presente dissertação aborda a regra da proporcionalidade como instrumento para solucionar o conflito específico entre a emenda constitucional nº 95, que impede o aumento de gastos, proposta pelo Governo para reequilibrar as contas públicas e retomar o crescimento econômico, e o direito constitucional à saúde. Diante da crise econômica, embora o Estado seja obrigado a tomar algumas medidas para contornar o problema, é necessário refletir se tais medidas justificam, para sua execução, a produção de algum prejuízo aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à saúde, em razão de sua importância no contexto constitucional. Para o manejo da regra da proporcionalidade, optou-se pela abordagem de Aharon Barak, fazendo-se necessária uma discussão teórica prévia da teoria dos princípios e os elementos da proporcionalidade, comparando sua abordagem, em especial, à de Robert Alexy, um dos doutrinadores de maior relevo quanto ao assunto. Para a compreensão do plano de fundo do conflito, discutiu-se o sentido da constituição e seu objetivo em constituir um Estado de Bem-estar Social dentro de um contexto de neoliberalismo econômico, simbolizado pelo Consenso de Washington. Ao se aplicar a regra da proporcionalidade propriamente dita, para solucionar o conflito, muitos elementos econômicos foram analisados, a partir de pesquisas atinentes ao tema, realizadas por diversos autores tanto em nível internacional quanto em nível nacional. A conclusão que se obteve a partir da regra da proporcionalidade, aplicada com o auxílio de elementos econômicos, foi de que a emenda constitucional nº 95 é desproporcional, havendo, em decorrência do estudo acerca dos multiplicadores fiscais, pouca possibilidade de que a mesma venha a cumprir com o objetivos a ela atribuídos pelo Estado, e sob o custo social de produzir grande prejuízo ao direito à saúde. A conclusão também demonstrou que existem outras alternativas, como a suspensão e auditoria da dívida pública brasileira e a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, que ao serem comparadas com a emenda constitucional nº 95, demonstraram-se com maior probabilidade de alcançar os fins estatais pretendidos de reequilibrar as contas públicas e auxiliar a retomada do crescimento, e, ao mesmo, sem produzir dano ao direito constitucional à saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Emenda constitucional nº 95. Proporcionalidade. Austeridade fiscal. Dívida Pública.

## ABSTRACT

This dissertation approaches the rule of proportionality as an instrument to solve the specific conflict between Constitutional Amendment No. 95, which prevents the increase of expenditures, proposed by the Government to rebalance the public accounts and resume economic growth, and the constitutional right to health. Faced with the economic crisis, although the State is obliged to take some measures to overcome the problem, it is necessary to reflect whether such measures justify, for its execution, the production of some damage to fundamental rights, especially the right to health, due to its importance in the constitutional context. For the management of the rule of proportionality, Aharon Barak's approach was chosen, needing a previous theoretical discussion of the theory of principles and the elements of proportionality, comparing his approach, especially to that of Robert Alexy, one of the foremost professors on the subject. To understand the background of the conflict, we discussed the meaning of the constitution and its objective to constitute a State of Social Welfare within a context of economic neoliberalism, symbolized by the Washington Consensus. When properly applying the rule of proportionality, to solve the conflict, many economic elements were analyzed, based on research related to the theme, carried out by several authors both internationally and nationally. The conclusion drawn from the rule of proportionality, applied with the help of economic elements, was that constitutional amendment 95 is disproportionate, having, as a result of the study of tax multipliers, little possibility to fulfill the objectives assigned to it by the State, and under the social cost of producing great harm to the right to health. The conclusion also showed that there are other alternatives, such as the suspension and auditing of the Brazilian public debt and the regulation of the tax on large fortunes, which when compared with the constitutional amendment nº 95, have been shown to be more likely to achieve the intended state purposes to rebalance the public accounts and help the resumption of growth, and, at the same time, without damaging the constitutional right to health.

**Keywords:** Right to health. Constitutional Amendment No. 95. Proportionality Fiscal austerity. Public debt.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>ABORDAGENS TEÓRICAS ACERCA DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>10</b>
2.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	10
2.2	SÍNTESE DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS E SUA RELAÇÃO COM A REGRA DA PROPORCIONALIDADE CONFORME ROBERT ALEXY ....	14
2.3	OS COMPONENTES TRADICIONAIS DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE .....	15
<b>2.3.1</b>	<b>Adequação .....</b>	<b>16</b>
<b>2.3.2</b>	<b>Necessidade .....</b>	<b>16</b>
<b>2.3.3</b>	<b>Proporcionalidade em sentido estrito .....</b>	<b>17</b>
2.4	OUTRA ABORDAGEM SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS .....	20
2.5	CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS DE ACORDO COM A ABORDAGEM DE BARAK .....	24
2.6	OS COMPONENTES DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE CONFORME AHARON BARAK .....	25
<b>2.6.1</b>	<b>Propósito adequado .....</b>	<b>25</b>
<b>2.6.2</b>	<b>Conexão racional .....</b>	<b>26</b>
<b>2.6.3</b>	<b>Necessidade .....</b>	<b>27</b>
<b>2.6.4</b>	<b>A proporcionalidade em sentido estrito .....</b>	<b>29</b>
2.7	AS DIFERENÇAS ENTE AS ABORDAGENS DE ALEXY E BARAK COM RELAÇÃO À PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO ...	32
2.8	CRÍTICAS À PONDERAÇÃO E RESPOSTAS .....	33
<b>3</b>	<b>O DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SEU CONTEXTO POLÍTICO E ECONÔMICO .....</b>	<b>37</b>
3.1	A CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOCIAL COMO OBJETIVO CONSTITUCIONAL .....	37
3.2	O NEOLIBERALISMO E O CONFLITO CONSTITUCIONAL QUANTO AO PAPEL DO ESTADO .....	40
3.3	SÍNTESE DA EVOLUÇÃO DO FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....	46
3.4	AS MEDIDAS DE AUSTERIDADE FISCAL E SUAS IMPLICAÇÕES AO FINANCIAMENTO DA SAÚDE .....	48

<b>4</b>	<b>A PROPORCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95 EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>51</b>
4.1	A CARACTERIZAÇÃO DO CONFLITO .....	51
4.2	O PROPÓSITO ADEQUADO DA LIMITAÇÃO DOS GASTOS PÚBLICOS E A ANÁLISE DE SUA URGÊNCIA .....	55
4.3	A CONEXÃO RACIONAL ENTRE A LIMITAÇÃO DOS GASTOS E O PROPÓSITO PRETENDIDO .....	60
4.4	A LIMITAÇÃO DOS GASTOS E O TESTE DA NECESSIDADE .....	61
<b>4.4.1</b>	<b>Um meio de corte de despesas alternativo .....</b>	<b>62</b>
<b>4.4.2</b>	<b>O aumento das receitas como alternativa .....</b>	<b>65</b>
4.5	A ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO DA LIMITAÇÃO DOS GASTOS .....	67
<b>4.5.1</b>	<b>Considerações acerca da importância social de se prevenir o dano ao direito à saúde .....</b>	<b>67</b>
<b>4.5.2</b>	<b>Considerações acerca da importância social de se cumprir o propósito da emenda constitucional nº 95 .....</b>	<b>75</b>
<b>4.5.3</b>	<b>Conclusão acerca da proporcionalidade em sentido estrito .....</b>	<b>85</b>
<b>5</b>	<b>A PROPORCIONALIDADE DIANTE DAS ALTERNATIVAS .....</b>	<b>86</b>
5.1	REVISITANDO O PAPEL DAS ALTERNATIVAS E SUA IMPORTÂNCIA	86
5.2	SUSPENSÃO E AUDITORIA DA DÍVIDA PÚBLICA COMO ALTERNATIVA .....	87
5.3	REGULAMENTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO ALTERNATIVA .....	90
5.4	AS IMPLICAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS A PARTIR DOS RESULTADOS OBTIDOS .....	97
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>98</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>101</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O ano de 2015 demarcou o início de um período conturbado na conjuntura política, econômica e social brasileira. Uma conjunção de ingredientes internos e externos provocou uma grande crise, evidenciada a partir de grandes déficits nas contas públicas do país. Considerando-se o cenário desfavorável, o governo foi demandado a promover uma série de políticas para solucionar o desequilíbrio entre a arrecadação e os gastos públicos, e assim, proporcionar o retorno do Brasil a um ciclo virtuoso de crescimento econômico.

Dentre a grande gama de possibilidades, o governo, até então dirigido pela presidente Dilma Rousseff, optou por políticas de ajuste fiscal, também denominadas de políticas de austeridade fiscal. Por meio delas, gastos em diversos setores foram cortados e tributos, em especial sobre o consumo, sofreram aumento de alíquota.

Após o *impeachment* de Dilma Rousseff, a presidência foi assumida pelo então vice-presidente, Michel Temer, cujo governo, ao dar continuidade às políticas de austeridade fiscal, propôs aquela que veio a ser conhecida como emenda constitucional nº 95, que, uma vez aprovada pelo parlamento brasileiro, entrou em vigor neste ano de 2017.

A referida emenda constitucional estabeleceu um novo regime fiscal, onde os gastos públicos passaram a ter um teto limite. Via de regra os gastos do governo foram congelados em termos reais, sofrendo atualização tão somente por meio do índice inflacionário, pelo prazo de 20 anos de duração.

Ainda no âmbito de discussão da emenda, antes de sua aprovação, muitas preocupações surgiram no que diz respeito aos impactos da limitação de gastos nos orçamentos que viriam a promover a garantia de diversos direitos constitucionais, dentre eles, o direito à saúde. Assim o sendo, diante da iminência de uma ruptura na política de gastos orçamentários, pôs-se em questão se seria justificável a referida medida, mesmo perante a alegada capacidade da mesma de provocar danos ao direito à saúde.

Entre a implementação do teto de gastos conforme o teor da emenda constitucional nº 95 e a proteção e promoção do direito constitucional à saúde, é que se propõe a utilização da regra da proporcionalidade como mecanismo para solução

do referido conflito. Em outras palavras, o objetivo aqui é analisar por meio da referida regra a constitucionalidade da limitação ao direito à saúde nos termos propostos pela emenda constitucional nº 95.

Para tal propósito de utilização da regra da proporcionalidade, será necessário, a partir do capítulo 2, fazer pertinentes discussões acerca da importância e aceitação da proporcionalidade como instrumento de interpretação de normas constitucionais em conflito. Conseqüentemente, far-se-á a imaneente abordagem das teorias da proporcionalidade, sobretudo, no que tange à caracterização das normas jurídicas enquanto regras e princípios e os elementos que constituem a própria regra da proporcionalidade.

Com base nas leituras de Robert Alexy, iniciaremos o exame dos elementos teóricos pertinentes, para que, uma vez compreendidos, traga-se à tona uma outra abordagem acerca da proporcionalidade, que, em termos comparativos, entende-se possuir vantagens em relação à de Robert Alexy. Trata-se da abordagem defendida por Aharon Barak, ex-magistrado da Corte Constitucional de Israel, reunida em sua obra intitulada “*Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*”.

Ultrapassado o embate teórico, oportuna discussão será realizada, no capítulo 3, em torno da inspiração político-econômica da constituição brasileira, que foi promulgada em 1988, contraposta a um cenário de ascensão das ideias neoliberais, representadas pelo Consenso de Washington. Com base no contexto constitucional, será considerada a evolução do financiamento do direito à saúde até o advento da emenda constitucional nº 95.

Após esta etapa, no capítulo 4, realizar-se-á o exame da proporcionalidade quanto à implementação do teto de gastos em relação ao direito à saúde. Todos os elementos ou subcritérios da regra da proporcionalidade serão analisados, de acordo com a abordagem de Aharon Barak. Desde o propósito adequado, passando-se pelo exame da conexão racional, pelo teste da necessidade, até chegar ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, considerado o ponto mais importante da análise.

No exame da proporcionalidade em sentido estrito, será também realizado um teste específico, abordado no capítulo 5, de acordo com a metodologia apontada pelo autor supracitado, comparando-se a limitação dos gastos com medidas alternativas como suspensão e auditoria da dívida pública brasileira e a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas.

Ao longo de todo o exame da proporcionalidade e de seus elementos, analisar-se-ão dados econômicos para subsidiar o alcance dos resultados pertinentes, sobretudo no que diz respeito ao multiplicadores fiscais dos gastos orçamentários.

Com base nos resultados obtidos a partir do emprego da regra da proporcionalidade, será possível, por fim, no capítulo 6, concluir-se a respeito do conflito envolvendo a limitação dos gastos públicos e o direito à saúde, que pretende aferir se a limitação dos gastos públicos, conforme demanda a Emenda Constitucional nº 95 torna-se justificável ou não para os parâmetros constitucionais da aludida regra.

## 2 ABORDAGENS TEÓRICAS ACERCA DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Barak (2012) retrata o surgimento da proporcionalidade desde os anos 1800, no direito administrativo da Prússia, que veio a se conformar no que hoje é a Alemanha, mas, foi somente após a Segunda Guerra, em conjunto com o período de constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que a proporcionalidade começa a adquirir mais relevo e a se propagar para outros países europeus e outros continentes. Embora crítico de certos aspectos da proporcionalidade, Iddo Porat (2009) reconhece a grande importância do instrumento e retrata também sua grande difusão e aceitação ao redor do mundo:

A difusão da proporcionalidade é um fenômeno surpreendente, tanto em termos de sua escala quanto em termos da rapidez e da relativa facilidade com que ocorreu. A partir dos anos 70, a proporcionalidade migrou rapidamente de seu local de nascimento, da Alemanha, para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e para o Tribunal de Justiça Europeu, para o Canadá e para quase todos os países europeus, bem como para muitos países fora da Europa. Hoje, a proporcionalidade é uma doutrina aceita na Irlanda, África do Sul, Israel, Austrália e Nova Zelândia (...). A proporcionalidade ganhou a vitória final - a vitória da linguagem e do discurso - porque o próprio discurso jurídico em muitos sistemas jurídicos está agora se realizando nos termos da proporcionalidade (PORAT, 2009, p. 243, tradução livre).

Neste mesmo âmbito de discussão, é possível observar que muitas constituições modernas, elevaram ao mesmo patamar, ao menos no que diz respeito ao nível formal, diversos direitos fundamentais, independentemente da sua dimensão, ou, se assim se preferir, geração. Tal processo se verifica a partir da constitucionalização dos direitos fundamentais.

Com efeito, embora parte da doutrina e da jurisprudência<sup>1</sup> admita a possibilidade de haver direitos constitucionais absolutos, ou seja, aqueles direitos

---

<sup>1</sup> Importa ressaltar que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) já divergiram sobre o tema. Na ADI 1.969, o ministro Marco Aurélio de Mello, afirmou que a Liberdade de Expressão era um direito absoluto. No MS 23.452, o Ministro Celso de Mello asseverou que inexistem direitos ou garantias absolutos na constituição brasileira.

que não poderiam ser relativizados ou restringidos em nenhuma hipótese, como no caso da dignidade da pessoa humana no direito alemão, destaca-se, entretanto, que a existência de direitos constitucionais absolutos, não é a regra geral, mas a exceção. Ainda assim, por mais que se consagre algum direito como absoluto no texto constitucional, Holmes e Sunstein (1999) afirmam que não é possível, por mais que algumas constituições assim o queiram, haver direitos absolutos no plano da realidade, uma vez que todos os direitos para serem efetivados necessitam, inevitavelmente, de recursos, não importando, como se disse anteriormente, a dimensão do direito fundamental. Nas palavras de Holmes e Sunstein (1999, p. 97, tradução livre):

Direitos são comumente descritos como invioláveis, peremptórios e conclusivos. No entanto, estes são claramente floreios retóricos. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja aplicação pressuponha o despendimento seletivo pelo contribuinte pode, ao fim, ser unilateralmente protegido pelo judiciário sem a preocupação com as consequências orçamentárias para outros segmentos governamentais que suportam esta responsabilidade final. (...) Direitos serão normalmente reduzidos quando os recursos disponíveis forem escassos, da mesma forma como estarão suscetíveis de aumento sempre que os recursos públicos se expandirem.

Partindo-se, então, do pressuposto de que direitos são relativos, seria sim, plenamente possível de se imaginar a limitação do direito, por exemplo, à propriedade, seja pela indisponibilidade financeira, ou mesmo por este estar em choque com alguma outra regra ou princípio que o limite ou o relativize. A questão, a saber, é se as limitações impostas aos direitos fundamentais sempre serão constitucionais ou não. Ou melhor, por meio de quais parâmetros, é possível se considerar uma limitação, perpetrada pelo Estado, a um direito fundamental, como constitucional? Ou, ainda, quando será possível para o Estado justificar um ato que limite algum direito fundamental?

Diante de tal dilema, e a partir da necessidade de se solucionar o inevitável choque entre direitos fundamentais e/ou dispositivos constitucionais<sup>2</sup>, prosperou a utilização do mecanismo de interpretação chamado proporcionalidade, para, ao fim,

---

<sup>2</sup> A depender da visão acerca da aplicação da proporcionalidade, que será discutida mais adiante, pode-se falar em choque entre dois princípios constitucionais ou choque entre regra e princípio constitucionais.

possibilitar ao intérprete chegar a uma conclusão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinadas limitações aos direitos fundamentais, impostas pelo Estado mediante leis, atos, ou políticas públicas.

Neste sentido, Aharon Barak (2012, p. 1, tradução livre) define proporcionalidade como “*o conjunto de regras que determinam as condições necessárias e suficientes para uma limitação de um direito protegido constitucionalmente por uma lei que seja permitida constitucionalmente*”.

É digno de nota, no entanto, que há divergências quanto à caracterização da proporcionalidade. A depender do autor, a proporcionalidade pode ser considerada como um princípio, regra, máxima ou postulado. A despeito das considerações teóricas por trás da terminologia terem sua importância, não é este o foco da presente discussão<sup>3</sup>. Neste contexto, utilizar-se-á a denominação de regra da proporcionalidade, por se entender que a mesma é uma norma que não reflete valores com ideais de máxima efetivação, mas sim um instrumento para solucionar determinados tipos de conflitos.

Outra importante ressalva a se fazer, é que a proporcionalidade, normalmente associada como regra para coibir o excesso do Estado, pode ser também utilizada para proibir a proteção insuficiente por parte do mesmo. É o que Lênio Streck (2005) chama de dupla face do princípio (ou regra) da proporcionalidade. Assim leciona Streck (2005, p. 180):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

---

<sup>3</sup> Acerca do tema, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, restrições e Eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 168-169.

Neste mesmo escopo, acerca da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente, Ingo Sarlet (2005, p. 25), acrescenta o entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão, onde se originou a referida teoria:

(...) o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção) encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional (...)

Embora haja esta distinção teórica, entende-se, no entanto, que se tratam apenas de perspectivas diferentes diante do mesmo problema. Num conflito entre direitos ou princípios, pode-se admitir tanto uma ótica de excesso do Estado em privilegiar um dos lados, como a ótica de omissão do Estado em deixar de dar a importância devida ao outro lado. Tanto assim o é, que apesar da proibição à proteção insuficiente ser supostamente considerada como outro viés da proporcionalidade, Claudio Pereira de Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 477), advertem que os mesmos componentes de análise são utilizados para se concluir acerca da proporcionalidade ou não de determinada lei ou ato. Em outras palavras, independentemente da perspectiva escolhida, o resultado prático será o mesmo no que tange ao método de análise da proporcionalidade.

Como se poder perceberá, aindante, a proporcionalidade evidentemente requer como subsídio uma teoria acerca dos princípios. No que diz respeito ao desenvolvimento e sistematização da proporcionalidade, enquanto regra, dentre os juristas que tratam deste tema, o que provavelmente tem maior relevo na literatura jurídica, é Robert Alexy. Há que se destacar, no entanto, que embora existam outras concepções acerca da proporcionalidade, não há como se esquivar de se iniciar a discussão a partir da sistematização proposta por este autor.

A proporcionalidade, como se discutirá mais adiante, possui seus críticos, e, para muitos, o enfoque da proporcionalidade construído por Aharon Barak consegue melhor responder à algumas das críticas que se faz ao uso da regra da

proporcionalidade, com elementos mais claros e analiticamente estruturados. Por esta razão, a abordagem de Barak será, em seguida, contraposta em relação à abordagem de Alexy.

## 2.2 SÍNTESE DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS E SUA RELAÇÃO COM A REGRA DA PROPORCIONALIDADE CONFORME ROBERT ALEXY

Segundo Alexy, toda norma ou é uma regra ou é um princípio. Na visão de Alexy (2008, p. 90), a diferença existente entre regras e princípios “*é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*”. É o que o autor caracteriza como mandamentos de otimização, que significa dizer que um princípio pode ser realizado em diferentes graus.

As regras, por sua vez, são normas que devem ser satisfeitas ou não. Segundo o autor, as determinações contidas em uma regra, requerem que ela simplesmente seja realizada, sem a possibilidade de diferentes graus de efetivação ou realização.

A distinção entre princípios e regras, ainda segundo o próprio autor, mostra-se mais evidente quando se colocam em choque regras e quando se colocam em choque os princípios. Neste sentido, uma vez diante de um conflito entre regras, existiriam apenas duas possibilidades, ou uma das regras será invalidada, ou será necessário que se estabeleça uma cláusula de exceção à aplicação da determinada regra. Nas palavras de Alexy (2008, p. 93):

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra no conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.

Já no que diz respeito à colisão entre princípios, a solução do conflito se dará de maneira diferente. Quando, em determinada situação, dois princípios estiverem em colisão, não será possível um invalidar ao outro, isto é, não será

possível que um princípio retire o outro do ordenamento jurídico. Não será possível, tampouco, a inserção de uma cláusula de exceção.

Alexy ressalta ainda que, neste caso, do conflito entre princípios, o que irá ocorrer é que um deles terá precedência sobre o outro, de acordo com o peso de cada um no caso concreto. Esclarece Alexy (2008, p. 95), que:

Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Tal diferença se verificaria em razão das regras serem mandamentos definitivos, enquanto que os princípios seriam mandamentos de otimização, em decorrência de seu caráter *prima facie*. Em outros termos, o caráter *prima facie* dos princípios implicam no fato de que eles devem ser realizados no mais alto grau de satisfação possível, podendo, como já explicitado, haver variações, em conformidade com os aspectos fáticos e jurídicos.

Por fim, Alexy (2008) entende que há uma conexão estreita entre a teoria dos princípios defendida por ele a regra da proporcionalidade. Ressalta Alexy (2008, p. 116), que “*a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela*”. Isto é, a proporcionalidade decorreria justamente do caráter *prima facie* dos princípios, por exigirem, em caso de conflito, a avaliação do peso de cada um deles no caso concreto para se determinar qual deles terá precedência sobre o outro, uma vez que ambos, pela sua natureza seriam mandamentos de otimização.

### 2.3 OS COMPONENTES TRADICIONAIS DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Embora existam pequenas variações ou nuances, grande parte dos juristas, inclusive Alexy, considera que a regra da proporcionalidade é formada por três componentes ou subcritérios, quais sejam, a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito, este último também denominado de sopesamento ou ponderação.

Ressalva-se, que autores como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2012), consideram um quarto requisito prévio, a licitude, tanto do meio quanto do fim perseguido pelo poder público. Matthias Klatt e Moritz Meister (2012), também

destacam a existência de um quarto requisito prévio, ao qual denomina de legitimidade do objetivo. No entanto, os aspectos ligados à licitude e legitimidade, estariam contidos no próprio exame de adequação.

### 2.3.1 Adequação

O exame de adequação faz alusão ao meio utilizado para se alcançar a finalidade pretendida pelo Estado. Ao definir o componente adequação, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 169) destaca que:

Quando uma medida estatal implica intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, necessariamente essa medida deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, que, em geral, é a realização de outro direito fundamental. Aplicar a regra da proporcionalidade, nesses casos, significa iniciar uma primeira indagação: A medida é adequada para *fomentar a realização* do objetivo perseguido?

Como se pode perceber, a adequação está relacionada a uma relação de causalidade entre o meio proposto e o fim pretendido. O objetivo deste componente da proporcionalidade, segundo Alexy (2008), não é o de determinar se o meio proposto se adequa em máximo grau ao fim pretendido, mas intui tão somente eliminar o meio que simplesmente não se adequa a finalidade pretendida.

### 2.3.2 Necessidade

Com relação ao componente denominado necessidade, de acordo com Alexy (2008, p. 590) ele “*exige que entre dois meios aproximadamente adequados, seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso*”.

Nesta etapa efetua-se uma confrontação do meio a ser utilizado com outros meios alternativos, para se comparar o grau de restrição de direitos fundamentais que cada um provoca. Evidentemente, dentre os meios aproximadamente adequados, opta-se pelo meio que é menos danoso, havendo possibilidade de livre escolha quando houver meios alternativos com mesmo grau restrição de direitos fundamentais. Nas palavras de Robert Alexy (2008, p. 591) “*se existe um meio menos intensamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição*

*pode ser melhorada sem que nasçam custas para outra*". Neste sentido, esclarece ainda Humberto Ávila (2011, p. 182):

O exame de necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Note-se, portanto, que o exame de necessidade, busca apontar o meio considerado mais eficiente, sendo este, aquele menos restritivo aos direitos fundamentais.

### **2.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito**

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, também chamada de ponderação ou sopesamento, pode ser resumida, segundo Alexy (2008, p 593) em "*Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*". Alexy (2008) estabelece ainda que a proporcionalidade em sentido estrito pode ser subdividida em três etapas.

Na primeira etapa se avaliaria a medida ou grau de cerceamento ou intervenção (não satisfação ou afetação) que um determinado ato, lei ou política pública, por exemplo, causaria a um dos princípios. Em seguida, avaliaria-se o grau de importância da satisfação do outro princípio, que está colidindo com o primeiro. E, por fim, deve ser avaliado se a importância de satisfazer este princípio colidente justificaria o cerceamento do primeiro. No intuito de sistematizar a ponderação, Alexy prescreveu a seguinte fórmula do peso:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i}{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

De acordo com a fórmula,  $W_{i,j}$  significa o peso concreto entre o princípio “i” em relação ao princípio colidente “j”; sendo que,  $W_i$  significa o peso abstrato do princípio “i”;  $W_j$ , o peso abstrato do princípio “j”;  $I_i$  diz respeito à intensidade de não satisfação ou de afetação do princípio “i”;  $I_j$  representa o grau de importância da satisfação do princípio “j”;  $R_i$  significa a segurança das premissas empíricas relativas à medida de não realização do princípio “i”; e  $R_j$  corresponde à segurança das premissas empíricas relativas à medida de satisfação do princípio “j”.

Alexy (2008) também entende que se deve atribuir valores a cada um dos elementos da fórmula, de acordo com uma escala triádica, de intensidade leve, moderada ou séria. Para intensidades leves, atribuiria-se o valor 1, para intensidades moderadas, o valor 2, enquanto que, para intensidades sérias, atribuiria-se o valor 4. Com isso, para resultados acima de 1, a precedência seria do princípio “i” sobre o princípio “j”. De outro bordo, para resultado abaixo de 1, haveria a precedência do princípio “j” sobre o princípio “i”. Havendo resultado igual a 1, no entanto, estaria-se diante de um empate.

Klatt e Meister (2012) observam que a escala triádica de Alexy está inserida numa progressão geométrica, indicando que o poder dos princípios aumenta ou diminui de maneira proporcional. Nesse sentido, os autores denotam que o valor 1 =  $2^0$ , que o valor 2 =  $2^1$ , e que o valor 4 =  $2^2$ .

Já no que diz respeito à possibilidade de formulação de uma escala mais elaborada, Alexy (2008, p. 609) esclarece que:

Basta aplicar os três níveis a si mesmos. Dessa forma, obter-se-ia um modelo triádico duplo, com nove níveis, que pode ser representado da seguinte forma: (1) ll, (2) lm, (3) ls, (4) ml, (5) mm, (6) ms, (7) sl, (8) sm, (9) ss. Essa divisão expressa que não existem apenas intervenções leves (l), moderadas (m) e sérias (s), mas também intervenções seríssimas (ss), moderadamente sérias (sm) e levemente sérias (ss<sup>4</sup>); intervenções moderadas quase sérias (ms), moderadas propriamente ditas (mm) e moderadas tendendo para o leve (ml); e intervenções leves quase moderadas (ls), moderadamente leves (lm) e levíssimas (ll).

---

<sup>4</sup> Embora o texto esteja escrito nestes termos, entende-se que, no caso, o autor queria se referir à sigla (sl).

Embora Alexy (2008) admita que, em alguns casos, esta versão, que considera mais refinada, possa ajudar, sendo inclusive possível uma expansão da mesma, por outro lado, entende que este refinamento torna ainda mais complexa a aplicação da própria escala.

Ocorre, no entanto, que a fórmula do peso de Alexy, embora bem recebida por parte da doutrina, não é isenta de críticas. Virgílio Afonso da Silva (2010), embora reconheça que é possível a utilização de fórmulas matemáticas para o sopesamento ou ponderação, relega sua utilização somente de maneira ilustrativa. Conforme Virgílio Afonso da Silva, na verdade, critica a fórmula de Alexy e sua proposta de matematizar a argumentação jurídica. Ainda segundo Silva (2010, p. 176):

(...) conforme já defendi em outra ocasião, “não é possível pretender alcançar com o procedimento do sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Esses modelos podem, quando muito servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo”. Mais importante que buscar fórmulas matemáticas, é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas.

Importa destacar, neste caso, que a crítica à fórmula do peso de Alexy não significa uma crítica à ponderação em si, embora as mesmas existam. Esta espécie de crítica à fórmula do peso, por ser recorrente, obrigou Alexy a elaborar uma resposta. Neste sentido, discorre o autor (2012, p. 295, tradução livre) nos seguintes termos:

A objeção levantada para a Fórmula de Peso é de que la "expressa o ideal de uma ciência precisa, ou ainda, matem matematicamente precisa", e que esta é "uma quimera metodológica". Essa objeção baseia-se em um equívoco sobre o papel da fórmula de peso. Seu objetivo não é reduzir o raciocínio jurídico ao cálculo, mas compreender os elementos que desempenham um papel no sopesamento e ver como esses elementos estão conectados. Os números que devem ser substituídos pelas variáveis representam proposições, por exemplo, a proposição "A interferência à liberdade de expressão é séria". Esta proposição deve ser justificada para estabelecer sua reivindicação de está correta e isso só pode ser feito por argumento. Desta forma, a Fórmula Peso está intrinsecamente ligada ao discurso jurídico. Ela não pretende substituir o cálculo pelo discurso, mas tenta dar ao discurso uma estrutura racional.

No que diz respeito ao critério de desempate na fórmula do peso de Alexy, Pulido (2011) aponta que Alexy traz duas possibilidades, o que pode gerar conflito. Primeiramente, em conflitos envolvendo princípios como liberdade e igualdade, havendo empate, privilegiam-se a igualdade e a liberdade. Em outras palavras, nenhum princípio contrário à liberdade ou igualdade poderia prevalecer sem que se invoquem em seu favor razões muito fortes.

Em segundo lugar, nos casos envolvendo controle de constitucionalidade, havendo o empate na fórmula do peso, deve-se considerar a lei objeto do controle, como constitucional, para favorecer a democracia, sem levar em conta liberdade e igualdade. Para Pulido (2011), deve-se considerar a segunda proposta ao invés da primeira, pois, afinal, foi elaborada posteriormente com relação a primeira.

## 2.4 OUTRA ABORDAGEM SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme já apresentado, Alexy considera que as regras seriam mandamentos definitivos, que por sua vez, implicam na sua realização ou não, sem permitir gradações. Em caso de conflito entre regras, ou se insere uma exceção ou, então, uma das regras será invalidada.

No que diz respeito aos princípios, os mesmos seriam mandamentos ou razões *prima facie*, isto é, requerem que sua efetivação seja realizada no maior grau possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Essas possibilidades jurídicas e fáticas seriam determinadas pela regra da proporcionalidade, sempre que houver conflito entre princípios. Neste caso de conflito, um dos princípios terá mais peso que o outro, a depender das circunstâncias do caso concreto, mas que, não implicará na invalidação de nenhum dos princípios. Mas seriam os princípios de fato mandamentos *prima facie*? Ou poderiam eles ser considerados como mandamentos definitivos?

Para Barak (2012), sempre que uma constituição definir o âmbito de um direito e ao mesmo tempo se possibilitar que ele seja limitado por meio de uma lei no nível subconstitucional, que irá determinar a extensão da proteção do referido direito, então, segundo o autor, não seria plausível chamar este direito de um direito *prima facie*. Ao fazer a leitura da abordagem principiológica de Alexy, Barak (2012, p. 39, tradução livre) discorre no seguinte sentido:

De acordo com a abordagem de Alexy, sempre que uma limitação de um direito constitucional *prima facie* for proporcional, o direito em si é afetado porque seu escopo é diminuído. Este escopo *prima facie*, de acordo com Alexy, é muito amplo, já que "tudo o que o relevante princípio constitucional sugerir que deva ser protegido está dentro do escopo" do direito. A abordagem de Alexy para a determinação do escopo *prima facie* do direito é, portanto, muito ampla. No entanto, a regra constitucional derivada que é criada como resultado da aplicação da regra de proporcionalidade restringe o âmbito do direito que outrora era amplo. No entanto, no estreitamento, aplica-se apenas nas únicas circunstâncias da situação. Nessas circunstâncias, o direito constitucional já não existe.

Barak (2012) se refere ainda ao fato da abordagem de Alexy restringir o âmbito ou o escopo dos direitos constitucionais, em razão da sua caracterização dos princípios como *prima facie*. Para o autor, toda vez que, diante da aplicação da regra da proporcionalidade, um princípio obiver precedência sobre outro, nos termos da caracterização defendida por Alexy, um dos princípios, que por sua vez correspondente a um direito constitucional, terá o seu âmbito atingido pelo outro, em razão das circunstâncias de um caso concreto.

Diferentemente de Alexy, Barak (2012) vem propondo que toda limitação imposta a um direito constitucional, formado por princípio, não afeta o seu escopo, independentemente do caso concreto. Embora o autor concorde com Alexy de que a partir do momento que se aplica a regra da proporcionalidade, é criada uma nova regra constitucional derivada, entende Barak, por outro lado, que esta regra derivada não operaria no nível constitucional (conforme a abordagem de Alexy), mas sim opera no nível subconstitucional.

Para Barak (2012), isto implica dizer que a regra constitucional derivada da proporcionalidade não é capaz de restringir o escopo de um direito constitucional, pois a regra derivada operaria no nível subconstitucional representado por uma lei ou precedente. Ao se aplicar a regra da proporcionalidade a constitucionalidade que é afetada é, por exemplo, a da lei, mas nunca a do direito constitucional em si. O seu escopo permanece o mesmo, pois a proporcionalidade não opera em nível constitucional. Segundo a abordagem do autor, os princípios não podem ser considerados como *prima facie*, pois implicaria na afetação de seus escopos ao se aplicar a regra da proporcionalidade. Sendo assim, os princípios, ao invés de

possuírem natureza *prima facie*, teriam, na verdade, natureza definitiva. Exemplifica Barak (2012, p. 40, tradução livre) nos seguintes termos:

Tomemos, por exemplo, o direito à liberdade de expressão. Quando considerado em todo o seu âmbito, é definitivo e completo. No entanto, devido à necessidade de proteger os direitos de terceiros ou considerações de interesse público, o direito à liberdade de expressão não pode ser realizado em toda a sua extensão (a divulgação de segredos de estado, por exemplo, é ilegal). Mas essas limitações na realização do direito não operam no nível constitucional. O alcance do direito não mudou. Em vez disso, as limitações operam apenas no nível sub-constitucional. Eles podem ser encontrados em estatutos ou precedentes que limitam a extensão da proteção do direito de uma pessoa a favor da promoção de outros princípios constitucionalmente reconhecidos. Este é o efeito - tanto factual quanto legal - dos requisitos de proporcionalidade estabelecidos pela cláusula de limitação.

Embora Barak (2012) entenda que os direitos constitucionais, formados por princípios, foram criados com base em valores que refletem ideais que pretendem ser realizados em sua máxima extensão, não será possível, todavia, que os mesmos sejam efetivados em seu escopo máximo no nível subconstitucional. Com efeito, o nível de realização do direito constitucional, que é determinado por uma lei ou decisão judicial, com base na aplicação da regra da proporcionalidade, não afeta o direito constitucional em si.

Em outras palavras, quando o Estado cria uma lei, que, por um lado visa proteger um direito constitucional e, ao mesmo tempo, acaba restringindo um outro direito constitucional, esta lei, que deve ser criada a partir dos critérios da proporcionalidade, não afeta o escopo do direito constitucional, mas tão somente o seu nível realização. A aplicação da regra da proporcionalidade, que indica a constitucionalidade da limitação de um direito constitucional em favor de outro, opera tão somente no nível subconstitucional, não afetando em si o escopo dos direitos constitucionais, mas tão somente o seu grau de realização. Por esta razão, Barak (2012) considera que os direitos constitucionais, formados por princípios não podem possuir caráter *prima facie*, - abordagem esta que o autor não considera como adequada - mas sim caráter definitivo.

Segundo o autor, longe de trivializar os direitos constitucionais, sua abordagem analítica os protege, pois situa os direitos constitucionais em parâmetro mais sólido, previne uma constante corrosão no escopo dos mesmos e permite,

ainda, que os resultados da aplicação da regra da proporcionalidade (no nível subconstitucional) sejam constantemente debatidos pela sociedade, que poderá alterar os seus parâmetros de realização conforme as necessidades. Noutros termos, ao comparar a sua abordagem com aquela defendida por Alexy, conforme se refere Barak (2012, p. 41-42, tradução livre) ao afirma que:

Existem várias vantagens dessa abordagem com relação à de Alexy. Primeiro, ela assenta o direito constitucional em bases sólidas. A natureza *prima facie* do direito, por outro lado, pode prejudicar sua posição social, seu papel exemplar e sua capacidade moral. Em segundo lugar, esta abordagem impede a corrosão constante no escopo dos direitos constitucionais. Segundo Alexy, a regra constitucional derivada que limita o escopo do direito constitucional opera apenas no menor nível de abstração. Isso reflete uma abordagem caso a caso (ad hoc) da ponderação. No entanto, faz parte da natureza do processo judicial que as decisões caso a caso sejam compreendidas como provedoras de orientação a um nível de abstração muito maior, servindo como precedentes para casos futuros. Em terceiro lugar e, finalmente, uma vez que os resultados finais da aplicação das regras de proporcionalidade são estabelecidos no nível subconstitucional, esses resultados podem ser constantemente objetos do debate político e do discurso público; Eles podem mudar de acordo com as necessidades do dia-a-dia da sociedade em um determinado período.

Observa-se, desta forma, que a abordagem de Barak é mais protetiva aos direitos constitucionais, tendo em vista que o escopo dos direitos não são afetados com a aplicação da regra da proporcionalidade, que é operacionalizada no nível subconstitucional. A maneira analítica como o autor propõe a instrumentalização dos elementos da proporcionalidade, que será visto adiante, também é favorável no sentido de estabelecer elementos mais seguros e específicos. Estas razões motivam a opção pela adoção da abordagem de Barak ao invés da de Alexy, no que diz respeito à teoria dos princípios e o manejo da regra da proporcionalidade.

## 2.5 O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS DE ACORDO COM A ABORDAGEM DE BARAK

Note-se, portanto, que pela abordagem de Barak, os princípios são mandamentos definitivos e não *prima facie*. Esta nova caracterização, é a mesma que Alexy faz com relação às regras, quando as distingue dos princípios. Com isso, surge um importante questionamento. Já que os princípios são definitivos, o eventual choque entre eles levaria à invalidação de um para que outro obtivesse precedência, invalidando assim o próprio direito constitucional? Certamente, se essa fosse a resposta para Barak, ele não teria como afirmar que sua abordagem é mais protetiva aos direitos constitucionais. Esta é uma questão, no entanto, que merece ser respondida. E, para tal propósito, imprescindível se analisar como Barak entende o problema do conflito entre princípios e regras.

O primeiro aspecto a ser destacado, é que o autor considera que os direitos constitucionais podem ter tanto natureza de regra como de princípio. Direitos do tipo princípio são definidos pelo autor (2012, p. 87, tradução livre) como aqueles que “*consistem em valores fundamentais que refletem ideais que aspiram por sua máxima realização*”. Neste sentido, segundo Barak (2012, p. 83-84, tradução livre) “*quando dois direitos do tipo princípio conflitarem, tal conflito não deve afetar a validade dos direitos nem o seu escopo*”. Conforme destacado anteriormente, a limitação causada ao direito, no nível subconstitucional, diz respeito ao grau de realização do mesmo, não afetando nem o escopo nem a validade. E, uma vez preenchidos os requisitos da regra da proporcionalidade, a limitação ao direito será constitucional. Observe-se, com isso, que o conflito entre direitos do tipo princípio não provocará a invalidade de nenhum, por mais que se considere, como defende Barak, o seu caráter como definitivo, e não como *prima facie*.

Por outro lado, quando se tratar de um conflito entre direitos constitucionais em que ao menos um deles for do tipo regra, a solução não será a mesma. Neste caso, o conflito poderá afetar tanto o escopo do direito quanto a sua validade, o que o autor denomina como acidente constitucional. E mais, neste caso não se opera nenhuma regra constitucional derivada, e o conflito não ocorrerá no nível subconstitucional, mas sim no próprio nível constitucional. Aplicar-se-iam, então, as regras de *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, invalidando-se uma das regras.

Pode ocorrer, no entanto, um conflito entre direitos constitucionais do tipo princípio de um lado, e do tipo regra do outro. Se não houver, neste caso, nenhum outro mecanismo previsto na constituição capaz de sanar o conflito, será possível a utilização da proporcionalidade para determinar quando a limitação de um direito por outro, no nível subconstitucional, será considerada constitucional. Neste caso, em específico, interessante notar que o autor defende que seja feito diretamente o teste da ponderação, sem passar pelos demais testes de proporcionalidade.

Outro elemento levado em consideração por Barak na aplicação da proporcionalidade é o interesse público. Para o autor, é possível haver a ponderação entre um direito constitucional de um lado, e do outro, um interesse público conflitante, elemento este que será explorado mais adiante. De qualquer forma, sempre que houver um direito constitucional do tipo princípio em um conflito, e se aplique a regra da proporcionalidade, a regra constitucional daí derivada, operará sempre no nível subconstitucional, sem afetar a validade ou o escopo do direito constitucional. A eventual limitação, caso seja proporcional, afetará tão somente o nível de realização do direito.

## 2.6 OS COMPONENTES DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE CONFORME AHARON BARAK

Para Barak (2012), os elementos que constituem a regra da proporcionalidade são: propósito adequado, conexão racional, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Embora, em muitos aspectos, haja semelhanças com os componentes tradicionais, Barak incorpora outros ângulos de análise que incrementam e enriquecem a dimensão de cada componente, sobretudo a proporcionalidade em sentido estrito, conforme se verificará adiante.

### 2.6.1 Propósito adequado

O propósito adequado possui relação com o conteúdo da lei que visa limitar um direito. Segundo o autor, não é todo propósito que pode justificar uma limitação aos direitos constitucionais, mas, por outro lado, reconhece que os critérios para se determinar um propósito adequado poderão variar de acordo com os valores democráticos de cada constituição. Em alguns casos é fácil indentificar quando um

propósito não é adequado, principalmente quando a lei atenta contra a separação dos poderes, ou busca inviabilizar eleições livres. Seria impensável, no caso brasileiro e de muitos outros países, uma lei cujo propósito fosse alterar o modelo de votação direta para instituir um modelo de votação indireta dos representantes.

Haverá, por outro lado, casos onde será mais difícil de se determinar por critérios objetivos o propósito adequado de uma lei, pois nem sempre é possível delimitar com precisão quando o interesse público, por exemplo, a segurança nacional, justificaria uma limitação de direito, como o direito de ir e vir. O autor alerta, no entanto, para se ter o cuidado nesta fase do exame de proporcionalidade em não se queimar etapas. Longe ainda de se fazer a ponderação entre os elementos conflitantes, nesta fase, objetiva-se tão somente analisar a finalidade da lei, se seu conteúdo possui um propósito adequado aos valores democráticos e fundacionais da constituição.

Outro fator passível de análise no exame do propósito adequado seria a urgência deste propósito adequado. Neste ponto, Barak (2012) reconhece que há divergências. Segundo o autor, em alguns sistemas (Alemanha), esta análise é feita tão somente na proporcionalidade em sentido estrito, mas em outros (África do Sul e Canadá), é realizado desde a análise do propósito adequado. A dificuldade seria de se estabelecer tais parâmetros de urgência.

Em outras palavras, deve-se responder ao questionamento acerca de que nível de urgência justificaria o interesse público de se limitar um direito. O risco, segundo o autor, seria o de se estabelecer parâmetros de urgência muito rígidos, de forma a obstaculizar quase toda forma de interesse público. Ou, ainda, de se avançar no exame da proporcionalidade em sentido estrito, que também avalia o fator urgência.

### **2.6.2 Conexão racional**

Após o exame do propósito adequado, partiria-se para o exame da conexão racional. Este exame está relacionado à viabilidade do meio utilizado para alcançar o propósito pretendido pela lei, que por sua vez, visa limitar um direito. Busca-se assim, verificar se há conexão racional entre o meio utilizado, a lei limitadora do direito, e o propósito pretendido pela mesma.

Segundo Barak (2012), não se pode exigir extremos com relação à conexão racional. Isto quer dizer que não se pode exigir absoluta certeza de que o meio empregado irá satisfazer o propósito pretendido pela lei. Se assim o fosse, não seria possível o emprego de políticas públicas de caráter econômico, social ou de questões relativas à segurança nacional. O autor ressalta ainda que, embora os direitos humanos sejam um elemento central da democracia, ele não é o único componente relevante da mesma, devendo-se levar em consideração outros interesses de cunho político.

De outro bordo, Barak (2012) também ressalva que não se pode admitir que se configure a conexão racional com base em simples especulações. Em outras palavras, não se pode requerer absoluta certeza de que o meio alcance o propósito, mas sim um nível consistente de probabilidade de alcançá-lo. O autor afirma que o exame de conexão racional, deve ser subsidiado por fatos e dados, inclusive científicos, que demonstrem a lógica do meio empregado para a realização do fim pretendido.

Um questionamento interessante levantado por Barak é acerca do momento em que se deve avaliar a conexão racional, mais especificamente, se o exame deve ser feito até o momento anterior em que a lei entra em vigor, ou após ela ter entrado em vigor, no decurso de sua vigência. Ao responder a presente questão, Barak (2012, p. 312, tradução livre), afirma que “*o problema da constitucionalidade acompanha a lei ao longo de sua existência*”. Em outros termos, quer o autor dizer que é possível que no momento inicial se avalie que determinada lei preenche os requisitos da conexão racional, mas, se no decurso do tempo, verificar-se que o meio empregado não é mais capaz de atingir o adequado propósito pretendido lei, a conexão racional, agora reavaliada, colocará em cheque a constitucionalidade da lei, uma vez que não mais corresponderá aos pressupostos da regra da proporcionalidade.

### **2.6.3 Necessidade**

De acordo com o exame da necessidade, deve-se escolher o meio que menos dano causar aos direitos fundamentais. Nessa análise comparativa, os meios alternativos devem também possuir conexão racional com o propósito da lei. Nas palavras de Barak (2012, p. 317, tradução livre):

Este teste da proporcionalidade é baseado na premissa de que a utilização do meios legais – ou a necessidade de se utilizar tais meios – somente será requerido se o propósito não puder ser alcançado por intermédio do uso de outros (hipotéticos) meios legislativos que igualmente satisfaçam o teste da conexão racional e cujo nível de suas limitações ao direito em questão seja menor.

Significa dizer com isso, que, se houver algum outro meio alternativo, de forma menos prejudicial ao direito que se está limitando, e igualmente capaz de alcançar o propósito pretendido pelo legislador, então, a lei sob análise não é proporcional. Implica, na verdade, a adoção e utilização do meio alternativo por parte do legislador, uma vez que o mesmo é menos prejudicial ao direito. Trata-se aqui, novamente, da ideia de eficiência, já apresentada quando se falou do teste da necessidade anteriormente.

Decompondo o exame da necessidade, Barak (2012) destaca que o exame é composto por dois elementos, que devem ser satisfeitos concomitantemente. O primeiro seria a existência de um meio alternativo hipotético, devendo este ser capaz de cumprir o propósito pretendido pelo Estado de igual forma, ou melhor, nunca a menos. O segundo elemento essencial é de que o meio alternativo deve limitar o direito em questão de maneira menos intensa. Há, no entanto, algumas possíveis complicações ao se analisar estes requisitos.

Com relação ao primeiro elemento, Barak (2012) afirma que o meio alternativo não é capaz de reprovar a necessidade de uma lei, ainda que aquela cause menos danos ao direito, quando, ao mesmo tempo, crie outras limitações ou aumente as despesas. Isto quer dizer que não poderá servir de alternativa aquele meio que criar limitações para outros direitos, não previstos na proposta original. Da mesma forma, não é capaz de servir como alternativa, aquele meio que, apesar de menos prejudicial ao direito em questão, obriga o Estado a gastar mais ou a inverter as prioridades orçamentárias. De modo geral, Barak (2012, p. 325, tradução livre) afirma que o *“teste de necessidade baseia-se no pressuposto de que a única mudança que deve ser provocada pelos meios alternativos é que a limitação do direito constitucional seria em menor medida”*.

No que diz respeito ao segundo elemento, de que a alternativa deve limitar o direito de maneira menos extensa, Para se determinar a extensão da limitação, deve-se levar em consideração, segundo Barak (2012, p. 326, tradução livre) “o

*escopo da limitação, seu efeito, a duração e a probabilidade de sua ocorrência*". Barak cogita, no entanto, a possibilidade de, diante de um aspecto, a alternativa ser menos limitadora em relação ao direito que a proposta original, mas, diante de outro aspecto, a alternativa causar mais danos ao direito que a proposta original. Segundo o autor, neste caso, considera-se que a proposta original preenche os requisitos do exame da necessidade, sendo assim, até então, proporcional.

Outra análise importante a se fazer, no exame da necessidade, é com relação à inclusão excessiva. De acordo com Barak (2012, p. 335, tradução livre), a inclusão excessiva *"ocorre sempre que apenas uma parte dos meios, que limitam o direito constitucional, são necessárias para alcançar a 'cobertura total' do propósito da lei"*. Em outros termos, ocorre quando somente parcela da lei já é suficiente para se alcançar o seu propósito, enquanto a outra parte é desnecessária. Desta feita, sendo possível dividir os meios realmente úteis para o alcance do propósito da lei, então, parte da aplicação da lei não passará no teste da necessidade.

Da mesma forma como já elucidado no exame da conexão racional, a necessidade, conforme aduz Barak (2012), também pode e deve ser aplicado tanto no momento da promulgação da lei, quanto no período de sua vigência, uma vez que a justificativa para a limitação aos direitos deve ser contínua e não momentânea.

Note-se, por fim, que nem sempre uma alternativa menos limitadora do direito, em comparação com a proposta original, será capaz de se sobrepor à mesma, ao menos no teste da necessidade. Ocorre, no entanto, que esta alternativa, embora descartada neste momento, poderá cumprir importante papel no exame da proporcionalidade em sentido estrito, que será abordada a seguir.

#### **2.6.4 A proporcionalidade em sentido estrito**

Para Barak (2012, p. 363, tradução livre), o conteúdo da regra da ponderação, conforme sua abordagem, diferentemente do que propõe Alexy, pode ser determinado da seguinte forma:

(...) quanto maior a importância social de prevenir o prejuízo marginal ao direito constitucional em questão e maior a probabilidade de ocorrência de um dano marginal adicional, então, os benefícios marginais criados pela lei restritiva - seja para o

interesse público ou outros direitos constitucionais - deve ser de uma maior importância social, de maior urgência e de maior probabilidade de sua realização.

Diante do panorama geral traçado por Barak, pode-se, sistematizar de um lado da balança, com relação à importância de se cumprir o propósito da lei, a análise dos seguintes elementos: a importância social marginal do propósito que a lei pretende alcançar, a partir do benefício que é adquirido ao se cumprir o propósito adequado de acordo com sua urgência, e a probabilidade de que o benefício que seria adquirido com o cumprimento do propósito adequado será de fato realizado.

Já no que diz respeito ao outro lado da balança, concernente à importância de se prevenir o dano ao direito limitado pela lei, analisam-se os seguintes outros elementos: a importância social marginal do direito constitucional limitado, de acordo com a intensidade do dano incorrido, e a probabilidade de que este dano realmente irá ocorrer.

Com relação à importância social marginal do propósito que a lei pretende alcançar – que pode ser a realização de um direito ou um interesse público-, em face da importância social marginal de se prevenir o dano ao direito afetado pela lei, Barak (2012) afirma que se podem fazer dois tipos de análise. A primeira seria a comparação entre o estado de coisas antes da promulgação da lei e após a promulgação da lei. Teria-se, de um lado, a comparação entre os benefícios que se alcançariam com o cumprimento do propósito da lei e o estado de coisas anterior à ela. E do outro lado, a comparação entre os prejuízos causados ao direito afetado pela lei e estado de coisas do direito afetado antes da lei. Dessa análise comparativa é que se extrai a margem de diferença, ou mais especificamente, a importância marginal do propósito da lei limitadora em relação à importância marginal do direito ora afetado.

Para a análise da importância marginal do propósito da lei, Barak (2012) leva em consideração os benefícios que a lei pretende alcançar e a urgência de se cumprir este propósito. No que concerne à importância marginal do direito afetado, o seu estado de coisas anterior à lei, deve ser avaliado de acordo a importância que tem aquele direito em relação aos demais direitos. Segundo o autor, um direito ou princípio pode ter valor social maior que outro, mesmo estando no mesmo patamar constitucional. Isso dependerá dos valores de cada sociedade, seu histórico e cultura, mas, geralmente ocorre, quando um direito é pré-requisito para outros

direitos. Este fator lhe garante uma importância social maior que outros direitos que não possuem a mesma característica, embora estejam no mesmo nível constitucional. O estado do direito posterior à promulgação da lei, é baseado na intensidade de sua limitação. Quando a limitação de um direito implica limitação de outros, sua intensidade é maior, quando se limita o elemento central do direito e não sua zona de penumbra, a intensidade é maior, e, quando a limitação é permanente e não temporária, a intensidade também é maior.

A outra possibilidade, dentro desta mesma via de análise, que ainda assim, não exclui a anterior, seria a comparação entre a lei e uma alternativa. É nesse momento que, para o autor, podem-se resgatar aquelas alternativas que foram cogitadas, mas descartadas, no teste de necessidade, pois, por exemplo, criariam despesas extras ou, verificou-se que afetariam outros direitos, ou mesmo, aquelas alternativas que foram desprezadas por não conseguirem cumprir com o propósito pretendido no mesmo nível que a lei original. A vantagem da utilização da alternativa, segundo o autor, é de que se delimita ainda mais o âmbito de análise da ponderação.

Neste âmbito de análise, avalia-se, de um lado, a importância social marginal dos benefícios adquiridos com o cumprimento do propósito da lei, rejeitando-se a alternativa e se adotando a lei proposta. E, por outro lado, avalia-se a importância social marginal de prevenir o prejuízo causado ao direito constitucional, rejeitando-se a alternativa e se adotando a lei proposta. De acordo com Barak (2012), a lei original será considerada desproporcional quando houver uma pequena redução dos seus benefícios com a adoção da alternativa, mas, em troca, houver significativa redução ao dano causado ao direito constitucional. Para se utilizar as alternativas, todavia, as mesmas devem ser consideradas proporcionais, e, para tal efeito, devem igualmente passar pela avaliação do estado de coisas antes e depois, explicitado anteriormente, mas desta vez, com relação à alternativa em si.

Além das importâncias marginais do propósito da lei e de se prevenir o dano ao direito, outro elemento de suma importância destacado por Barak (2012), e que pode ser um ponto determinante na proporcionalidade em sentido estrito, é a análise da probabilidade. Segundo o autor, a probabilidade é avaliada por meio de dados e prognósticos. Aqui é averiguada, novamente sob as duas vias, tanto a probabilidade de que a lei de fato alcance o propósito pretendido, quanto a probabilidade de que

de fato a lei irá limitar o direito objeto da análise. Segundo Barak (2012, p. 358, tradução livre):

O peso de um propósito importante, cuja realização é urgente e a probabilidade de sua ocorrência real é alta, não é igual ao peso de um propósito de importância similar, cuja realização também é urgente, mas cuja probabilidade de ocorrência é extremamente baixa.

Barak (2012) ressalta, no entanto, que nem sempre se fará a análise da probabilidade. Quando houver tanto a certeza de que a lei irá cumprir o propósito pretendido, quanto a certeza de que o direito será afetado pela lei, não haverá necessidade de tal análise. Não obstante, não é sempre que se tenha certeza quanto a estes aspectos, pois em muitos casos suscitam-se dúvidas acerca da probabilidade, devendo-se assim, utilizá-la.

Com relação à possibilidade de os pesos se igualarem, Barak (2012) propõe uma regra de desempate, que dependerá do tipo de conflito. Quando a questão envolver uma lei cujo propósito é a realização de um direito em face da limitação de outro direito, o empate deve indicar que a lei é proporcional, favorecendo-se a discricionariedade legislativa. Por outro lado, quando o conflito for entre o propósito de uma lei que visa realizar um interesse público em face da limitação de um direito, a lei deve ser considerada desproporcional, favorecendo-se a centralidade que os direitos humanos ocupam nas democracias constitucionais.

## 2.7 AS DIFERENÇAS ENTRE AS ABORDAGENS DE ALEXY E BARAK COM RELAÇÃO À PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Interessante notar que Barak (2012) traz uma outra abordagem do teste da proporcionalidade em sentido estrito, que difere bastante da fórmula do peso elaborada por Alexy. Conforme já exposto, Alexy insere em sua análise, os pesos abstratos dos princípios conflitantes, o grau de afetação ou não afetação que a lei provoca aos princípios, e a segurança das premissas empíricas em relação às medidas de realização e não realização dos princípios em colisão.

Como se percebe, Barak (2012) não propõe uma fórmula matemática como instrumento da ponderação. Além disso, como se pode denotar a partir da abordagem do autor, ele maneja outros elementos de análise, como a comparação

entre a importância social marginal entre o propósito pretendido pela lei e a importância social marginal de se prevenir o prejuízo ao direito, assim como a probabilidade de realização do propósito e da probabilidade de concretização do dano. Ao tratar, no entanto, das diferenças entre sua abordagem e a de Alexy, Barak (2012, p. 364, tradução livre) afirma que:

Apesar das semelhanças óbvias e da influência da abordagem de Alexy na minha, é importante mencionar as diferenças entre minha abordagem e a de Alexy. Alexy não considera a importância social marginal do direito limitado, mas apenas o grau de sua limitação. Não é assim com a minha abordagem. Minha abordagem considera a importância social marginal tanto ao propósito adequado quanto ao direito constitucional limitado. A regra básica da ponderação expressa a compreensão da sociedade sobre a importância social marginal dos princípios que busca alcançar, ao avaliar o conteúdo e a urgência desses princípios e a probabilidade de sua realização, bem como a importância social marginal e probabilidade de prejudicar os direitos humanos constitucionais que a mesma sociedade procura proteger. Esta regra da ponderação, expressa o entendimento de que, em uma democracia, um propósito adequado - em si mesmo - não é suficiente para justificar o uso de qualquer meio para realizá-lo.

Em outras palavras, apesar de haver influências de Alexy na abordagem de Barak (2012) acerca da proporcionalidade em sentido estrito, existem diferenças notáveis. A abordagem de Barak, por não considerar pesos gerais e abstratos de princípios, torna a ponderação menos abrangente e mais delimitada em seu objeto, permitindo-se uma análise mais específica, clara e estruturada, que, em resposta a algumas críticas desferidas com relação à racionalidade da ponderação, demonstra-se que o nível de discricionariedade em sua abordagem é bem mais restrito. É possível verificar, também, que o critério de desempate proposto por Barak (2012) é muito mais preciso que o critério proposto por Alexy.

## 2.8 CRÍTICAS À PONDERAÇÃO E RESPOSTAS

A despeito da grande aceitabilidade da fórmula do peso de Alexy pela doutrina, ou mesmo, da notável abordagem analítica de Barak (2012) acerca da proporcionalidade em sentido estrito, ainda assim, persistem críticas a este elemento da regra da proporcionalidade.

Existem doutrinadores que propõem, inclusive, um modelo de proporcionalidade sem a utilização deste elemento. Dimoulis e Martins (2012, p. 210), por exemplo, entendem que “*se o resultado da necessidade coincide com o da proporcionalidade em sentido estrito, isso torna duvidosa a fundamentação própria e a utilidade da segunda figura*”. Para os autores, haveria redundância no uso da proporcionalidade em sentido estrito, que, além do mais, implicaria subjetividade na decisão. Schlink (2012), da mesma forma, afirma que a ponderação é realizada por métodos obscuros, repletos de subjetividade. Daí também, a razão de o Tribunal Constitucional do Canadá não aplicar o teste da ponderação, relegando-a tão somente ao parlamento.

De modo geral, a maior parte da crítica à proporcionalidade, alega que a mesma é irracional por ser subjetiva, implicando em usurparção dos poderes legislativos por parte do Poder Judiciário, que estaria atuando de maneira antidemocrática e ilegítima.

O primeiro ponto a se esclarecer, é o do distinto papel que cumpre o exame da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, Barak (2012) leciona que a necessidade está relacionada a uma análise de meios para se atingir um fim, que se trata de uma forma de se avaliar a eficiência do meio utilizado para se alcançar o propósito pretendido, diante da limitação de um direito. A proporcionalidade em sentido estrito, por outro lado, analisa a importância dos benefícios trazidos pelo cumprimento do propósito da lei, diante da importância de se prevenir o dano ao direito em questão, conforme os elementos destacados anteriormente.

No que concerne às críticas de irracionalidade e subjetividade da ponderação, Pulido (2011) reconhece ser verdade que a ponderação não pode excluir a subjetividade do juiz, mas não significa, por isso, que ela seja irracional, nem que esteja, exclusivamente, baseada na subjetividade do juiz. Por esta lógica, argumenta o autor, o silogismo, por não excluir a subjetividade, também seria irracional. Da mesma forma, também haveria subjetividade na subsunção. Na mesma toada, Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 367), afirma que “*Seria simplesmente uma ingenuidade imaginar que existe uma forma de aplicação que exclua a subjetividade do intérprete*”. Ao contrário do entendimento de Dimoulis e Martins, acrescenta Virgílio Afonso da Silva (2010), que mesmo os demais testes da

proporcionalidade, como a necessidade, possuem também elementos de subjetividade.

Com efeito, Pulido (2011) considera que é consenso o fato de que a ponderação não garante uma objetividade perfeita, pois trataria-se de um ideal inalcançável. A indeterminação normativa, segundo o autor, é uma propriedade inerente à linguagem dos princípios. E é desejável que seja assim, na ótica do autor, pois, do contrário, excluiriam-se as possibilidades de deliberação política. Não haveria, segundo ele, nenhum sistema que dê uma única resposta para controvérsias dessa magnitude. Conclui o mesmo, que, querer a total objetividade, é uma pretensão hiperracional, o que seria, na realidade, reflexo de irracionalidade.

Ainda assim, Pulido (2011) entende que a impossibilidade de haver objetividade perfeita não significa que a única alternativa seja a irracionalidade. Não significa, igualmente, que não se deva buscar alcançar o maior grau de objetividade possível, como ideal. Para o autor, o conceito de racionalidade jurídica não é consensual, mas, de modo geral, pode-se dizer que uma decisão é racional quando sua fundamentação pode ser enunciada em termos claros e consistentes, com premissas completas, e observância das regras lógicas.

Com relação à alegação de que a ponderação representaria uma usurpação das competências do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, Barak (2012), primeiramente, considera que a proporcionalidade em todos os seus componentes, pode e deve ser aplicado por todos os três poderes estatais. No que tange às objeções feitas à utilização da ponderação por parte do Poder Judiciário, o autor dá duas respostas, uma formal e outra substancial.

Do ponto de vista formal, os tribunais não estariam atuando de maneira ilegítima ou usurpando as atribuições parlamentares, uma vez que, a própria constituição, de maneira explícita ou implícita, confere ao Poder Judiciário justamente o poder de rever a aplicação de uma determinada lei.

No que concerne ao argumento mais substancial em resposta ao argumento de que os tribunais estariam atuando de maneira antidemocrática ao realizar a ponderação, Barak (2012) defende que as constituições não relegam a guarda dos direitos humanos ao legislador. O Judiciário, na verdade, tem importante papel na proteção das constituições democráticas, segundo o autor, e a ponderação é um importante instrumento para esta proteção. Lembra o autor, que é do Judiciário a última palavra acerca da constitucionalidade, que é o fundamento pelo qual se

entende ser possível a revisão dos atos do Legislativo pelos tribunais. Para o autor, dizer que a proporcionalidade é inapropriada é o mesmo que dizer que é inapropriada a revisão dos atos legislativos pelo Judiciário, o que seria inadmissível, pois, do contrário, estaria-se dando poderes absolutos ao Poder Legislativo.

### 3 O DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O SEU CONTEXTO POLÍTICO E ECONÔMICO

#### 3.1 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOCIAL COMO OBJETIVO CONSTITUCIONAL

De maneira tardia, no Brasil, a partir da Constituição de 1988, tentou-se implementar um novo modelo de Estado e sociedade, inspirada no *welfare state* europeu ou Estado de Bem-estar Social. O contexto europeu de construção da ideia de Estado Social, remonta ao período de constitucionalização e efetivação dos direitos humanos de segunda dimensão ou geração, quais sejam, os direitos fundamentais de natureza social, como educação, saúde, moradia, previdência, dentre outros.

As primeiras constituições nestes moldes foram a mexicana de 1917 e a alemã de 1919. Mas a implementação de um modelo estatal que buscasse assegurar aos seus cidadãos uma enorme gama de direitos sociais, é percebida de maneira mais contundente a partir da queda do liberalismo econômico, sobretudo com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929, daí surge a importância de compreender a transição entre os aludidos modelos de Estado.

É preciso assinalar, no entanto, que por mais que o ideal liberal econômico pregasse a não intervenção do Estado, ele ainda assim era presente, embora de maneira diferente da que preconizaria mais tarde o Estado Social, pois, desde o início, na Inglaterra da Revolução Industrial, segundo Polanyi (1944), havia grande contradição entre a burguesia ascendente, uma vez que, ao mesmo tempo em que defendia o *laissez-faire* econômico, obtinha grandes vantagens do Estado.

Dos casos clássicos retratados pelo próprio autor foram os cercamentos de terra promovidos pelo Estado da Inglaterra, que retiravam os camponeses do campo para que as áreas fossem utilizadas pela indústria têxtil. O Estado atuava em benefício da burguesia liberal sem ter grandes preocupações sociais com as massas que se concentraram nas cidades, advindas do campo, que acabavam servindo de mão de obra barata, e sob condições desumanas, fator este que também beneficiava os capitalistas industriais.

Acerca da propagação do liberalismo no plano internacional, Arrighi (1994) acentua o quanto a Inglaterra defendeu o liberalismo econômico em sua política

externa, pois era uma estratégia essencial e vital, segundo ele, para a burguesia inglesa garantir sua hegemonia comercial ao redor do planeta. Graças a isso, até certo momento da história, o *laissez-faire* econômico, sob a égide do pensamento de Adam Smith, triunfou enquanto ideia dominante.

A partir da Primeira Guerra, no entanto, o liberalismo começou a ser contestado, a partir de uma necessidade de maior intervenção do Estado, em especial no âmbito fiscal. Piketty (2014) comprova, por meio da análise de dados, que a Primeira Guerra representou um grande marco fiscal, na medida em que os Estados tiveram a premência de arrecadar mais. Tributos sobre a renda e a herança passaram, a partir de então, a ter um caráter bem mais progressivo, atingindo de maneira mais incisiva, as altas rendas e os grandes patrimônios.

Após a Primeira Guerra, outro evento impactante surgiu: a crise de 1929. Com a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, muitas empresas faliram, ocasionando desemprego e, conseqüentemente, redução do consumo, que gerou assim, uma crise de superprodução, afetando grande parte da economia global que dependia das exportações de produtos para os Estados Unidos.

A Grande Depressão vivenciada nesse período, sem sombra de dúvidas, demarcou o início do declínio do liberalismo econômico, pois evidenciou que o mercado, por si só, não era capaz de resolver os problemas econômicos e sociais ocasionados pela crise. Neste ambiente pós-1929, Piketty (2014) afirma ainda, como reação à crise, que fora criado nos Estados Unidos um imposto confiscatório sobre a renda, aproveitando-se o fato de que a opinião pública havia culpado o sistema financeiro pela crise que abatia o país. Segundo o autor (2014, p. 496):

Foi nesse contexto que Roosevelt chegou ao poder no início de 1933, quando a crise já durava mais de três anos e o país apresentava uma taxa de desemprego que chegava a um quarto. Ele decidiu imediatamente aumentar a taxa superior do imposto sobre a renda, que havia caído para 25% no fim dos anos 1920 sob a desastrosa presidência de Hoover, subi-la para 63% a partir de 1933 e depois para 79% em 1937, ultrapassando assim o recorde anterior, de 1919. Em 1942, o Victory Tax Act elevou a taxa superior para 88%, e depois para 94% em 1944 com os diferentes adicionais.

Se as políticas promovidas pelos Estados Unidos naquela ocasião foram significativas, também merece destaque o papel que os Estados passaram a adotar perante a economia em países como Alemanha e Itália, no período Entreguerras

(1918-1939). Pode-se dizer, com segurança, que nestes países se optou por modelos econômicos que se contrapunham ao *laissez-faire*, tendo o Estado assumido, desta feita, uma vertente bem mais atuante.

Outro evento decisivo para o declínio do liberalismo foi a Revolução Bolchevique na Rússia, em 1917, pois as tensões provocadas pelos desdobramentos desta revolução marcaram grande parte do Século XX, norteadas as políticas econômicas dos países capitalistas que necessitavam se contrapor ao socialismo soviético<sup>5</sup>, mais distintamente, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), no período histórico denominado de Guerra Fria (1945-1991).

A lição importante a se retirar do momento histórico de queda do liberalismo econômico, diante de conjunturas de guerra e acentuada crise econômica, é que a reação triunfante dos capitalistas foram as políticas econômicas cunhadas principalmente pelo economista John Maynard Keynes, que previam a expansão dos gastos estatais, e a criação de mecanismos para manter a renda e o consumo do trabalhador, mesmo que desempregado. Neste sentido, leciona Elísio Bastos (2011, p. 190):

Este é o cenário propício para que uma nova categoria de direitos passe a pretender a mesma fundamentalidade que detinham as liberdades públicas. São os chamados Direitos Humanos de Segunda Geração, dentre os quais se podem encontrar os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, tais como a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho e outros.

Note-se, portanto, que aquele momento de mudanças no pensamento político e econômico ensejou a profusão do modelo do Estado Social, e o avanço na concretização dos direitos sociais, sobretudo, na Europa.

Há que se destacar neste período, ainda pautado pelo signo da bipolaridade da Guerra Fria, que a estratégia utilizada pelos Estados Unidos a partir das instituições de Bretton Woods (FMI, Banco Mundial e BIRD) para manter sua área de influência, sobretudo na América Latina, onde se situa o Brasil, não foi a construção do Estado Social, mas sim a de incentivo ao desenvolvimento por meio de iniciativas estatais.

---

<sup>5</sup> O modelo soviético, em sua gênese, localizou-se em posição diametralmente oposta ao capitalismo, pois vislumbrou a expropriação e supressão da classe burguesa e da propriedade privada dos meios de produção, intuindo alcançar um sistema de maior igualdade social e sem explorados.

Foi nesse contexto que, a partir da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), surgiram estudos como os de Raúl Prebisch, de 1949, acerca de propostas de desenvolvimento para a América Latina, em que foram concebidos, por exemplo, os planos de “substituição de importações”, para incentivar a indústria doméstica.

Essas políticas de fomento ao desenvolvimento e à industrialização, segundo Ianni (1999), tinham como objetivo principal frear as tensões sociais a fim de que não houvesse revoluções. O autor denomina esta política como “Economia Política da Contrarrevolução”, pois sua finalidade era a de impedir a influência do Bloco Soviético na América Latina.

Nota-se assim, um certo descompasso temporal, entre a construção do Estado do Bem-estar Social nos países europeus desenvolvidos, que se deu, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, enquanto que, neste mesmo período, no Brasil, promoveu-se a ideia de um Estado desenvolvimentista. Ademais, ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, o ideal de Estado Social já vinha sendo combatida pela retomada de ideias liberais, ou melhor dizendo, neoliberais, a partir de uma série de mudanças que passaram a ocorrer no cenário político e econômico mundial.

### 3.2 O NEOLIBERALISMO E O CONFLITO CONSTITUCIONAL QUANTO AO PAPEL DO ESTADO

O panorama político e econômico que propiciou a construção do Estado Social nos países europeus desenvolvidos, mudou algumas décadas depois. Conforme leciona Cruz (2007), a Europa na década de 1960, viveu uma onda de greves radicalizadas que permitiram crescimentos constantes de salários e maior proteção dos trabalhadores. Já na década de 1970, o autor recorda que houve o choque do petróleo, a crise do dólar, e o declínio competitivo da economia norte-americana após a reestruturação da Europa. Estes fatores, segundo o autor, implicaram queda de lucratividade e crescimento da inflação, representando assim, uma crise para os países centrais do capitalismo.

Ainda na década de 1970, após a Guerra do Vietnã, houve uma mudança, pois as tensões entre Estados Unidos e União Soviética diminuíram, levando

inclusive o presidente Nixon, dos Estados Unidos, a fazer uma visita à Moscou, conforme relata Cruz (2007).

As décadas de 1970 e 1980 coincidem com a chegada ao poder de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e Margaret Thatcher, na Grã-Bretanha, justamente no arrefecer da Guerra Fria, que culmina, tempos depois, com o fim do Bloco Soviético, em 1991.

É nesta nova mudança de cenário, que surge a contraofensiva neoliberal ou monetarista, que, segundo Avelãs Nunes (2007), começa a dar sinais a partir de 1971, com a ruptura do sistema de Bretton Woods, que era inclusive o que permitia a manutenção de políticas keynesianas. O autor contribui para a compreensão das mudanças ocorridas neste período, com o seguinte relato (2007, p. 591):

Em Agosto de 1971, os EUA romperam unilateralmente o compromisso assumido em Bretton Woods de garantir a conversão do dólar em ouro à paridade de 35 dólares por onça troy de ouro. Daqui resultou a adopção do sistema de câmbios flutuantes (uma velha reivindicação dos monetaristas), primeiro entre os EUA e os seus parceiros comerciais, e logo de imediato aplicado em todo o mundo. Esta circunstância marcou um ponto de viragem a favor das correntes neoliberais. Pode dizer-se que começa então, na prática, a 'ascensão do monetarismo', a 'contra-revolução monetarista'.

Além da relatada mudança no sistema dólar-ouro, Beluzzo (2009, p. 55) acrescenta que em outubro de 1979 um outro evento muito relevante ocorreu, qual seja, a elevação unilateral da taxa de juros pelos Estados Unidos. Segundo o autor:

Ao impor a regeneração do papel do dolar como reserva universal através de uma elevação sem precedentes das taxas de juros, os EUA deram derradeiro golpe no estado de convenções que sustentara a estabilidade relativa da era keynesiana.

Sendo assim, a elevação unilateral da taxa de juros nos Estados Unidos, indicada por Beluzzo (2009), além de representar um golpe no sistema que sustentava o Estado do Bem-estar Social, aniquilou também as políticas de industrialização e de desenvolvimento promovidas pela América Latina a partir do pensamento gestado na CEPAL, uma vez que se embasava, entre outros pilares, no abundante crédito, até então barato, disponível no mercado internacional.

Com a elevação da taxa de juros pelos Estados Unidos, a escalada da dívida externa dos países, então classificados como de Terceiro Mundo, gerou

grande crise financeira. E para fazer frente aos pagamentos das dívidas externas, muitos foram obrigados a tomar novos empréstimos na década de 1980, desta vez sob condicionalidades impostas, sobretudo pelo FMI, que àquela altura, já advogava em favor da grande retomada neoliberal.

Mas eis que, mesmo diante de um cenário de transição econômica e política, no final da década de 80, o Brasil, tardiamente em relação ao contexto europeu, promulga a Constituição de 1988, com forte inspiração no modelo de Estado Social, mas num mundo onde o neoliberalismo passava a ser a grande diretriz.

Com o neoliberalismo em pauta na agenda política e econômica mundial, sobretudo com o fim da Guerra Fria e o desmonte da URSS, as políticas nele embasadas passaram a ser introduzidas nos países do sul<sup>6</sup>. Essa propagação de ideias foi facilitada por organismos como o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) e, posteriormente, pela Organização Mundial do Comércio (OMC), através de acordos de liberalização do comércio e redução de barreiras à livre circulação de mercadorias.

De igual modo, as intuições criadas na vigência dos antigos acordos de Bretton Woods, FMI e Banco Mundial, condicionavam empréstimos aos países devedores, afetados sobretudo pela elevação unilateral da taxa de juros pelos EUA, de acordo com a adoção pelos mesmos de medidas chamadas de neoliberais. Neste sentido, Batista Junior (1994, p. 8) assevera que:

O colapso do comunismo na Europa central e a desintegração da União Soviética, somados à adesão do socialismo espanhol e francês ao discurso neoliberal, facilitaria a disseminação das propostas do Consenso de Washington e a campanha de desmoralização do modelo de desenvolvimento, inspirado pela Cepal, que se havia montado na América Latina sobre a base de capitais privados nacionais e estrangeiros e de uma participação ativa do Estado, como regulador e até empresário.

Com a queda do Muro de Berlim, fez-se leitura simplificada do significado do fim da guerra fria, constatando-se precipitadamente a emergência de nova ordem internacional, uma definitiva Pax Americana, à qual seria inevitável ajustar-se.

---

<sup>6</sup> Países do sul é a expressão utilizada para denominar os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

Não por acaso, para muitos autores, esta nova ordem proposta representa um declínio da soberania e do Estado Nação, pois se observa a partir dela, a redução do papel do Estado, que passa a ser mínimo. O diagnóstico, no entanto, é controverso para alguns autores em razão de na América Latina, apesar das políticas neoliberais, o governo ter continuado a exercer um papel importante de estímulo econômico como grande investidor no mercado de produtos e serviços.

Freitas (2004) destaca que as empresas multinacionais também necessitam do Estado para a criação e a manutenção de condições propícias a suas atividades, mormente a concessão de isenções fiscais, crédito subsidiado, infraestrutura a custo zero, dentre outras. Acrescenta o autor, que as recomendações de instituições supranacionais somente têm eficácia a partir de decisões internas.

A despeito disto, Rocha (2008) afirma que as políticas neoliberais de fato restringiram a capacidade do Estado de controle da política fiscal. A nova política monetária, induzida pelos organismos multilaterais em todo o mundo, com o câmbio flutuante, desencadeou, segundo o autor, uma alta considerável das taxas de juros, que não recuaram mesmo diante da desaceleração da inflação, o que se tornou evidente no Brasil, do fim da década de 1980 até meados da década de 1990.

O que há de mais simbólico, sem dúvida, no que diz respeito ao dito programa neoliberal, é o documento denominado por Williamson, em 1989, de “Consenso de Washington”, uma “carta política” contendo medidas amplamente defendidas pelas instituições internacionais e países desenvolvidos. Batista Junior (1994, p.18), que atuou no cenário de política externa daquele período, lista os pontos frutos do consenso, atientes ao aludido documento:

A avaliação objeto do Consenso de Washington abrangeu 10 áreas: 1. disciplina fiscal; 2. priorização dos gastos públicos; 3. reforma tributária; 4. liberalização financeira; 5. regime cambial; 6. liberalização comercial; 7. investimento direto estrangeiro; 8. privatização; 9. desregulação; e 10. propriedade intelectual.

Como se pode perceber, os pontos frisados pelo autor, como privatização, desregulação e disciplina fiscal, não somente seriam incogitáveis nos velhos tempos do *welfare state*, como seriam incompatíveis, já que o Estado cederia espaço para a iniciativa privada. Acrescenta Batista Junior (1994, p.20), ainda, que:

Para justificar o encolhimento do Estado, invocam-se os excessos de regulamentação, asfixiantes das forças produtivas, sua ineficiência como empresário e sua irresponsabilidade fiscal, foco principal de inflações crônicas (...)

A proposta da "burocracia washingtoniana" é declaradamente conservadora no terreno tributário. Posiciona-se contra a utilização da política tributária como instrumento de política econômica ou social e se opõe à elevação da carga tributária como forma de equilibrar as contas públicas. Sem se preocupar com o fenômeno da evasão, recomenda que a carga tributária seja distribuída sobre uma base mais ampla e que, para isso, seja menos progressivo o imposto de renda e maior a contribuição dos impostos indiretos. A função do imposto se circunscreve a cobrir as despesas mínimas de um Estado reduzido a sua expressão mais simples.

Trata-se de proposta que acentua ainda mais o grande peso que já tinham na América Latina os impostos indiretos e que tende a contribuir para o agravamento da perversa estrutura da distribuição da renda na região. Mas, sem dúvida, atraente para os setores empresariais, concorrendo para a popularidade das reformas neoliberais entre as elites latino-americanas.

Conforme avalia Rocha (2008), com a globalização econômica sob a égide do neoliberalismo e do monetarismo um grande poder passa a ser exercido pelas corporações e instituições bancárias internacionais, naquilo que o autor classifica como "jogo financeiro", o que colocaria muitas vezes os Estados como reféns.

Consoante já destacado anteriormente, o papel desempenhado por instituições como o FMI, foi central na imposição das medidas neoliberais aos países abatidos pela crise financeira, causada, dentre outras razões, pelo aumento unilateral da taxa de juros pelos Estados Unidos, que elevou consideravelmente as dívidas externas dos países do sul. Estes países recorriam ao FMI para obter empréstimos que lhes permitissem pagar suas dívidas e, em contrapartida, eram obrigados a adotar as medidas econômicas que lhes eram impostas.

Do ponto de vista da política fiscal, recomendava-se aos países que, além de adotarem uma tributação mais indireta, onerando, sobretudo o consumo ao invés da renda, cortassem também gastos e privatizassem empresas estatais para reduzir o tamanho do Estado.

Note-se, então, que o paradigma washingtoniano da disciplina fiscal representa a diretriz do neoliberalismo no campo fiscal e orçamentário, limitando assim os gastos do Estado.

Do ponto de vista dos direitos, esta mudança de panorama, com o intuito de limitar os gastos estatais, pode vir a representar inefetividade dos direitos fundamentais constitucionais, uma vez que a efetivação dos direitos representam custos. Em outras palavras, o mero reconhecimento de um direito no corpo da constituição, por si só, não garante que o mesmo seja efetivado, pois é necessário que Estado tome medidas, como políticas públicas para que determinado direito seja concretizado.

Importante, por fim, salientar, que ao contrário do que se poderia pensar, não são somente os direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda dimensão que necessitam de intervenção estatal para serem efetivados. Os direitos individuais, como direito à liberdade ou à propriedade, também necessitam de ação estatal e demandam custos para serem efetivados. A ideia de que existiriam direito negativos e outros positivos não mais se sustenta. Bastos (2011, p. 195) leciona que:

A nomenclatura direitos negativos é, portanto, ideológica, vez que, na grande maioria dos casos serve para culpar ou justificar a carência orçamentária pela falta de efetividade dos direitos das gerações posteriores. À primeira, quando, em verdade, tal carência de efetividade se relaciona, de modo direto, com a incompetência administrativa ou uma opção política consciente.

Retomando-se, assim, a discussão, observa-se que o Brasil promulgou em 5 de outubro de 1988 uma Constituição que objetiva a construção de um Estado Social, nos moldes do que foi constituído na Europa, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial.

A despeito do intuito constitucional, a conjuntura do fim dos anos 80 e início dos anos 90 marcou o ascenso das ideias neoliberais, que se contrapunham às ideias keynesianas de Estado de Bem-estar Social, por meio da redução do tamanho do Estado, por meio de privatizações, desregulamentações e, do ponto de vista do orçamento, com a limitação de gastos, em conformidade com o paradigma da disciplina fiscal.

A questão é saber-se de que forma esta dicotomia repercute na efetivação dos direitos constitucionais, em especial o direito à saúde, objeto do presente estudo. Sendo assim, importante se analisar os estágios de mudança atinentes à

efetivação do direito à saúde a partir das diretrizes da Constituição de 1988 mesmo que diante das diretrizes opostas do Consenso de Washington.

### 3.3 SÍNTESE DA EVOLUÇÃO DO FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Acerca do histórico do financiamento da saúde, mister destacar o estudo realizado por Piola, Paiva, Sá e Servo (2013). Segundo os autores, antes da Constituição de 1988, nas décadas de 1960 e 1970, a saúde no Brasil era precária, pois poucos tinham acesso e os recursos destinados à sua efetivação eram poucos.

A Constituição de 1988, por sua vez, a partir do art. 196, dá um outro *status* ao direito à saúde, constituindo-o como um direito de todos e dever do Estado, que deverá efetivá-lo por meio de políticas públicas e econômicas. O âmbito normativo do direito à saúde, deste modo, passa a ser universal, o que obriga o Estado a garantir o acesso de todas as pessoas ao direito à saúde, no que concerne aos aspectos atinentes à sua promoção, prevenção e recuperação.

Com tal finalidade, a constituição criou o Sistema Único de Saúde (SUS), envolvendo os três entes federativos. Para Vieira e Benevides (2016b), em razão das reformas necessárias para a implantação do SUS, conforme o mandamento constitucional, de maneira descentralizada e hierarquizada, com participação de todos os entes federativos, foi possível que houvesse melhoras nas condições de saúde da população brasileira.

Nos anos iniciais de vigência das novas garantias trazidas pela Constituição de 1988, segundo Vieira e Benevides (2016b, p. 6):

Apesar do êxito inicial de inscrever o direito à saúde no texto constitucional, os anos que se seguiram foram marcados por conflitos em torno do modelo de estado do bem-estar social em implantação, traduzindo-se, no caso específico da saúde, em lutas permanentes para a consolidação do SUS.

Para os autores, um importante marco para a garantia de recursos para a efetivação do direito à saúde, foi a emenda constitucional nº 29/2000, que estabeleceu percentuais mínimos de alocação de recursos para ações e serviços públicos de saúde (ASPS) tanto para municípios, estados e a União. Neste sentido, lecionam Vieira e Benevides (2016b, p. 6):

Para a União, ficou definida a seguinte regra de aplicação: valor mínimo, em 2000, não inferior ao montante empenhado em 1999, corrigido em 5%, e para os anos subsequentes, até 2004, o valor empenhado no ano imediatamente anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB), regra que perdurou e foi mantida pela Lei Complementar nº 141, de 2012 (Ministério da Saúde; Organização Pan-Americana da Saúde, 2013).

Ficou também estabelecido que os estados deveriam destinar à saúde pelo menos 12% da arrecadação do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), do Imposto de Transmissão Causa Mortis (ITCM), do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e das transferências constitucionais feitas pela União, deduzidas as parcelas destinadas aos respectivos municípios. Já os municípios deveriam aplicar em ASPS pelo menos 15% da arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), do Imposto de Transmissão Intervivos (ITBI), do Imposto sobre Serviços (ISS) e das transferências constitucionais feitas pela União e estados aos municípios.

Ainda que a emenda constitucional tenha garantido alguma estabilidade no financiamento da saúde, aumentando a participação dos estados e municípios, os autores advertem que, ainda assim, os recursos ainda não eram suficientes e novos debates foram travados no sentido de aumentar a participação da União em relação aos gastos com saúde, uma vez que fora constatado que os gastos da União não ultrapassavam muito o valor mínimo estabelecido pela constituição. Nas palavras de Vieira e Benevides (2016b, p. 13-14):

O gasto público com saúde nas três esferas de governo aumentou, desde o início da vinculação pelas regras da EC 29, de cerca de 3,0% do PIB para 3,9% em 2015, contudo, ainda é considerado muito baixo para a manutenção de um sistema universal de saúde quando se compara com o de outros países.

Foi neste âmbito de discussão que surgiu, em 17 de março de 2015, a emenda constitucional nº 86, que estabeleceu que o SUS, no caso da União, seria financiado com valor não inferior a 15% da receita corrente líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro. Estabeleceu-se, inclusive uma regra de transição, prevendo que até o ano de 2020 o gasto mínimo efetivo fosse de fato de 15% da RCL. Note-se que houve um deslocamento da base de cálculo que era feita com

base no Produto Interno Bruto<sup>7</sup> (PIB) quando da emenda nº 29, e passou a ser com base na RCL<sup>8</sup> com o advento da emenda nº 86.

Ocorre, entretanto, que um cenário de crise econômica, ocasionado por diversos fatores de ordem interna e externa, abateu-se sobre o Brasil, também no ano de 2015. Em resposta à crise, o Governo Federal optou por lançar mão de medidas de austeridade fiscal, que vem impactando diretamente o manejo do orçamento público, afetando inclusive o que diz respeito às verbas destinadas à saúde, por meio de cortes diretos de recursos e também por meio da aprovação da emenda constitucional nº 95/2016 que define um novo regime fiscal para o país nos próximos anos.

### 3.4 AS MEDIDAS DE AUSTRIDADE FISCAL E SUAS IMPLICAÇÕES AO FINANCIAMENTO DA SAÚDE

Diante da projeção de queda de arrecadação tributária, em razão da crise, e da relativa expansão dos gastos estatais, o equilíbrio das contas públicas ficou comprometido, tendo o Executivo anunciado um pacote de medidas de austeridade fiscal.

Observe-se então, que a finalidade do Estado é sair da crise em que se encontra, e, para isso, propõe-se a reequilibrar as contas orçamentárias, o que geralmente é realizado por meio de políticas públicas que viabilizem o aumento da arrecadação e/ou o corte de gastos. Em suma, objetivou-se, por exemplo, em 2015, o reequilíbrio das contas por meio de um ajuste fiscal em torno de 100 bilhões de reais.

Do ponto de vista da criação de novas receitas, aumentou-se alíquotas de tributos como IOF, IPI e, principalmente, o aumento das alíquotas de PIS/Cofins para combustíveis, além da CIDE-Combustíveis, prevendo-se para estes últimos, um

---

<sup>7</sup> O PIB é a soma de todas as riquezas produzidas no país com a venda bens e serviços, deduzidos o insumos da cadeia de produção.

<sup>8</sup> O Teouro Nacional conceitua Receita Corrente Líquida (RCL) como o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos, principalmente, os valores transferidos, por determinação constitucional ou legal, aos Estados e Municípios, no caso da União, consideradas ainda as demais deduções previstas na Lei.

impacto positivo de 12,2 bilhões de reais na arrecadação tributária, segundo divulgou o próprio Executivo pelo Portal Brasil (2015).

Com relação aos cortes orçamentários, amplamente noticiados, sobressaíram-se reduções com despesas sociais, como restrições ao seguro desemprego, congelamento de salários, e cortes diretos de investimentos em saúde e educação, chegando estes, respectivamente, às cifras de 13 bilhões e 10,9 bilhões de reais no ano de 2015, por meio dos Decreto nº 8.456/15 e Decreto nº 8.581/15. Em outras palavras, observou-se em 2015, que a saída do Governo Federal foram os cortes diretos no orçamento, inclusive, na parcela que seria destinada à saúde.

No ano de 2016, chamaram atenção no âmbito das medidas de austeridade fiscal, a Lei Complementar nº 156/2016 e a emenda constitucional nº 95/2016. A lei complementar nº 156/2016, renegocia as dívidas dos Estados e Distrito Federal com a União, mas com a contrapartida de que estes limitem seus gastos de acordo com a variação da inflação, por dois anos.

Já a emenda constitucional nº 95, intenta modificar o ato das disposições constitucionais transitórias, para instituir um novo regime fiscal, que também limitariam os gastos da União conforme a inflação, pelo período de 20 anos. A grande crítica que se faz a esses projetos é no que tange aos impactos nos salários dos servidores públicos e a própria limitação em investimentos em saúde, educação, dentre outros serviços públicos diretamente ligados aos direitos sociais.

É interessante ressaltar, que do lado dos cortes orçamentários, parte considerável do ajuste fiscal afeta fortemente as áreas sociais. Já no que tange a expansão das receitas, conforme dados do Portal Brasil (2015) um quantitativo relevante diz respeito à oneração do consumo, em especial com o aumento da tributação dos combustíveis, que possui relação direta com a pressão inflacionária, que, por sua vez, é responsável pelo aumento do custo de vida das pessoas.

No que tange ao direito à saúde, a medida atual mais impactante é de fato a emenda constitucional nº 95/2016, uma vez que, em primeiro lugar, com fundamento no paradigma da disciplina fiscal - oriundo do Consenso de Washington e integralizado à Constituição por meio da referida emenda - estabeleceram-se medidas com a justificativa de combater a crise econômica. É o que se pode perceber na exposição de motivos da então PEC nº 241/2016, que veio a se tornar a emenda constitucional nº 95/2016, de autoria do Poder Executivo (2016, p. 2):

A referida Exposição aponta como “raiz do problema fiscal” do governo federal o aumento acelerado da despesa pública primária, que cresceu 51% acima da inflação no período de 2008 a 2015. Por outro lado, a receita evoluiu apenas 14,5% no mesmo período.

Em resposta a esse processo degenerativo das contas públicas, o Novo Regime Fiscal propõe a fixação de limites para expansão da despesa primária. A ideia de fundo é manter constante em termos reais esse tipo de despesa a partir do exercício subsequente ao da aprovação da PEC

E pela redação da emenda constitucional supracitada, as despesas referentes à saúde deverão respeitar o limite, durante o prazo de 20 anos, de 15% sobre a receita corrente líquida do ano de 2017, sendo atualizado este valor a cada ano pela inflação, de acordo com o IPCA (índice de preços ao consumidor amplo).

No escopo da presente emenda constitucional é que se configura o grande dilema com relação à efetivação do direito à saúde. Observa-se, desta maneira, que, embora haja o mandamento constitucional de efetivação e garantia do direito à saúde, aos moldes de um Estado Social, a influência do neoliberalismo e do Consenso de Washington, sobretudo neste momento de crise econômica, propõe, por um período de tempo duradouro, uma limitação dos gastos, em obediência ao paradigma da disciplina fiscal, com a justificativa de sanar a crise.

Com base no dilema em tela, é que se buscará, por intermédio da proporcionalidade, enquanto mecanismo de interpretação constitucional saber se o direito à saúde, nos termos propostos pela emenda constitucional nº 95/2016, será e/ou poderá ser limitado no âmbito da lei orçamentária.

## **4 A PROPORCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95 EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE**

### **4.1 A CARACTERIZAÇÃO DO CONFLITO**

Depois de verificada a evolução do direito à saúde diante dos precedentes históricos envolvendo a constituição brasileira de 1988, dentro de seu contexto político e econômico Pós-Guerra Fria, é imprescindível, antes de se partir para a aplicação dos testes concernentes à proporcionalidade, que se busque o entendimento do conflito normativo objeto da análise. É necessário, afinal, que se determine a natureza do conflito constitucional para que se possa, não apenas referendar a utilização da regra proporcionalidade, mas, também, compreender onde se localiza o terreno de disputa normativo no nível subconstitucional.

Nesta perspectiva, consoante destacado, o direito à saúde está explicitamente garantido pela constituição brasileira, em seu artigo 196. Nos termos da carta constitucional de 1988:

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.

Constata-se, pela leitura do texto, que o escopo do direito à saúde dado pela constituição brasileira, é bastante abrangente, evidenciando-se claramente o dever do Estado em garantir o direito à saúde de maneira universal. Observe-se, também, que o direito à saúde possui características de um direito do tipo princípio. Isto é, configura-se como um valor fundamental que aspira sua máxima realização.

A emenda constitucional nº 95/2016, por sua vez, busca empreender um novo regime fiscal, por meio do estabelecimento de um teto de gastos. Conforme o artigo 106 e caput do art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), alterados pela referida emenda:

Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará

por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

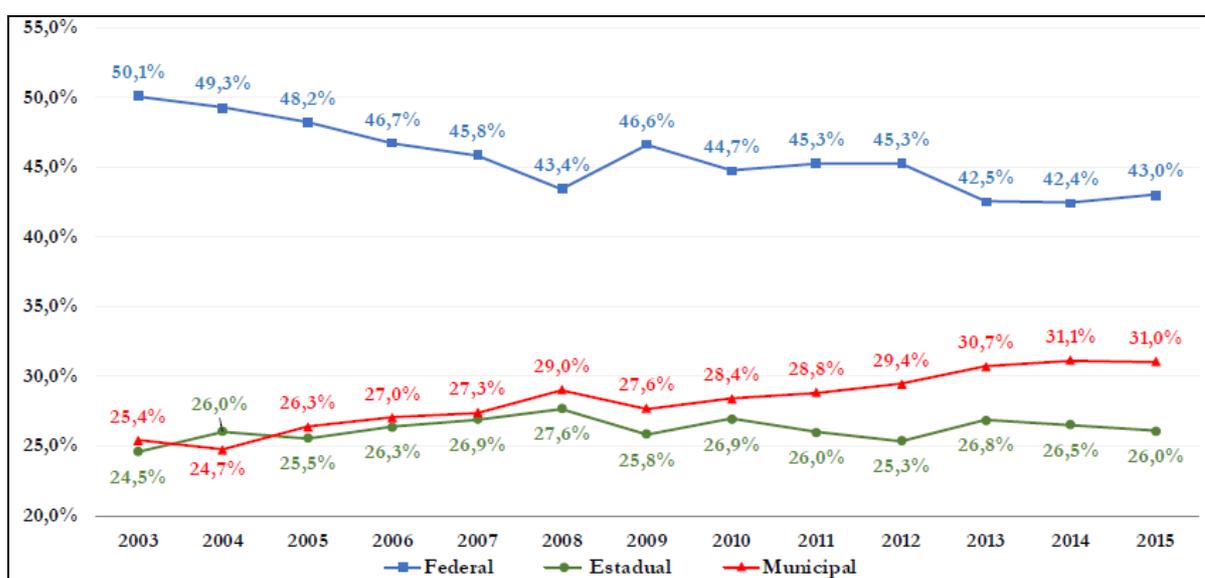
Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

(...)

Embora não esteja explícito que o orçamento da saúde sofrerá limite de gastos, o artigo 106 indica que a seguridade social está inserida no novo regime fiscal. Pela redação do § 1º do art 198 da constituição, determina-se que o sistema único de saúde será financiado, com recursos, dentre outros, do orçamento da seguridade social da União. Em outras palavras, como a saúde faz parte da seguridade social, que por sua vez, será afetada pelo novo regime fiscal, logo, o teto de gastos também afetará o financiamento de políticas públicas de saúde, pelo período de vinte anos.

É válido ressaltar que a saúde é financiada pela União, Estados e Municípios. Ocorre, no entanto, que os gastos da União, conforme apresentam Vieira e Benevides (2016a, p. 18), entre os anos de 2003 e 2015, vem oscilando, aproximadamente, na faixa de 40% a 50% do total dos gastos com saúde, havendo uma pequena queda da participação total nos últimos anos, mas, representando em 2015, 43% do total de gastos, conforme Gráfico 1, abaixo.

**Gráfico 1 - Composição do gasto público com saúde entre 2003 e 2015.**



Fonte: Ministério da Saúde. SIOPS.

Com relação ao estabelecimento do aludido teto de gastos, conforme já retratado anteriormente, ao mesmo tempo em que possui fundamento no paradigma neoliberal da disciplina fiscal, advindo do que se denominou como Consenso de Washington, representa, ao mesmo tempo, também um interesse público, que é de contenção da crise econômica, por meio do corte de despesas, dentre elas, as despesas com saúde. Pode-se afirmar, com isso, que esta norma representa um interesse público, que, estaria em confronto com o direito à saúde.

O conflito se evidencia na medida em que, pela determinação da emenda constitucional nº 95, haverá um teto de gastos. Esta limitação orçamentária, pelo período de 20 anos, diante da projeção de envelhecimento populacional, não conseguiria atender a demanda por serviços de saúde. Neste sentido, Vieira e Benevides (2016a, p. 19-20) afirmam que:

O Brasil passa por um rápido processo de mudança na estrutura demográfica, em decorrência do aumento da expectativa de vida e da queda da taxa de natalidade. As projeções do IBGE para a estrutura etária indicam que a população brasileira com 60 anos ou mais, que hoje representa cerca de 12,1% do total, em 2036 representará 21,5%. Em termos absolutos, em 2036, a população com 60 anos ou mais representará praticamente o dobro da atual (...)

Mais pessoas idosas implicam maiores necessidades de acesso a serviços de saúde e a medicamentos em um contexto de rápida evolução na oferta de tecnologias e de aumento dos custos para tratamento e prevenção das doenças.

Vieira e Benevides (2016a) sinalizam, então, que há uma projeção de contínua limitação do direito à saúde em razão da restrição orçamentária.

Uma vez identificado o conflito entre um direito e um interesse público nas normas de âmbito constitucional, é preciso entender como o memo se configuraria no âmbito subconstitucional. No Brasil existem três tipos de legislação orçamentária: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Nos termos do artigo 165 e §§ 1º e 2º da constituição, tem-se o seguinte:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Com efeito, o PPA é destinado ao estabelecimento de metas e objetivos orçamentários mais duradouros, cuja vigência é de 4 anos. A LDO irá manejar estes objetivos traçados no PPA para cada ano, enquanto a LOA, que representa o próprio orçamento, conterà as previsões de arrecadação e a programação de despesas a ser executada anualmente. Interessante notar, que as referidas leis são de iniciativa do Poder Executivo, mas requerem a aprovação do Poder Legislativo, que poderá propor alterações. Observe-se que é neste terreno legislativo, de plano subconstitucional, que se ambientará o conflito ora suscitado, sobretudo na LOA, onde se concretizarão as dotações orçamentárias relativas à saúde, ora em conflito.

Em suma, no âmbito constitucional se tem o direito à saúde de um lado e o interesse público de se limitar os gastos estatais, de outro. Não há hierarquia entre estas normas e nenhuma se postula como absoluta, sendo assim, todas pertencentes ao mesmo patamar e de status relativo. Recorde-se, assim, que nenhuma das normas poderá invalidar a outra no âmbito constitucional. Com efeito, a análise de proporcionalidade será aplicada no plano subconstitucional, mais especificamente no contexto da Lei Orçamentária Anual, que definirá as despesas da União com a saúde. Importante delinear, no entanto, que não será discutida a proporcionalidade integral da Lei Orçamentária Anual, mas tão somente aquilo que dispor em relação aos gastos de saúde de competência da União.

## 4.2 O PROPÓSITO ADEQUADO DA LIMITAÇÃO DOS GASTOS PÚBLICOS E A ANÁLISE DE SUA URGÊNCIA

A proposta de se limitar os gastos estatais está relacionada à crise econômica, pois seu intuito é de reequilibrar as contas e servir de fator favorável ao retorno do crescimento econômico. À primeira vista, não há nada que obste a adequação do propósito com relação aos preceitos e valores constitucionais. Não há nenhuma ameaça, por exemplo, à estrutura do Estado, à configuração dos três poderes, ou ataque aos valores democráticos. Não havendo nenhuma vedação, à priori, do ponto de vista constitucional, ainda assim, é necessário se analisar a urgência do propósito. No caso, a urgência do propósito está interligada ao cenário da crise econômica, ou melhor, do patamar de gravidade da crise brasileira, o que impõe, no presente momento, uma avaliação de seu estado.

Em primeiro lugar, importa salientar que a crise econômica brasileira tem como causa uma sinergia de fatores tanto internos quanto externos. Dentre os fatores internos, além da própria crise política envolvendo escândalos de corrupção, muitos atribuem que as desonerações fiscais promovidas pelo Governo de desde 2005, se não tivessem sido realizadas, poderiam ter contornado o desequilíbrio entre receitas e despesas. Entre os anos de 2006 e 2014, estima-se que 408,7 bilhões de reais deixaram de ser arrecadados pelo Estado em razão de políticas de desoneração tributária, conforme se verifica na Tabela 1, a seguir:

**Tabela 1 – Desonerações fiscais efetuadas entre 2006 e 2014 (em bilhões de reais).**

Descrição	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
IPI de bens duráveis (veículos, eletrodomésticos, eletroeletrônicos e móveis) e materiais da construção civil				5,5	2,8	3,6	8,3	10,1	8,5	<b>38,9</b>
IOF sobre crédito de pessoa física			0,2	2,5	0,0	0,0	2,3	3,6	4,0	<b>12,6</b>
Estímulos à aquisição de bens de capital, regimes especiais e programas setoriais ou de apoio às exportações e ao desenvolvimento tecnológico	2,5	2,4	3,3	1,6	1,3	2,0	12,6	15,3	17,2	<b>58,1</b>
Folha salarial (contribuições previdenciárias) de setores produtivos						0,3	4,1	12,7	23,7	<b>40,8</b>
Cide sobre combustíveis			2,1	1,5	0,4	0,8	8,5	11,5	12,7	<b>37,4</b>
Produtos da cesta básica								5,7	8,1	<b>13,8</b>
Operações de câmbio e aplicações financeiras			0,3	0,3	0,0	0,5	1,2	1,9	2,1	<b>6,3</b>
Reajuste das faixas e correção da tabela do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF)	2,2	1,5	3,3	5,6	3,3	1,6	2,4	2,6	2,8	<b>25,3</b>
Instituição do Simples Nacional e reajuste das faixas	3,0	2,3	1,5	0,0	0,0	0,0	5,3	5,9	6,5	<b>24,4</b>
Mudança na base de cálculo do PIS-Cofins sobre importações								0,7	3,6	<b>4,4</b>
Fim da CPMF			40,6							<b>40,6</b>
Não classificados	1,2	1,0	2,2	17,1	20,0	15,4	17,7	8,7	22,8	<b>106,1</b>
<b>Total</b>	<b>9,0</b>	<b>7,1</b>	<b>53,6</b>	<b>34,1</b>	<b>27,7</b>	<b>24,2</b>	<b>62,4</b>	<b>78,6</b>	<b>112,1</b>	<b>408,7</b>

Fonte: Rodrigo Octávio Orair (2015).

Dentre outros fatores internos, pode-se citar a opção brasileira por privilegiar uma pauta de exportações baseada em *commodities*, isto é, produtos primários, como soja, petróleo e minério. Além disso, a pouca diversificação de parceiros comerciais também é um elemento importante, que ajuda a compreender também os fatores externos da crise econômica.

Para se começar a entender este fator externo, é imprescindível tomar conhecimento do recente estudo do economista Minqi Li, que expõe, de maneira clara, a relação de dois países centrais e determinantes para a dinâmica capitalista global: Estados Unidos e China. Com relação à China, Minqi Li (2016, p.79, tradução livre) aduz que:

As elevadas taxas de lucro permitiram que a China se tornasse a principal beneficiária da relocação do capital global no final do século XX e início do século XXI. Como o capital industrial foi transferido de regiões centrais de alto custo para as regiões periféricas de baixo custo (especialmente a China), a taxa de lucro média global foi puxada para cima e a tendência para a queda da taxa de lucro foi temporariamente revertida.

Nesse trecho, o autor ressalta a importância do crescimento da China para a manutenção dos lucros do sistema capitalista, na medida em que o país reunia, até então, certas condições, como mão de obra barata e baixos custos, permitindo-se assim, que diversas fábricas e indústrias do mundo se instalassem no país.

Ao tratar do papel desempenhado pelos Estados Unidos na economia global, Minq Li (2016, p.3, tradução livre) afirma que:

No final dos anos 1990 e início dos anos 2000, os Estados Unidos atuaram como o "consumidor de última instância" para a economia global. Os déficits em conta corrente dos Estados Unidos ajudaram a absorver excedentes do resto do mundo, permitindo que a China, Japão e Alemanha, buscassem o crescimento impulsionado pelas exportações. Nos Estados Unidos, o crescimento econômico foi conduzido pelo consumo das famílias financiado por dívidas. A expansão da economia global no início de 2000 repousava sobre um conjunto de desequilíbrios financeiros que logo se tornaria insustentável.

O autor, neste ponto, destaca a importância do consumo interno dos Estados Unidos, financiado mediante déficits, para a sustentação do crescimento das exportações da China.

Sinteticamente, pode-se dizer que a China reuniu uma série de condições que atraíram a instalação de fábricas em seu território em razão dos baixos custos, o que permitiu o aumento da taxa de lucro daqueles que lá se inseriram. O crescimento chinês, por outro lado, foi viabilizado dentre outros motivos, pelo consumo dos Estados Unidos.

Exsurge, nesse contexto, o papel dos países da América Latina e dos demais outros que possuem uma pauta de exportações baseada em produtos primários, como o Brasil.

O fato é que o grande crescimento da China gerou por longos anos, uma demanda muito elevada por produtos primários, e conseqüentemente, induziu uma acentuada alta dos preços destes produtos no mercado internacional, permitindo a países como o Brasil, ter uma relação comercial extremamente vantajosa com a China, que passou, inclusive, a ser o seu maior parceiro comercial. Na América Latina houve até mesmo, um certo refluxo das políticas denominadas como neoliberais, havendo assim, uma certa ampliação da participação do Estado na economia empreendida por alguns países.

Ocorre, no entanto, que um evento nos anos 2000 iniciou uma mudança nesta lógica econômica global: a crise financeira de 2008. Este grande choque no sistema financeiro, que resultou da “bolha” imobiliária nos Estados Unidos, em representou um abalo econômico comparável somente ao de 1929.

A catástrofe, no entanto, somente não teve consequências maiores em razão da intervenção do Estado, que atuou em socorro às instituições financeiras. Pode-se afirmar, não obstante, que principalmente nos Estados Unidos, grande parte da população, vulnerável em termos de renda, acabou sofrendo considerável revés social e econômico. E aqui se tem um elemento chave para se compreender a mudança da dinâmica global referida anteriormente, pois a crise de 2008 ocasionou uma queda do consumo interno da população americana. Na medida em que a crise se alastrou para a Europa, o continente também reduziu seus níveis de consumo. É interessante notar que muitos países europeus adotaram medidas de austeridade fiscal, o que teria ajudado na conformação do cenário de recessão, como se analisará posteriormente.

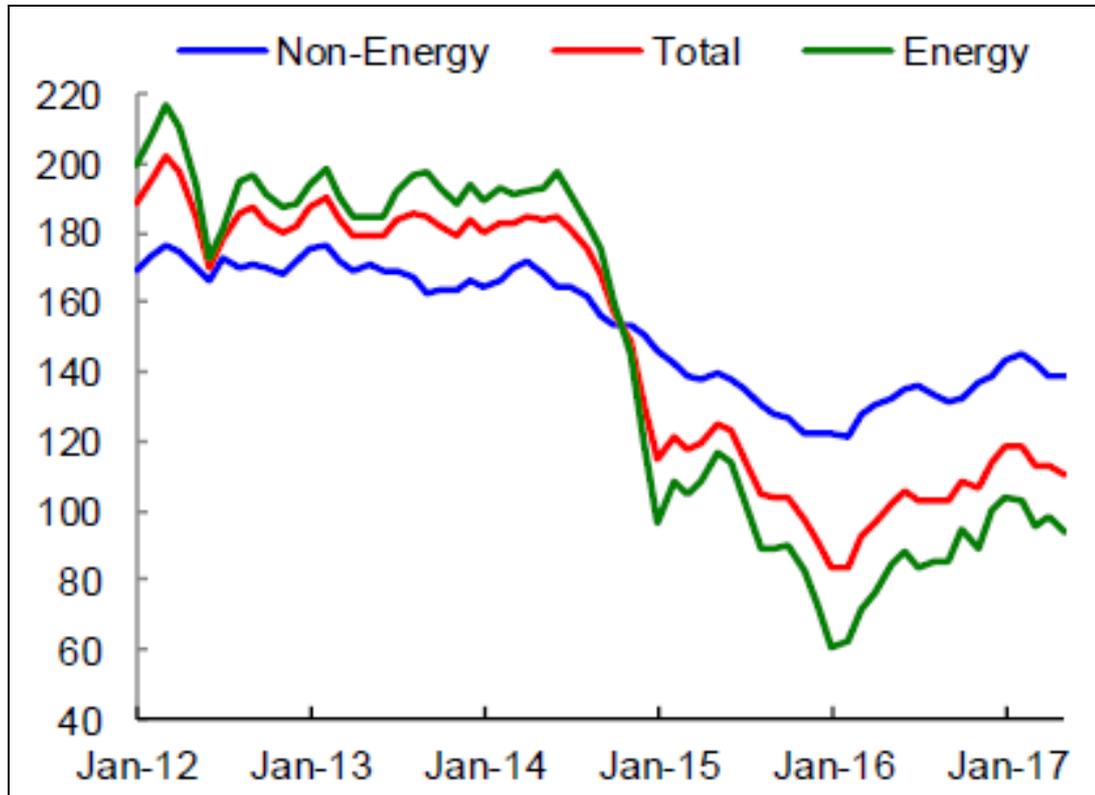
Na China, enquanto isso, o crescimento das atividades gerou reivindicações internas por melhores salários, e outras demandas oriundas da concentração de pessoas nos centros urbanos, favorecendo, assim, um aumento dos custos, conforme menciona Minqi Li (2016). Combinado com a queda de consumo interno nos Estados Unidos e na Europa, este fator serviu de “freio” para a economia chinesa. Somado a isto, o autor (2016, p.1, tradução livre) acrescenta que as reformas denominadas de neoliberais assumiram nova dimensão na China após a crise de 2008:

Em 2013, a nova liderança chinesa conduzida por Xi Jinping reconfirmou o seu compromisso com "reforma e abertura". O governo chinês empreendeu uma nova rodada de "reformas econômicas" neoliberais, incluindo a privatização das empresas estatais restantes e a liberalização financeira.

Como bem ressaltado pelo autor, a China ampliou as reformas de cunho neoliberal, o que ocasionou, conforme será explanado mais adiante, uma maior vulnerabilidade do Estado. O que importa, todavia, é que o somatório destes eventos e fatores, que refrearam o crescimento econômico chinês, por consequência, reduziu também sua demanda por produtos primários. E uma vez reprimida a demanda internacional por *commodities*, que é induzida, sobretudo pela China, após

um longo período de alta, os preços destes produtos evidentemente despencaram. Este decréscimo do preço de *commodities* acentuou-se, sobretudo, a partir de 2014, conforme revela a Gráfico 2 a seguir.

**Gráfico 2 – Índice de preços internacionais de *commodities* (em dólares).**



Fonte: FMI (2017).

A figura demonstra que não somente houve uma queda acentuada nos preços internacionais de *commodities*, classificados como energéticos e não energéticos, mas comprova também que os preços internacionais continuam num baixo patamar ao se comparar com os anos anteriores, prejudicando assim, a balança comercial brasileira.

Com relação às perspectivas futuras, Minqi Li (2016) prevê que todos esses fatores que levaram ao desaceleramento do crescimento chinês tendem a se acentuar, o que deverá provocar, até o ano de 2020, uma crise ainda maior na China, afetando, com efeito, toda a economia mundial, sobretudo o Brasil, que tem a China como maior parceiro comercial.

Pelos dados e análises ora expostas, denota-se a profundidade da crise econômica brasileira. Sendo assim, diante da gravidade da situação e das perspectivas não muito animadoras para o futuro, uma lei cujo objetivo seja equilibrar os gastos para fazer frente à redução de arrecadação causada pela crise econômica, certamente possui um propósito adequado, pois, além de não aviltar nenhum dos valores essenciais de estruturação do Estado e da democracia, atende ao requisito implícito da urgência, contido no teste do propósito adequado, conforme assinalado por Barak (2012).

#### 4.3 A CONEXÃO RACIONAL ENTRE A LIMITAÇÃO DOS GASTOS E O PROPÓSITO PRETENDIDO

Uma vez atestado o propósito adequado da limitação de gastos, que é equilibrar as despesas em relação à queda de receitas causada pela crise econômica, passa-se para a segunda etapa da regra da proporcionalidade, qual seja, o teste da conexão racional. Nesta fase de análise, deverá ser comprovada, por meio de dados, a plausibilidade entre o meio e o propósito. É válido recordar, que não se pode, por um lado, atestar a conexão racional com base em simples especulações. Não se pode, tampouco, exigir-se absoluta certeza de que o meio empregado realizará o propósito pretendido.

Segundo a declaração do ministro da fazenda, Henrique Meirelles ao FMI (2016, p. 3, tradução livre), em defesa da aprovação da emenda constitucional nº 95:

O progresso da estratégia de consolidação fiscal, com as medidas estruturais que ancoram as expectativas e aumentam a confiança, ao passo que as expectativas de inflação e inflação continuam a convergir para a meta, podem criar as condições para reequilibrar o conjunto de políticas públicas. Tal evolução do cenário macroeconômico facilitará uma resposta mais forte do que o esperado no investimento privado, possivelmente desencadeando uma recuperação mais vigorosa da economia brasileira.

Ao encontro do que defende o ministro da fazenda, está também o entendimento do FMI (2016, p. 20, tradução livre), conforme relatório da própria instituição:

O foco do governo em controlar o crescimento das despesas fiscais é imperativo e bem-vindo. (...) A aprovação e a implementação constante do limite de gastos poderá ser uma mudança significativa - ajudaria a melhorar a trajetória de longo prazo dos gastos públicos e permitiria a estabilização e eventual redução da dívida pública como parte do PIB.

Sendo assim, como não se necessita de absoluta certeza de que a limitação dos gastos irá atingir ao propósito de reequilibrar despesas e receitas, a plausibilidade de que há conexão racional entre o meio e o propósito pretendido se verificar a partir da análise não apenas do Poder Executivo, mas também do Fundo Monetário Internacional. Necessário acrescentar, também, que a emenda constitucional nº 95, que guia a PPA, LDO e LOA, foi referendada pelo Poder Legislativo.

#### 4.4 A LIMITAÇÃO DOS GASTOS E O TESTE DA NECESSIDADE

O teste da necessidade é uma análise comparativa de eficiência do meio utilizado, sendo, no caso, a limitação orçamentária do direito à saúde. Para que a lei objeto da avaliação consiga passar no teste, não pode haver nenhum outro meio alternativo que seja, no mínimo, igualmente capaz de atender aos propósitos do interesse público, qual seja o reequilíbrio financeiro das contas estatais. Da mesma forma, concomitantemente, o meio alternativo não poderá ser menos restritivo ao direito que está sendo limitado, no caso, a saúde. Em outras palavras, uma vez havendo uma alternativa, igualmente capaz de cumprir o propósito pretendido, entretanto, menos prejudicial ao direito à saúde, significaria que a limitação dos gastos à saúde fracassaria no teste da necessidade, o que lhe caracterizaria como desproporcional.

Diante do propósito de reequilibrar as receitas e despesas, podem-se imaginar diversas formas de atuação estatal, ou ainda, meios alternativos de se alcançar este propósito, como por exemplo, a criação de tributos ou elevação de alíquotas de tributos para aumentar a receita. Pode-se pensar também em uma outra forma de cortar despesas estatais. Sendo assim, avaliar-se-ão duas alternativas, uma pela via do corte de despesas, e outra, pela via do aumento de receitas tributárias.

#### 4.4.1 Um meio de corte de despesas alternativo

Quando se analisa o teor do artigo 107 do ADCT, alterado pela emenda constitucional nº 95, observa-se que os limites ali aplicados, referem-se às despesas primárias, que refletem, por exemplo, gastos com pessoal, previdência social, saúde, dentre outros. As despesas primárias não incluem as despesas financeiras, que dizem respeito aos gastos com juros, amortização e refinanciamento da dívida pública brasileira. A dívida pública corresponde aos empréstimos contraídos pelo Estado diante de instituições financeiras nacionais e internacionais, organismos internacionais, países, empresas, fundos de pensão, e até mesmo pessoas físicas. A dívida pública pode ser subdividida entre dívida interna e dívida externa. O que define esta subdivisão é o tipo de moeda envolvida. Quando a dívida for contraída em moeda nacional, será considerada dívida interna, já quando a dívida for contraída em moeda estrangeira, a dívida será externa.

A partir desta constatação, de que a limitação de gastos que trata a emenda nº 95 não inclui a dívida pública, pode-se pensar que uma possível alternativa seria cortar os gastos com o pagamento dos juros e amortização da dívida pública. Poderia-se imaginar, de antemão, que a redução dos gastos com juros só será possível por meio do pagamento da dívida nominal, isto é, por novos gastos. Alguns defendem, inclusive, que este é um dos papéis da emenda nº 95, cortar os gastos primários para que se possa, com os valores que sobrarem futuramente, abater parcelas maiores da dívida pública, juntamente com a execução de uma política de juros mais baixa. Há, no entanto, que se examinar, a possibilidade de se suspender o pagamento da dívida pública.

Quando se observam os dados apresentados pela entidade denominada Auditoria Cidadã (2017), constata-se pelo Orçamento Geral da União executado do ano de 2016 que as despesas totais foram de 2,572 trilhões de reais, dos quais, 1,105 trilhão de reais, aproximadamente, corresponde aos gastos com juros, amortização e refinanciamento da dívida pública, que representam 43,4% do total das despesas.

É interessante notar, que apesar do que se constata pelos números, não houve até então nenhum tipo de proposta que afetasse diretamente o pagamento da dívida pública com a suspensão total ou parcial do seu pagamento, pois fica evidente em termos quantitativos, que bastaria suspender ao menos parte dos

pagamentos referentes à dívida pública para atingir o equilíbrio pretendido e, assim, recuperar a economia. Em termos comparativos, o déficit das contas públicas no ano de 2016, segundo dados do Tesouro Nacional (2017), foi da ordem de 154,3 bilhões de reais.

Seria esta medida, no entanto, igualmente eficiente? O que pode suscitar dúvidas quanto à eficiência de tal medida é o fato de que, meramente suspender o pagamento da dívida pública, soa como procrastinar o desequilíbrio orçamentário, pois quando uma dívida não é quitada em seu prazo, o débito aumenta progressivamente.

Sendo assim, a mera suspensão da dívida pública, como meio alternativo, não é igualmente eficiente na finalidade de equilibrar as contas orçamentárias. Há, no entanto, uma medida complementar à suspensão do pagamento da dívida pública que pode torná-la tão ou mais eficiente quanto a proposta inicialmente aventada – e em fase de execução – de cortes de gastos. Trata-se, na verdade, de um mandamento constitucional que até então não foi cumprido pelo Estado brasileiro, o art. 26 do ADCT, que obriga o Poder Legislativo a fazer uma auditoria da dívida pública brasileira. Esse dispositivo foi criado em razão de suspeitas de ilegalidades na constituição e manejo da dívida pública, e seus efeitos tendem a ser bem vantajosos. Segundo Fattorelli e Ávila (2009), membros brasileiros que participaram da comissão de auditoria da dívida pública do Equador, realizada entre 2007 e 2008, constatou-se que, 65% do total da dívida pública era ilegal, resultando na anulação deste montante, e com aceitação por parte de 91% dos credores.

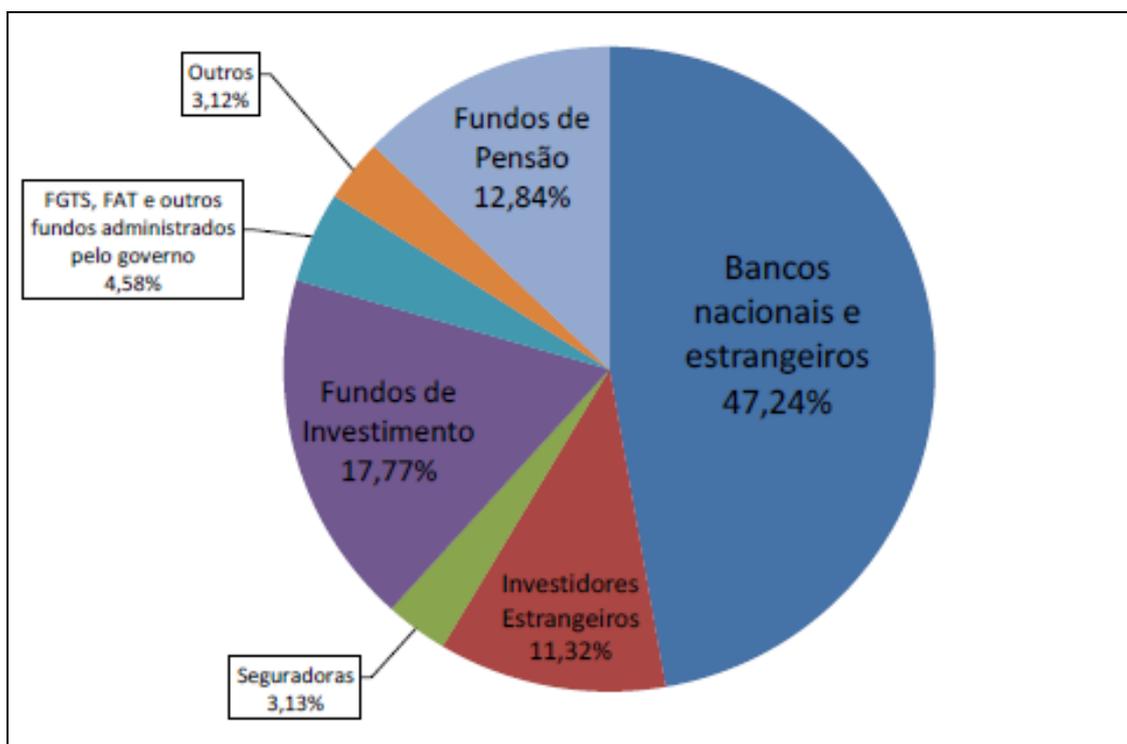
Ainda sobre as vantagens da auditoria, além da experiência positiva do Equador, há que se ressaltar a experiência brasileira na década de 30, quando se realizou auditoria da dívida externa, anulando-se parcela da mesma. Este procedimento propiciou ao Brasil industrialização e elevação do PIB na década seguinte, conforme expõem Gongalves e Pomar (2001, p. 9):

Ao cabo, o estoque total de nossa dívida caiu de 237 milhões de libras esterlinas (em 1939) para 169 milhões de libras esterlinas (em 1945). E sobraram mais recursos para nossa industrialização. Não por acaso, a taxa média anual de crescimento real do PIB brasileiro subiu de 4,4% nos anos 30 para 5,9% nos anos 40.

Nestes termos, a suspensão parcial do pagamento em conjunto com a auditoria da dívida pública, demonstra ser um meio, no mínimo, igualmente eficiente

ao objetivo de equilibrar as contas públicas e recuperar a economia. Resta averiguar então se o grau de prejuízo da medida alternativa ao direito à saúde é menor do que a proposta original. Com relação à suspensão e auditoria da dívida pública, para entender a quem a mesma afetaria, há que se responder a pergunta: quem são os credores da dívida pública? Para este propósito, veja-se a figura 3, abaixo.

**Gráfico 2 – Composição de Credores da Dívida Pública Interna (2013).**



Fonte: Auditoria Cidadã (s.d.).

A figura, acima, apresenta dados acerca da composição dos credores da dívida interna brasileira em 2013, demonstrando a qualidade dos mesmos e o percentual quantitativo de crédito de cada um deles, fundamental para se chegar a um possível prognóstico sobre o nível de restrição de direitos.

Pode-se constatar, por meio destes dados, que a maior parte dos credores da dívida pública interna brasileira é constituída por instituições financeiras e investidores estrangeiros, o que permite ao menos sugerir que o grau de restrições aos direitos sociais, em especial o direito à saúde, com a suspensão (ao menos parcial) e auditoria da dívida pública é, no mínimo, bem menor que as restrições impostas pelo teto de gastos da emenda nº 95.

Ainda no que diz respeito ao grupo de credores da dívida interna, retratado pela figura 3, é importante ressaltar que o estoque quantitativo da dívida interna corresponde a um valor bem superior ao estoque da dívida externa. Segundo dados apresentados pela Auditoria Cidadã (2016), em 2015, o estoque da dívida interna correspondia a 3,936 trilhões de reais, enquanto a dívida externa correspondia a 545 bilhões de dólares.

Observa-se, portanto, que o meio alternativo hipotético possui conexão racional com o propósito de equilibrar as despesas e receitas do Estado, lembrando-se que aqui se exige tão somente a probabilidade de alcance do propósito pretendido pelo Estado, e não a certeza. Verificou-se, ademais, que o meio pode ser tão ou mais eficiente que a proposta original representada pela limitação dos gastos. Ressalta-se, inclusive, que os efeitos poderiam ser imediatos, a partir da suspensão do pagamento. Por fim, evidenciou-se que o prejuízo ao direito à saúde seria menor.

Ocorre, no entanto, que suspender e auditar a dívida pública brasileira possui um potencial de dano a outro direito, o direito à propriedade, com relação aos títulos. Este impacto no direito à propriedade, em nenhum momento foi previsto com a implementação do teto de gastos. Há, com isso, uma assimetria que prejudica a comparação de eficiência entre as medidas. A única alteração que o meio alternativo deveria provocar, seria o de reduzir os impactos no direito à saúde, sendo que, conforme denotado acima, constatou-se um impacto não previsto anteriormente, que seriam os potenciais danos ao direito à propriedade, que também é assegurado constitucionalmente. Sendo assim, este meio alternativo, qual seja, a suspensão e auditoria da dívida pública brasileira, não é capaz de se provar mais eficiente que a implementação do teto de gastos. Ao menos no âmbito de análise do teste de necessidade, não há aqui, que se falar em desnecessidade do meio em relação à esta alternativa hipotética.

#### **4.4.2 O aumento das receitas como alternativa**

Com relação à criação de novas receitas por intermédio do aumento da tributação sobre o consumo, é sabido que o mesmo possui reflexo na inflação, sobretudo no que diz respeito à tributação de combustíveis – medida novamente adotada recentemente - uma vez que a mesma encarece o transporte de

mercadorias e o preço do produto para consumidor final acaba absorvendo estes custos.

O grande problema da inflação é que, conforme mencionado anteriormente, ela provoca o aumento do custo de vida, afetando a maioria da população, tendendo-se, assim, à redução do consumo de bens e serviços, com a consequente diminuição da arrecadação do Estado. Para a eficácia da tributação sobre o consumo como mecanismo de gerar receitas para equilibrar as contas públicas, deve-se levar em consideração, além da previsão de aumento de receitas, a possibilidade de sua redução pela inflação.

A inflação também possui um efeito perverso com relação a dívida pública de duas formas. Primeiro porque a alta da inflação leva o atual Governo, pelo seu histórico, a aumentar a taxa de juros na tentativa de segurar a inflação, e obviamente o aumento dos juros provocam também o aumento de despesas com a dívida pública. Na verdade, como existem títulos da dívida pública indexados aos índices de preço (inflação) e aos juros, pode-se dizer que há uma tendência no médio-longo prazo da tributação sobre o consumo provocar efeitos negativos nas contas públicas.

Uma alternativa que se pode pensar para termos de comparação com o teto de despesas, seria a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), o único tributo originalmente previsto na constituição (art. 153, VII, CF) que até então não foi regulamentado. Esta tributação, por não onerar o consumo, não tem o potencial de provocar inflação de preços e encarecimento do custo de vida das pessoas. Então, de maneira geral, pode-se afirmar que o meio alternativo é menos restritivo aos direitos sociais que a tributação sobre o consumo.

Embora, à primeira vista, possa-se denotar que a medida alternativa não atinja a saúde de maneira negativa, seria a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas um meio ao menos tão eficiente quanto a limitação dos gastos públicos? Avaliando-se tão somente a medida, pode-se dizer que sim. Há, todavia, que se analisar o tempo que levaria para sua vigência e execução, uma vez que, como fora constatado anteriormente, o problema é urgente e requer uma solução que possa ser aplicada o quanto antes possível. É neste quesito que reside a comparação da eficiência. O teto de gastos já está vigendo, enquanto isso, para se implementar o IGF, seria necessário um tempo razoável, uma vez que o mesmo necessitaria de regulamentação por meio de lei complementar. É preciso também levar em

consideração que após a publicação da lei, seria preciso esperar ainda o tempo definido pela regra da anterioridade anual e nonagesimal dispostas no artigo 150 da constituição, isto é, um tributo cuja lei seja publicada neste ano corrente, somente poderá entrar em vigor no ano subsequente, respeitando-se ainda, o prazo mínimo de 90 dias entre a publicação e a entrada em vigor da lei. Ainda assim, para surtir efeito, também levaria algum tempo para o Estado arrecadar o tributo.

Observa-se, portanto, que no que concerne à questão do tempo, a eficiência do IGF não alcança a mesma eficiência da limitação de gastos. Sendo assim, no presente momento, não há como se chegar a outra conclusão que não seja o preenchimento do requisito da necessidade pelo meio originalmente proposto.

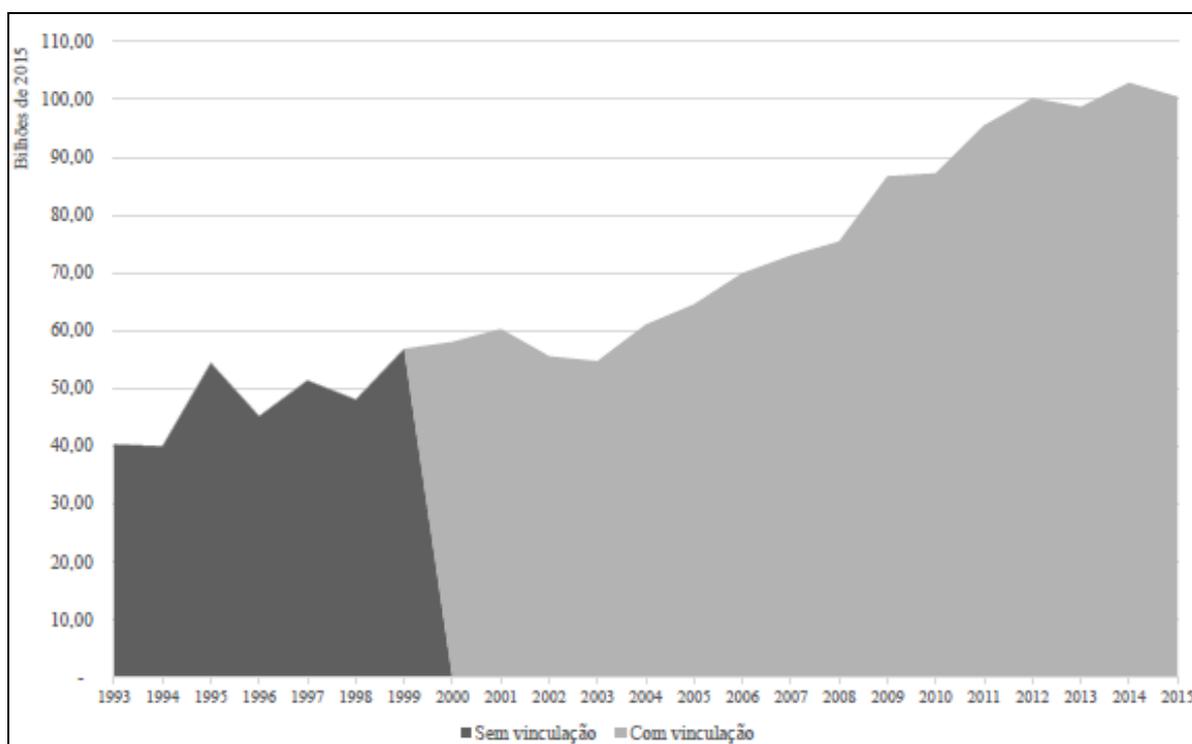
#### 4.5 A ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO DA LIMITAÇÃO DOS GASTOS

Nesta fase, serão feitas considerações em separado. De um lado, acerca da importância social marginal de se prevenir o dano ao direito à saúde, avaliando-se o estado de coisas antes e depois da implementação do teto de gastos, e a probabilidade de que o dano irá de fato ocorrer. Do outro lado, serão feitas considerações acerca da importância social marginal de se cumprir o propósito da limitação dos gastos, avaliando-se o o estado de coisa e depois da implementação da medida, assim como a probabilidade de se alcançar o interesse público de reequilibrar as receitas e despesas. Após as considerações em separado, comparar-se-ão os pesos de cada lado para se determinar a proporcionalidade em sentido estrito da implementação do limite de gastos.

##### **4.5.1 Considerações acerca da importância social de se prevenir o dano ao direito à saúde**

Para se determinar o valor social do direito à saúde, na sua qualidade de princípio, deve-se analisar sua importância social. Destacou-se anteriormente, quando se tratou do histórico do direito à saúde, a partir da constituição de 1988, que houve algum esforço estatal em garantir o financiamento da saúde, inclusive com a vinculação de percentuais mínimos. É possível observar este crescimento no financiamento da saúde, a partir da Gráfico 3, abaixo.

**Gráfico 3 – Gastos federais com saúde (1993-2015).**



Fonte: Vieira e Benevides (2016b).

Conforme se verifica pela figura 4, entre os anos de 1993 e 2015, houve um aumento acentuado do financiamento da saúde, representando, segundo Vieira e Benevides (2016b) um crescimento de 149%, no referido período. Apesar de se constatar certo crescimento no financiamento da saúde no Brasil, em comparação com outros países, o gasto ainda é baixo. Segundo Vieira e Benevides (2016a, p. 17):

O gasto público per capita com saúde do Brasil é um dos mais baixos entre países que possuem sistema universal de saúde e mesmo quando comparado ao de países vizinhos nos quais o direito à saúde não é um dever do Estado. Para exemplificar, em 2013, este indicador para o país foi de R\$ 946 (Brasil, 2015b), equivalentes a US\$ 59120. No mesmo ano, o gasto público per capita foi de US\$ 3.696 para a Alemanha, US\$ 2.766 para o Reino Unido, US\$ 3.360 para a França, US\$ 1.167 para a Argentina, US\$ 795 para o Chile e US\$ 4.307 para os Estados Unidos. Observa-se que o gasto público per capita do Brasil é de 4 a 7 vezes menor do que o de países que têm sistema universal de saúde, tais como o Reino Unido e a França, e mesmo inferior ao de países da América do Sul nos quais o direito à saúde não é universal (Argentina e Chile).

Em suma, ainda que concretamente se comprove o crescimento das verbas relativas à saúde, o quantitativo investido ainda é pouco. Outro elemento importante para a análise, é que, segundo o estudo de Vieira e Benevides (2016b), os gastos privados, isto é, as despesas das famílias com saúde, superam os gastos públicos. Com efeito, Vieira e Benevides (2016b, p 8), afirmam que “45,5% do gasto total com saúde são alocados para atender exclusivamente a mais de 75% da população”. Não por acaso, o Poder Judiciário é frequentemente provocado com o intuito de garantir que o Estado forneça determinado tratamento ou medicação, que muitas vezes é negado. É no conteúdo nessas decisões judiciais, sobretudo as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que pode verificar o valor dado pelo ordenamento jurídico ao direito à saúde. Com efeito, em acórdão referente ao Agravo em sede de Recurso Extraordinário (AgR RE 271.286/RS<sup>9</sup>), de relatoria do Ministro Celso de Mello, observa-se que o STF (2000, p. 1-2) considera que:

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, 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.

Pelo entendimento do STF, o direito à saúde está ligado ao direito à vida, isto é, postula-se como um direito que é pré-requisito para a realização de outros direitos, o que lhe outorga, conseqüentemente, uma elevada importância social, em relação a outros direitos, ainda que igualmente localizados no patamar da constituição federal. Uma vez avaliado o estado de coisas do direito à saúde antes

---

<sup>9</sup> Este julgado serviu de precedentes que embasaram outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Vide: STA 175 AgR; RE 668.722 AgR; e AI 734.487 AgR.

da vigência de sua limitação, importa agora analisar o estado do direito a partir da vigência da sua limitação, ou, mais precisamente, a intensidade do prejuízo causado.

Com relação à intensidade do prejuízo ao direito à saúde, em razão da implementação do teto de gastos, é oportuno salientar que a regra anterior era a da emenda constitucional nº 86/2015 que estabelecia um percentual mínimo de 15% do Receita Corrente Líquida (RCL)<sup>10</sup> para investimento em saúde. Esse percentual seria crescente com o passar dos anos, sendo aplicado da seguinte forma: 13,2% para 2016; 13,7% para 2017; 14,1% para 2018; 14,5% para 2019; e 15% para 2020.

Com a vigência da emenda nº 95/2016, revogou-se a regra da emenda nº 86, e, estipulou-se que o investimento mínimo em saúde no ano de 2017 seria de 15% sobre a Receita Corrente Líquida (RCL) do mesmo ano, e, nos anos seguintes, assim como as demais outras despesas previstas na referida emenda, seria reajustado com base na variação do IPCA (Índice de preços ao consumidor amplo). Em outras palavras, o mínimo anual estipulado pela emenda nº 95 para os gastos com saúde, passa a coincidir com o teto. A diferença entre as despesas com saúde e as demais, exceto educação, é que, para as demais despesas, estipulou-se tão somente o teto, sem previsão de despesa mínima, como historicamente já vinha sendo estipulada para a saúde.

Sendo assim, a partir da vigência da emenda nº 95, observa-se que, em comparação com a regra anterior (emenda nº 86), há um crescimento inicial do investimento em saúde, mas que poderá se deteriorar com o passar dos anos.

Com efeito, nota-se, em primeiro lugar, que a limitação não é permante, é temporal, no entanto, por um período de tempo bastante extenso, de 10 à 20 anos de duração. Além do mais, os seus efeitos mais nocivos à saúde, não serão sentidos de imediato, mas tão somente com o passar dos anos, sendo que o agravamento irá depender, provavelmente, dos resultados econômicos.

Outro fator que influirá na intensidade do prejuízo, de maneira progressiva, com o passar dos anos, é o aumento da demanda por serviços de saúde, em decorrência do envelhecimento da população brasileira. Vieira e Benevides (2016a) apontam dados, já mencionados aqui anteriormente, de que em 20 anos o Brasil

---

<sup>10</sup> A Câmara dos Deputados conceitua Receita Corrente Líquida como o somatório das receitas tributárias de um Governo, referentes a contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias e de serviços, deduzidos os valores das transferências constitucionais.

terá o dobro da população idosa que atualmente possui. Desta feita, pode-se considerar que a intensidade do prejuízo ao direito à saúde com a implementação do teto de gastos, levando-se em consideração os fatores apresentados, é, estimadamente, moderado.

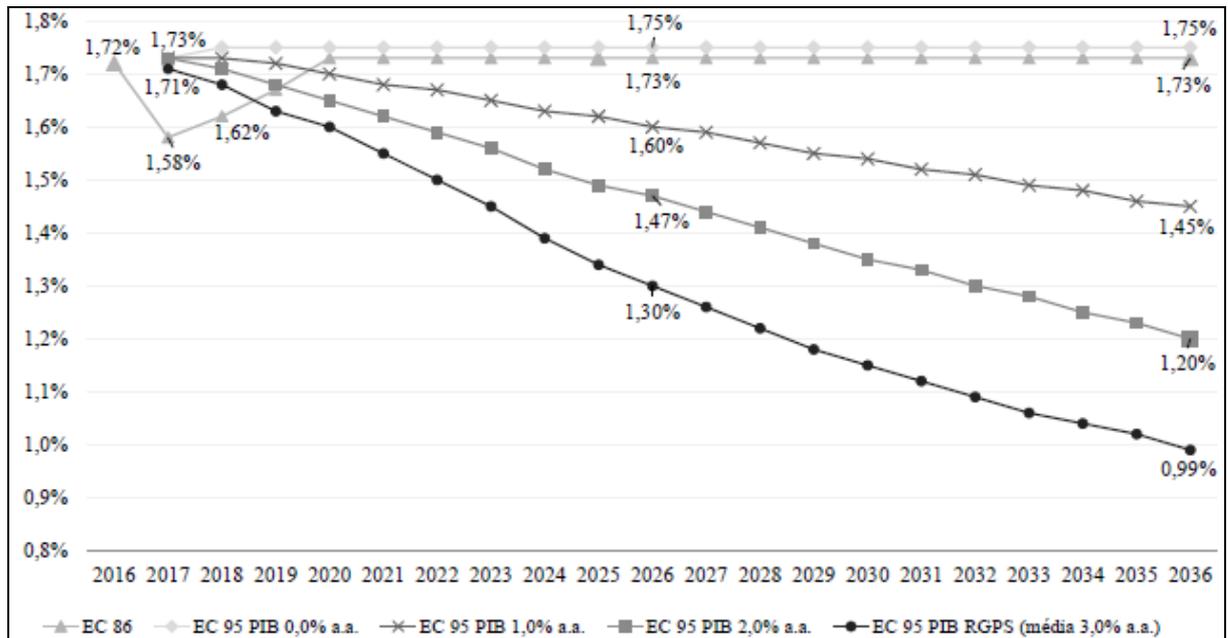
Além da análise do estado de coisas anterior e posterior ao da vigência do teto de gastos, é imprescindível que se avalie, também, a probabilidade de que o prejuízo ao direito à saúde, irá de fato ocorrer.

Com tal intuito, Vieira e Benevides (2016b) realizaram projeções de investimento em saúde, levando-se em consideração o período de 20 anos de duração da emenda constitucional nº 95, e projetando o decurso dos investimentos em saúde, ano a ano, comparando-se a regra anterior, da emenda constitucional nº 86, com a regra atual, da emenda constitucional nº 95. A variação dos investimentos em saúde, de acordo com a emenda nº 95, considerou as projeções atuariais do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que representam valor de aproximadamente 3,0% ao ano, e três taxas de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB): 2,0%, 1,0%, e 0,0%. Além disso, o estudo se baseou na taxa de inflação de 5,1% em 2017 e 4,5% a partir de 2018.

Os autores realizaram a comparação apresentando três resultados, o primeiro com base no percentual mínimo do investimento em saúde em relação ao PIB, o segundo com base no percentual em relação à RCL, e o terceiro com base na investimento per capita (em reais) com referência no ano de 2016.

O Gráfico 4 apresenta os resultados dos cenários de projeções com base no percentual de investimento mínimo em relação ao PIB, contemplando todos os elementos acima descritos.

**Gráfico 4 – Comparação de projeções com base no percentual do PIB.**



Fonte: Vieira e Benevides (2016b).

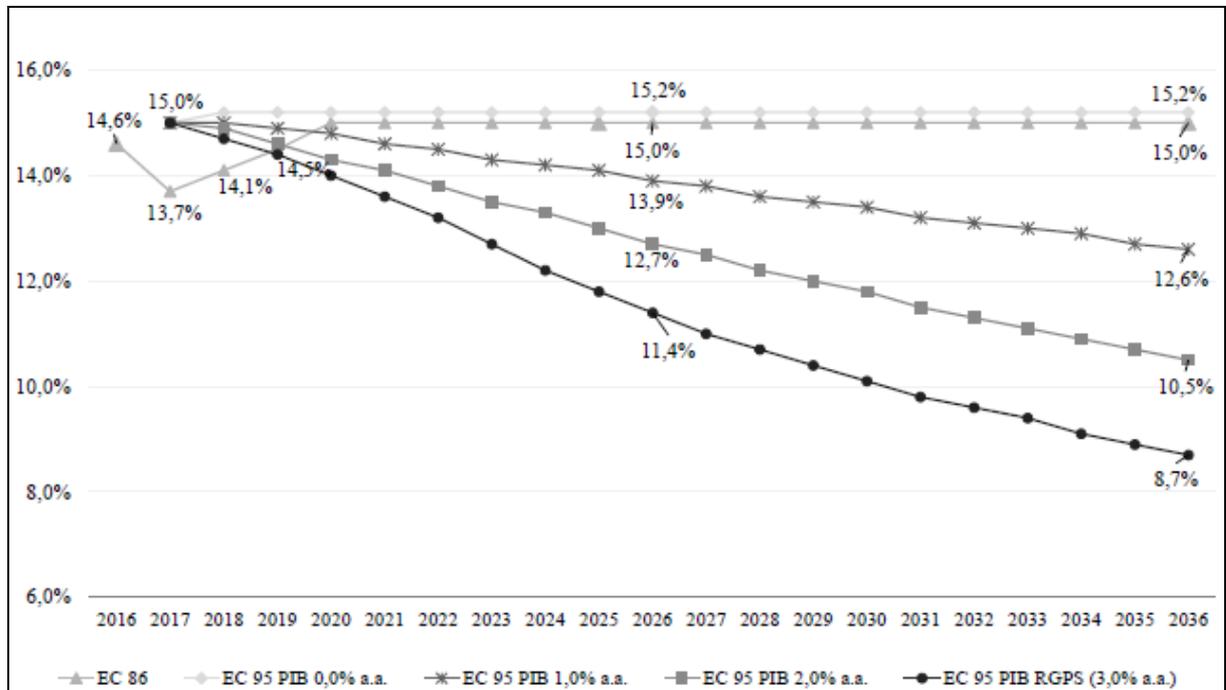
Com base nos resultados das projeções, observa-se que quanto maior o percentual de crescimento do PIB, proporcionalmente menor se torna o investimento em saúde com o passar do tempo, pela regra definida pela emenda constitucional nº 95. Optando-se por manter a regra anterior, da emenda constitucional nº 86, o investimento mínimo em saúde se mantém proporcional.

Ao se analisar a figura nº 6, abaixo, que apresenta os resultados dos cenários de projeções com base no percentual de investimento mínimo em relação ao RCL, constata-se algo semelhante. Quanto maior a projeção de crescimento do PIB, tanto menor será a proporção de investimento mínimo em saúde em relação à RCL, se aplicada a regra da emenda constitucional nº 95. Novamente, ao se manter a regra anterior, da emenda constitucional nº 86, a tendência é de que o investimento mínimo se mantenha proporcional.

Com a emenda nº 95, é Interessante notar, ainda, como salientam Vieira e Benevides (2016a, p.8) que “o espaço para a ampliação do orçamento da saúde ficaria mais reduzido, pois isso implicaria o comprometimento das demais despesas, inclusive das despesas com outras políticas sociais”. Isto quer dizer que, embora o teto de gastos seja global, o gasto com saúde estaria cada vez mais pressionado a

manter-se no patamar mínimo, diante da competição com outros investimentos, que também estarão inseridos na limitação.

**Gráfico 5 – Comparação de projeções com base no percentual da RCL.**



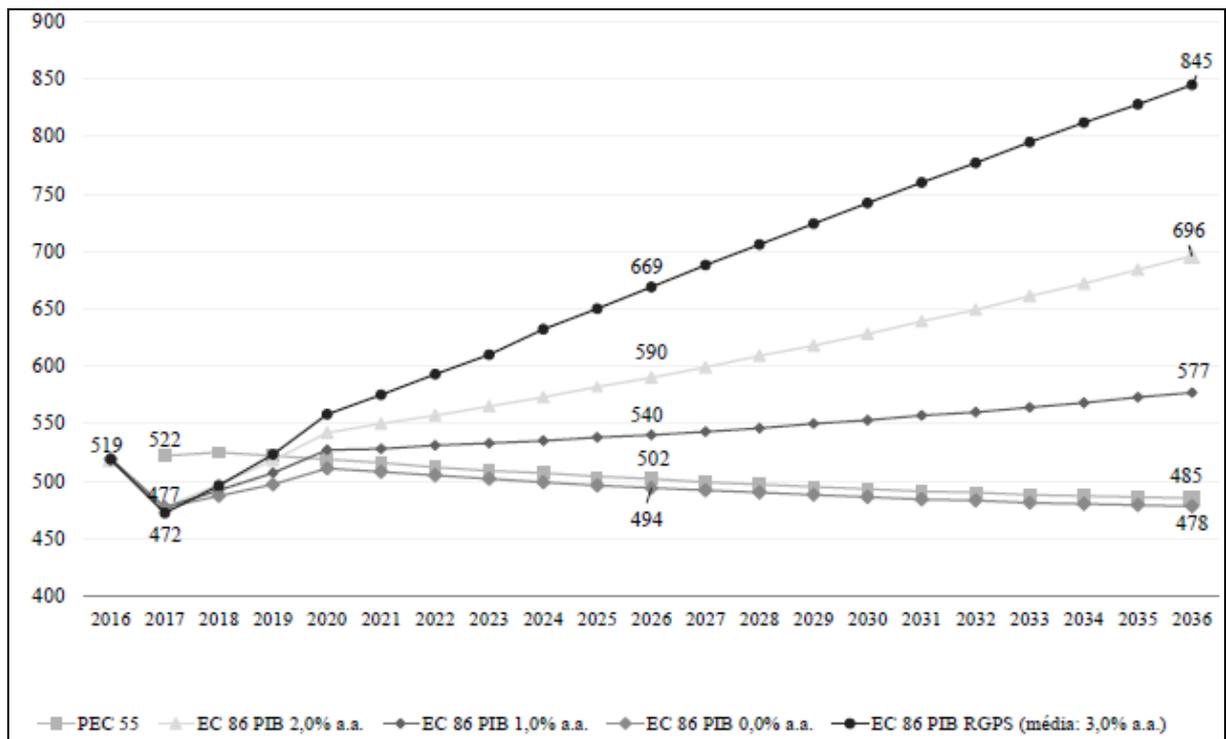
Fonte: Vieira e Benevides (2016b).

Antes de se analisar o terceiro resultado do estudo apresentado por Vieira e Benevides, conforme Gráfico 5, abaixo, mister frisar que a comparação, neste caso, leva em consideração o investimento em reais (R\$) per capita das projeções referentes à PEC 55 (emenda constitucional nº 95), e as projeções da regra anterior, a emenda constitucional nº 86, com os mesmos percentuais de variação de crescimento do PIB.

Conforme se depreende do resultado apresentado no Gráfico 6, enquanto o investimento mínimo em saúde per capita tende a ter uma leve queda, com a adoção da emenda constitucional nº 95, já o investimento per capita, com a regra anterior, tende a aumentar proporcionalmente conforme o crescimento do PIB. Avaliando-se os números do próprio estudo, Vieira e Benevides (2016b, p. 18) afirmam que:

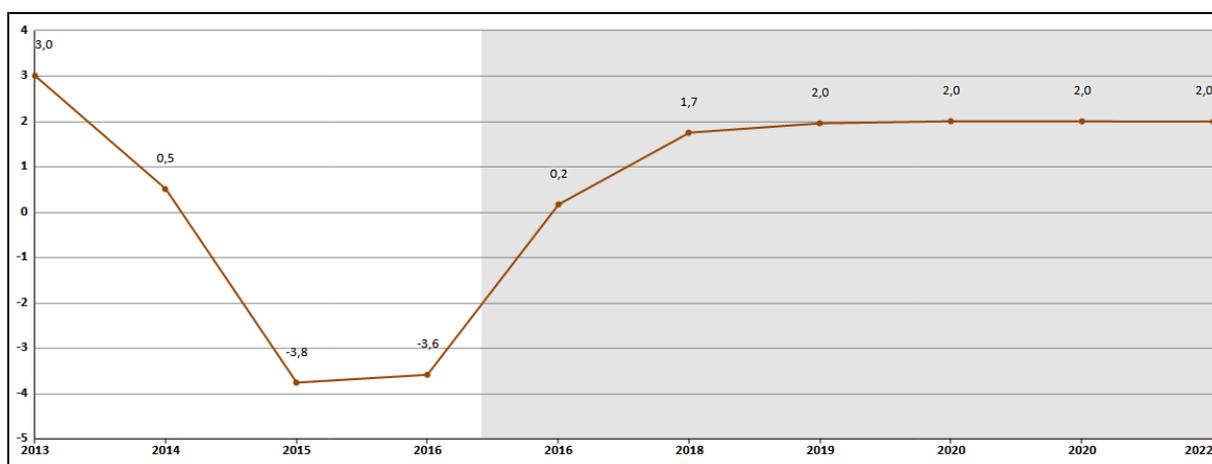
No cenário que considera taxas de crescimento do PIB de 2,0% ao ano, a perda de recursos para financiamento das ASPS com a EC 95 foi estimada em R\$ 415 bilhões em 20 anos, quando se comparam com os recursos que seriam alocados pelo governo federal a partir da aplicação da regra EC 86, sendo R\$ 69 bilhões nos primeiros 10 anos e R\$ 347 bilhões nos 10 anos seguintes, entre 2027 e 2036.

**Gráfico 6 – Comparação de projeções com base em reais de 2016 *per capita*.**



Fonte: Vieira e Benevides (2016b).

Importa ainda acrescentar que há projeções de crescimento previstas para o Brasil nos próximos anos, até 2022. Segundo dados do FMI, há uma tendência de estabilização do crescimento, conforme se verifica pelo Gráfico 7:

**Gráfico 7 – Projeção de crescimento do PIB brasileiro pelo FMI.**

Fonte: Knoema (2017).

Pela análise da trajetória de crescimento, torna-se evidente que o crescimento do PIB brasileiro se encaminhará para a faixa anual de 2%, o que corrobora com as projeções de Vieira e Benevides. Assim sendo, diante dos dados e prognósticos ora apresentados, torna-se seguro deduzir que é grande a probabilidade de que o dano ao direito à saúde de fato ocorra, pela adoção do teto de gastos.

Em suma, chegou-se à conclusão com relação a este lado da balança, de que o direito à saúde possui grande importância social, que a intensidade do dano provocado pela emenda nº 95 é moderado, sendo que a probabilidade de que o dano de fato irá se concretizar, é grande.

#### **4.5.2 Considerações acerca da importância social de se cumprir o propósito da emenda constitucional nº 95**

Tendo sido avaliado um dos lados da escala da ponderação, a importância social de se prevenir o dano ao direito à saúde, parte-se, então, para a análise do outro lado da escala, a importância social de se cumprir o propósito da emenda constitucional nº 95. Uma vez obtidos os resultados, será possível fazer a comparação e determinar qual dos lados deverá prevalecer, ou ainda, será possível

determinar se o teto de gastos é proporcional no que se refere aos seus possíveis benefícios em relação aos prejuízos.

Quando anteriormente se tratou do exame do propósito adequado, adiantou-se a análise da urgência em se alcançar o propósito da instituição do teto de gastos públicos. Observaram-se fatores internos e externos, como desonerações fiscais, aumento de gastos, pauta de exportações focada em produtos primários, pouca diversidade de parceiros comerciais, aliados à queda brusca dos preços de commodities. Certificou-se, com isso, que a situação econômica brasileira, realmente necessita de medidas urgentes. Esta caracterização é importante neste momento para que se defina a situação do estado de coisas anterior à vigência do teto de gastos.

Ultrapassada esta questão, importa analisar a importância dos benefícios alcançados ao se cumprir o propósito pretendido, ou, em outras palavras, interessa agora avaliar o estado de coisas posterior à vigência do teto de gastos. Com efeito, uma vez que se alcance o propósito do teto de gastos, os benefícios seriam o reequilíbrio das contas públicas, tornando positivo o resultado das receitas, tão logo subtraídas as despesas, viabilizando-se, desta feita, o encerramento da recessão econômica e o retorno ao crescimento econômico. Neste sentido, Mendes (2016, *online*), assessor do Ministério da Fazenda, explica os benefícios nos seguintes termos:

A aprovação da PEC atuará na causa fundamental do problema fiscal –o crescimento acelerado do gasto–, sinalizando para a sociedade que o desajuste será resolvido. Haverá aumento da confiança das empresas, que retomarão os investimentos, gerando crescimento econômico. As receitas públicas reagirão, iniciando o processo de ajuste fiscal.

Ao mesmo tempo, o Tesouro Nacional precisará de menos empréstimos para financiar um deficit decrescente. Sobrarão mais recursos no mercado para financiar o investimento privado, o que levará à queda da taxa de juros, que impulsionará o investimento e o crescimento. Juros mais baixos vão desacelerar o crescimento da dívida pública. Também aumentarão a viabilidade dos investimentos privados em concessões de infraestrutura, reduzindo a necessidade de subsídios creditícios do governo aos concessionários, o que contribui tanto para o crescimento quanto para o ajuste fiscal.

Observa-se assim, que o benefício central ao se cumprir o propósito do teto de gastos, seria o retorno do crescimento econômico, o que representa, sem dúvida, um grande benefício.

Até o presente momento, tem-se as seguintes conclusões acerca da importância marginal de se cumprir o propósito pretendido pelo Estado: em primeiro lugar, a situação do estado de coisas anterior à vigência do teto de gastos, é grave e urgente; em segundo lugar, os benefícios ao se cumprir o propósito pretendido, são grandes, ou seja, o estado de coisas após a vigência da emenda nº 95 traz consigo grandes benefícios. Há que se verificar, entretanto, qual a probabilidade de que, ao se empregar o meio pretendido, o teto de gastos, conseguir-se-á, de fato, o grande benefício previsto.

Quanto ao retorno do crescimento econômico, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2017), o PIB brasileiro teve crescimento de 1% no primeiro trimestre de 2017, tendo o Governo anunciado publicamente o fim da recessão. Poderia se imaginar que, pelo curto período do emprego do teto de gastos, já se estaria experimentando os grandes benefícios previstos, evidenciados pela suposta saída da recessão e crescimento do PIB.

Ao se observar a decomposição do crescimento do PIB, apontado pelo IBGE (2017) destaca-se o aumento de 13,4% no setor da agropecuária, enquanto indústria, cresceu 0,9% e serviços manteve-se estável, com 0,0%. Economistas, no entanto, afirmam que a recessão não acabou. Além de mencionarem incertezas em relação à mudança metodológica recente realizada pelo IBGE, em recente estudo promovido pelo CECON/UNICAMP, Bastos, Welle e Oliveira (2017, p. 2-3) apontam as razões para o possível crescimento do PIB:

É provável que a continuidade do Plano Safra em 2016, depois do impeachment, tenha favorecido a supersafra de soja e milho, mas ela é explicada essencialmente por fatores climáticos e pela expectativa de crescimento dos mercados externos, particularmente na Ásia. (...)

Em suma, os dados do PIB do primeiro trimestre não apresentam uma recuperação cíclica da demanda interna, mas um grande crescimento da oferta agropecuária determinado por fatores climáticos e pela expectativa de demanda externa, cujo crescimento efetivo também contribuiu para aumentar as exportações industriais.

No mesmo estudo, os autores afirmam inclusive que a agropecuária provavelmente terá um papel negativo no PIB no segundo trimestre, em razão do escândalo resultante da operação “carne fraca” da polícia federal. A investigação demonstrou a comercialização de produtos alimentícios impróprios para o consumo, o que levou à suspensão da importação de produtos brasileiros, por diversos países.

Mister ressaltar, em contrapartida à crença do governo, que a efetividade das políticas econômicas de austeridade fiscal, como a de limitação dos gastos, é, na verdade controversa. Bastos, Welle e Oliveira (2017, p. 10) acreditam que:

(...) a austeridade institucionalizada pelas reformas neoliberais aprofunda a desigualdade e gera um efeito contracionista duradouro: gastos com grande efeito multiplicador como investimento público, saúde e educação devem reduzir em termos per capita, enquanto o aumento futuro da arrecadação será destinado unicamente para a dívida pública, que tem um efeito multiplicador muito menor. Ademais, o governo será impedido de realizar política contracíclicas, voltando a transformar desacelerações cíclicas em recessões profundas.

Avaliações negativas existem desde as primeiras experiências de implementação das medidas do Consenso de Washington. Há autores que apontam consequências sociais e econômicas muito negativas a partir da adoção de medidas de austeridade fiscal, associadas aos demais eixos de política, instituídos por organismos internacionais, com o FMI. Lima (2004), por exemplo, analisa que a redução do papel do Estado implicou a redução de direitos sociais e a perda da sua universalização, pois dependem de papel ativo do Estado para sua concretização. Ressalta ainda, como resultado do neoliberalismo, a exclusão social, a precarização do trabalho e o desemprego. Neste sentido, avaliando o papel desempenhado pelo FMI e os efeitos das medidas que se determinavam aos países emprestadores, em situação de crise econômica, Stiglitz (2002, p. 65, tradução livre), a partir de sua experiência perante o Banco Mundial, dá importante contribuição. Afirma ele, que:

(...) embora esta pudesse ter sido a intenção de Keynes quando lutou pela constituição do FMI, a entidade hoje não concebe a si mesma como uma financiadora de déficits comprometidas com a manutenção do pleno emprego. Pelo contrário, ela adotou uma postura pré-keynesiana de austeridade fiscal diante de uma recessão, e entrega o dinheiro apenas se o país mutuário se dobra às ideias do FMI acerca das medidas econômicas convenientes, que quase sempre comportam políticas contracionistas que dão origem a recessões ou algo pior.

Como se observa, é muito bem salientada pelo autor a postura de austeridade fiscal adotada pelos países em crise, em troca dos empréstimos concedidos pelo FMI, o que segundo ele, resultou em recessões econômicas. Em outras palavras, o autor afirma que ao invés de se configurarem como soluções para os problemas econômicos, as políticas de austeridade fiscal na verdade, causaram o agravamento destes problemas.

Para além de uma análise própria, Stiglitz (2002) cita que o próprio FMI chegou a admitir, tempos depois, aspectos negativos das medidas de austeridade fiscal que determinou, pelo seu rigor excessivo, sobretudo no caso da crise asiática, conforme menciona o autor (2002, p. 141, tradução livre):

O FMI admite hoje que a política fiscal que aconselhou era excessivamente austera, as políticas agravaram muito mais a recessão do que teria sido necessário. Mas durante a crise, Stanley Fischer, subdiretor executivo do FMI, defendeu as políticas do FMI no Financial Times e disse que tudo o que o FMI pedia aos países era que tivessem um orçamento equilibrado! Por sessenta anos, nenhum economista respeitável teria acreditado que uma economia que entre em recessão deva ter um orçamento equilibrado.

Ademais, em recente artigo publicado por economistas do departamento de pesquisas do FMI (OSTRY; LOUNGANI; FURCERI, 2016) em periódico publicado pela própria instituição, reconhece os problemas sociais causados pelas medidas de austeridade e a incerteza quanto aos seus benefícios no que tange ao crescimento econômico. Segundo os autores (p. 38-39, tradução livre):

No entanto, existem aspectos da agenda neoliberal que não atenderam às expectativas. Nossa avaliação da agenda se limita aos efeitos de duas políticas: remoção de restrições na circulação de capitais entre as fronteiras de um país (chamado de liberalização de capital); e consolidação fiscal, às vezes chamada de "austeridade", que é uma abreviação para políticas para redução de déficits orçamentários e os níveis de endividamento. Uma avaliação dessas políticas específicas (ao invés da ampla agenda neoliberal) chega a três conclusões inquietantes:

- Os benefícios em termos de crescimento econômico parecem bastante difícil de estabelecer quando se olha para um amplo grupo de países.
- Os custos em termos de aumento da desigualdade são proeminentes. Tais custos resumem a troca entre os efeitos de crescimento econômico e equidade em alguns aspectos da agenda neoliberal.

- O aumento da desigualdade, por sua vez prejudica o nível e a sustentabilidade do crescimento econômico. Mesmo que o crescimento seja o único ou o principal propósito da agenda neoliberal, os defensores da agenda neoliberal precisam estar atentos aos seus efeitos distributivos.

A partir do momento em que pesquisadores do próprio FMI admitem haver problemas quanto às políticas incentivadas pelo organismo, torna-se possível inferir que a austeridade fiscal, embora muito difundida, trouxe, no mínimo, resultados práticos controversos. Desta forma, coloca-se em cheque a efetividade de tais medidas, onde a emenda constitucional nº 95 está inserida.

Em termos econômicos, um elemento importante a se analisar no que diz respeito aos impactos dos gastos públicos, é o multiplicador fiscal. Stuckler e Basu (2013, p. 64, tradução livre), conceituam este instrumento econômico da seguinte maneira:

O multiplicador é uma estimativa de quantos dólares em crescimento econômico futuro são criados para cada dólar dos gastos do governo. Quando o multiplicador fiscal é maior que 1, isto significa que o gasto governamental possui um efeito multiplicador – cada \$1 de gasto governamental cria mais de \$1 em crescimento econômico futuro. Quando o multiplicador é menor que 1, isto significa que cada \$1 de gasto governamental adicional está destruindo a economia, criando ineficiências ou levando embora verbas do setor privado que poderiam estar impulsionando a economia.

Sendo assim, o multiplicador fiscal é um instrumento que permite análise do impacto dos gastos públicos no crescimento econômico. Quando um determinado gasto público possui um multiplicador fiscal maior que 1, significa dizer que este gasto impacta positivamente no crescimento econômico, sendo aconselhável o aumento deste tipo de gasto por parte do Estado. Por outro lado, se determinada despesa possui multiplicador fiscal abaixo de 1, é recomendável o seu corte, uma vez que o mesmo não traz retorno em termos de crescimento econômico.

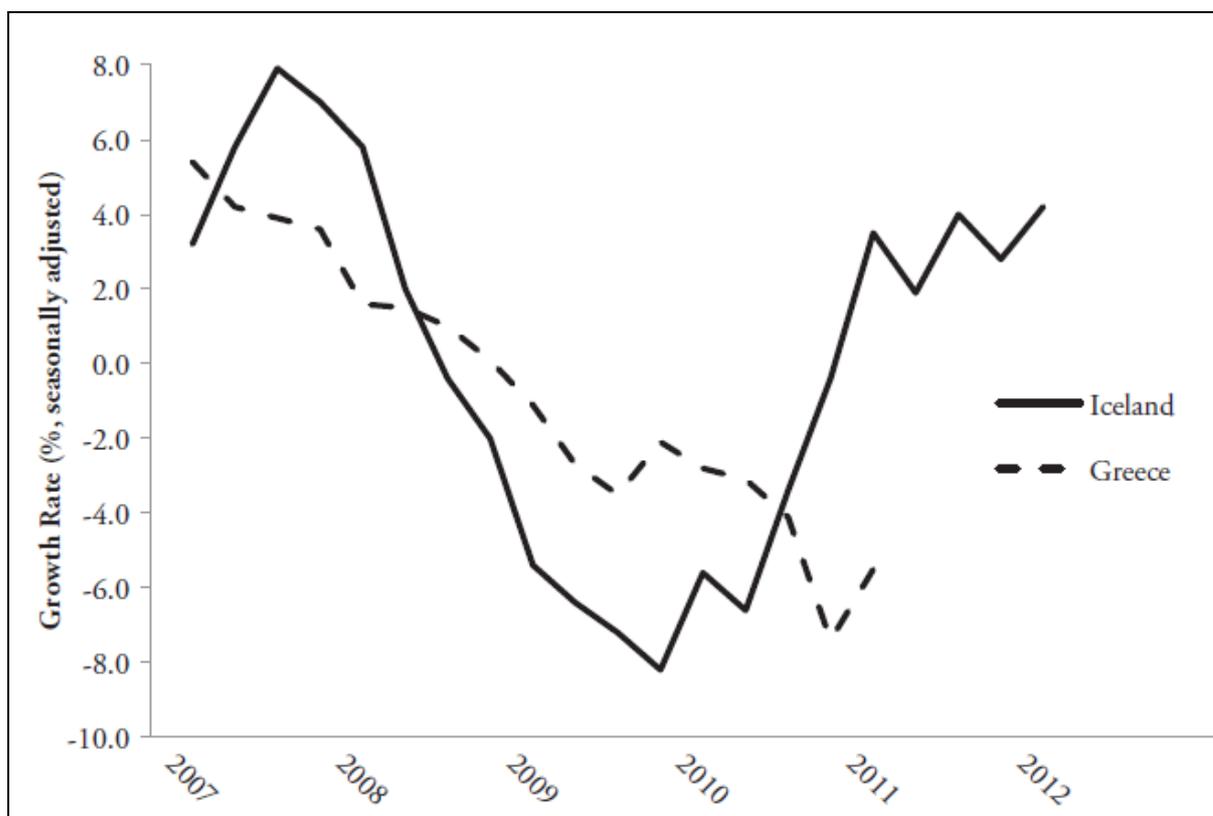
Com base na utilização de multiplicadores fiscais, Stuckler e Basu (2013) realizaram um estudo comparativo entre Islândia e Grécia, dois países de porte econômico semelhante, que foram igualmente afetados pela crise econômica de 2008, mas que tomaram medidas econômicas distintas.

Ainda segundo Stuckler e Basu (2013), a Grécia, para receber empréstimos do FMI, optou pela adoção de medidas de austeridade fiscal, o que teria provocado uma série de problemas sociais, sem contrapartida de retorno de crescimento econômico. No que toca especificamente aos investimento em saúde, segundo os autores, a redução no orçamento deste setor, provocou, entre outros problemas de saúde pública, surtos de HIV e malária, tendo o governo que despende de mais recursos para remediar os problemas, do que teria despendido com a prevenção dos mesmos.

Ao contrário da Grécia, a Islândia não adotou programas de austeridade fiscal, com limitação ou corte de gastos. Ao invés disso, resolveu aumentar os investimentos governamentais, sobretudo em áreas sociais, como a saúde. Tais medidas econômicas, de choque de investimentos, e não de suplantação de despesas, permitiu que o país saísse do estado de crise.

A diferença em termos de crescimento econômico entre os dois países, torna-se evidente a partir do Gráfico 8, abaixo, que demonstra a queda econômica dos dois países a partir da crise mundial de 2008, mas trajetórias econômicas bem distintas após esse período, sendo a linha contínua representada pela Islândia, e a linha tracejada, a Grécia.

**Gráfico 8 – Trajetórias econômicas de Islândia e Grécia.**



Fonte: Stuckler e Basu (2013).

Com referência à análise dos multiplicadores fiscais dos gastos públicos, Stuckler e Basu (2013, p. 65, tradução livre) trazem a seguinte informação no que diz respeito à Islândia:

Saúde e educação tinham os maiores multiplicadores fiscais, geralmente maiores que 3.

(...)

Programas de saúde e educação (...) conferiram retorno econômico tanto no curto quanto no longo prazo. No curto prazo, estes setores foram capazes de melhor absorver os financiamentos e transformá-los em trabalho produtivo para professores e enfermeiros e empresas de tecnologia. No longo prazo, o investimento em educação e serviços de saúde produziram forças de trabalho mais inteligentes e saudáveis

Corroborando com esta ideia, Auerbach e Gorodnichenko (2010), ao compararem resultados de gastos governamentais, nos Estados Unidos, em períodos de expansão e de recessão, chegaram à conclusão de que os multiplicadores fiscais são maiores para os gastos em períodos de recessão econômica, e menores em períodos de expansão. Auerbach e Gorodnichenko

(2013) realizaram o mesmo método de análise dos multiplicadores fiscais para países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), obtendo a mesma conclusão de que os multiplicadores fiscais em períodos de recessão econômica são maiores.

A mesma metodologia de Auerbach e Gorodnichenko foi utilizada por Orair, Siqueira e Gobetti (2016) para os gastos brasileiros. Acerca deste instrumento, Orair, Siqueira e Gobetti (2016, p. 2), afirmam que se trata de:

uma metodologia econométrica relativamente inovadora, um modelo não linear de vetor autoregressivo com transição gradual (*smooth transition vector autoregression – STVAR*), que permite identificar como os multiplicadores fiscais variam ao longo do ciclo econômico

Os autores, por meio desta metodologia, estudaram o impacto das despesas públicas para grupos diferentes, como benefícios sociais, gastos com pessoal, ativos fixos e subsídios, conforme pode ser verificado por meio da Tabela 2, abaixo, onde os autores apresentam as estimativas dos multiplicadores fiscais com suas respectivas estimativas de erro padrão, isto é, a possível variação.

**Tabela 2 – Multiplicadores fiscais em período de recessão.**

	Estimativa pontual	Erro Padrão
<b>Benefícios Sociais</b>		
Linear	0.8416	0.2372
Expansão	0.1536	0.1684
Recessão	1.5065	0.3151
<b>Ativos Fixos</b>		
Linear	1.0414	0.3079
Expansão	0.1623	0.4105
Recessão	1.6806	0.3417
<b>Subsídios</b>		
Linear	1.5013	0.5044
Expansão	4.7338	1.3772
Recessão	0.5972	0.5594
<b>Gastos de Pessoal</b>		
Linear	0.6055	0.1433
Expansão	0	0.0663
Recessão	1.3265	0.2608
<b>Demais Despesas</b>		
Linear	0.2476	0.12
Expansão	1.389	0.242
Recessão	0.2637	0.1203
<b>Despesa Total</b>		
Linear	0.3501	0.0796
Expansão	0.1779	0.0762
Recessão	0.5435	0.1293

Fonte: Orair, Siqueira e Gobetti (2016).

Ao analisarem os impactos dos referidos grupos de gastos, Orair, Siqueira e Gobetti (2016, p. 55), concluíram que:

As estimativas das funções de impulso-resposta por STVAR indicam que existem diferenças substanciais das respostas do produto de acordo com o estado do ciclo econômico, mas que estas diferenças estão circunscritas aos choques de componentes específicos das despesas. Os multiplicadores associados aos investimentos, benefícios sociais e despesas de pessoal são significativos e expressivamente maiores do que a unidade (respectivamente 1,68, 1,51 e 1,33) durante as recessões suficientemente fortes, enquanto os dos subsídios e demais despesas não o são. Por outro lado, nas expansões todos os multiplicadores são próximos de zero ou pouco persistentes.

Interessante notar que outros estudos também apontam para multiplicadores fiscais positivos quanto a investimentos em áreas sociais como saúde. Neste sentido, segundo Pedro Paulo Zahluth Bastos e Guilherme Mello (2016, online), *“o gasto social tem um grande multiplicador fiscal, conservadoramente estimado acima de 1,5”*. Pires (2012) também chegou à conclusão de que os multiplicadores fiscais no Brasil são relativamente altos, em especial em períodos de recessão.

Pelo que se pode apurar por meio dos dados e prognósticos apresentados, o emprego da limitação dos gastos tem baixa probabilidade de alcançar os grandes benefícios do propósito pretendido pelo Estado, que é o equilíbrio orçamentário e o retorno do crescimento econômico. Isto ocorre, não apenas pela simples experiência extraída de outros países, mas também pelo estudo dos multiplicadores fiscais, que apontam que, sobretudo despesas sociais, são fator importante para o crescimento econômico, em especial quanto se tratam de períodos de recessão econômica.

Em suma, conclui-se que, embora a situação anterior à vigência da lei fosse grave, e que os benefícios de se cumprir o propósito pretendido pelo Estado sejam grandes, a probabilidade de se alcançar o referido propósito é baixa. Resta, no entanto, comparar os resultados para se determinar a proporcionalidade em sentido estrito.

### 4.5.3 Conclusão acerca da proporcionalidade em sentido estrito

Analisaram-se ambos os lados em conflitos na análise da proporcionalidade em sentido estrito. De um lado se avaliou a importância social marginal de se prevenir o dano ao direito à saúde, e, por outro lado, verificou-se a importância social marginal de se cumprir o propósito pretendido relativo ao interesse público de se equilibrar o orçamento (receitas e despesas) e retomar o crescimento econômico.

Com relação ao direito à saúde, constatou-se que se trata de um direito do tipo princípio que possui grande importância social, que a intensidade do dano provocado pela emenda que instituiu o teto de gastos é moderado, sendo que a probabilidade de que o dano de fato irá se concretizar, como se observou, é grande.

Já no que diz respeito ao emprego do teto de gastos, constatou-se que a situação anterior à vigência da lei era grave, e que os benefícios de se cumprir o propósito pretendido pelo Estado eram grandes, mas a probabilidade de se alcançar o referido propósito é baixa.

Resumindo-se, trata-se de uma política com grande probabilidade de causar um moderado dano a um direito de grande importância, que é a saúde<sup>11</sup>. Ao mesmo tempo, há uma baixa probabilidade de se alcançar grandes benefícios (equilíbrio orçamentário e crescimento econômico), diante de uma situação grave de crise econômica. Sendo assim, a conclusão não poderia ser outra que não a de que o emprego de teto de gastos não passa pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito, logo, não é proporcional. Implica dizer, que no âmbito subconstitucional, quando se tratar das leis orçamentárias, o investimento ao direito à saúde não poderá ser limitado pelo Estado, cabendo aos três poderes, resguardar o investimento em saúde de maneira proporcional. Note-se, que o exame da proporcionalidade do teto de gastos com relação ao direito à saúde, é particularmente importante para o Poder Judiciário quando da judicialização do direito à saúde, uma vez que, a limitação dos gastos não se justifica para prejudicar o direito à saúde. Na verdade, o que se demonstrou foi o contrário. Maior investimento em saúde, por ter um alto multiplicador fiscal, em especial neste momento de recessão, torna-se fator de contribuição para o crescimento econômico.

---

<sup>11</sup> Importa ressaltar que é possível aferir danos a outros direitos que não somente à saúde.

## 5 A PROPORCIONALIDADE DIANTE DAS ALTERNATIVAS

### 5.1 REVISITANDO O PAPEL DAS ALTERNATIVAS E SUA IMPORTÂNCIA

Conforme visto anteriormene, Barak (2012) admite um outro viés de análise no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, que é a comparação dos pesos entre alternativas. A vantagem, segundo o autor, seria uma maior delimitação da análise da ponderação. Avaliar a proporcionalidade com a utilização de alternativas se torna interessante também para o reforço argumentativo no sentido de se proteger o direito à saúde e, logicamente, de se demonstrar a eficiência das alternativas no cumprimento do propósito pretendido pelo Estado, de equilibrar as contas públicas e retomar o crescimento econômico.

De acordo com esta análise, uma alternativa seria porporcional em relação à proporsta original, se houver significativa redução do dano ao direito, e ainda que se admita uma pequena redução dos benefícios. Em outras palavras, comparam-se as diferenças entre os benefícios da proposta em relação à alternativa, e, ao mesmo tempo, comparam-se as diferenças em termos de afetação ao direito à saúde entre a proposta original e a alternativa. Para que se efetue tal comparação, é necessário que a alternativa passe pelo mesmo processo de análise pelo qual passou a proposta original no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, qual seja, a avaliação do estado de coisas antes e depois da adoção da alternativa, e a probabilidade de se alcançar o propósito pretendido pelo interesse público.

Embora possam haver diversas alternativas, serão resgatas para a finalidade desta análise as duas alternativas que foram cogitadas no teste da necessidade, mas que, por alguns motivos, foram descartadas. Neste momento, elas retornam para serem utilizadas neste outro viés de comparação. São elas: a) a suspensão e auditoria da dívida pública brasileira; e b) o imposto sobre grandes fortunas.

## 5.2 SUSPENSÃO E AUDITORIA DA DÍVIDA PÚBLICA COMO ALTERNATIVA

Quando se analisou a alternativa da suspensão e auditoria da dívida pública no teste da necessidade, observou-se que a mesma possui conexão racional com o propósito de reequilibrar as contas e servir de fator para a retomada do crescimento econômico, que naquele caso, bastava-se constatar a existência da probabilidade. Verificou-se também que esta alternativa poderia ser igualmente ou mais eficiente e não causaria prejuízos ao direito à saúde. Em razão, no entanto, da alternativa ter potencial de afetação à outro direito, que seria o da propriedade, rejeitou-se-a, uma vez que a única alteração ali admitida seria com relação ao dano à saúde, que deveria ser menor.

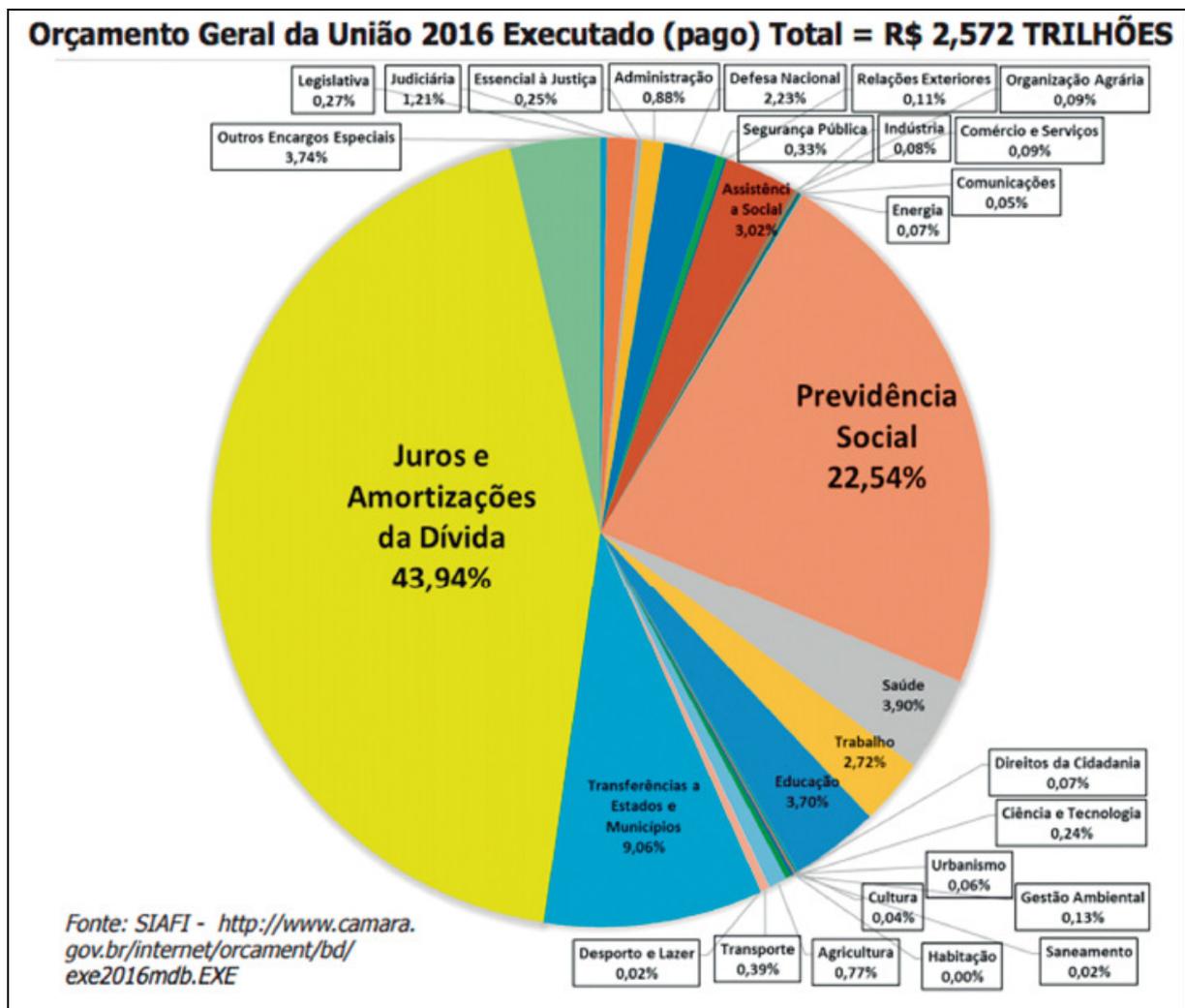
Ao se reanalisar então o lado do direito à saúde, em relação a esta alternativa, denota-se em primeiro lugar, que alguns elementos já foram avaliados. A importância social do direito à saúde, permanece sendo grande, pelos motivos que já foram expostos. A intensidade do dano provocado ao direito à saúde com a adoção da medida, também já foi avaliada como inexistente, tendo em vista que não afetará o orçamento do setor.

Sendo assim, deduz-se, evidentemente, que a probabilidade de que o dano irá ocorrer, é igualmente inexistente. Neste momento já se verifica uma diferença em relação à medida original de limitação dos gastos públicos, pois verificou-se, anteriormente, que a intensidade do dano ao direito à saúde, a partir do emprego do teto de gastos, era moderada, e sua probabilidade em de fato prejudicar o direito à saúde, era grande. Pela ótica dos impactos que a alternativa causará ao direito à saúde, observa-se que tanto a intensidade quanto a probabilidade do dano são inexistentes. Sendo assim, com a adoção da alternativa de suspensão e auditoria da dívida pública em substituição à proposta original do teto de gastos, conclui-se pela existência de significativa redução do dano ao direito à saúde.

No que diz respeito à importância do propósito pretendido, novamente, não há como se alterar algumas das análises já realizadas. O estado de coisas anterior é o da crise, que foi avaliado como grave. Os benefícios de se cumprir o propósito pretendido pelo Estado também permanecem sendo grandes: reequilibrar as contas públicas e auxiliar a retomada do crescimento econômico. Restaria, então, analisar-se a probabilidade de que a suspensão e auditoria da dívida pública, irão de fato alcançar o referido propósito.

Embora não se possa prever o quantitativo que seria reduzido do montante da dívida pública, em caso de auditoria, bastaria que, por este método, uma pequena parcela de seu montante fosse reduzida para contribuir para o reequilíbrio orçamentário. Verificou-se anteriormente que o déficit das contas públicas em 2016, foi de 154,3 bilhões de reais, enquanto que o gasto com juros e amortizações da dívida pública foi de 1,105 trilhão de reais, aproximadamente. A dívida pública, na verdade, consome a maior parte do orçamento geral da União, como se pode observar pela figura 10, abaixo.

**Gráfico 9 – Orçamento Geral da União Executado em 2016.**



Fonte: SIAFI/Auditoria Cidadã (s.d.).

No Brasil, a dívida pública tem sido tema tão relevante durante o seu histórico, que a mesma já foi discutida no âmbito do parlamento em três momentos da história mais recente. Em 1987, quando da crise que o país vivia, em 1989, em tentativa de atender ao mandamento constitucional disposto no art. 26 do ADCT (realização de auditoria da dívida), e em 2010, onde se realizou uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para se discutir uma possível auditoria em razão do não cumprimento do mencionado dispositivo constitucional, que não foi recomendada pela CPI, em razão de, entre outros fatores, tramitar no Supremo Tribunal Federal, uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 59) ajuizada pela Ordem dos Advogado do Brasil (OAB), para que o Judiciário obrigue o Legislativo a realizar a aludida auditoria.

Com base em análises realizadas pela organização civil denominada Auditoria Cidadã (2010) existem indícios de ilegalidades que precisam ser apuradas, como a contabilização de juros sobre juros nos papéis da dívida pública, operações de crédito não aprovadas pelo parlamento (conforme determina a constituição), renegociação de dívidas prescritas, entre outras fraudes contratuais e cláusulas abusivas. No que diz respeito às leis e tratados sobre direitos humanos, Flávia Piovesan (2010, p. 38-39), em parecer acerca do tema, chegou à seguinte conclusão:

Concluí-se, portanto, que a execução do orçamento federal em 2008, sob o prisma da distribuição de recursos, caracteriza grave inconstitucionalidade, configurando, ainda, ilícito internacional, em violação direta aos dispositivos enunciados nos artigos 3o, III, 6o, 196, 198, 205 e 212 da Constituição Brasileira, bem como nos artigos 2o, 11, 12 e 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais e nos artigos 1o, 10, 13 do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos sociais, ambos ratificados pelo Estado Brasileiro.

Sendo assim, com base em indícios de inconstitucionalidade e violações de direitos humanos, é plausível que uma auditoria consiga anular parcela considerável da dívida pública. Cumpre ressaltar, no entanto, que este tema desperta posições distintas, condicionadas ao viés político-econômico que se adota. Está inserido no âmbito da divergência entre a construção do Estado Social, preconizado pela constituição, e o ambiente político dominante, representado pelas diretrizes do consenso de Washington, de tal maneira, que, a depender do matiz ideológico,

pode-se considerar que a suspensão e auditoria da dívida pública seja a solução viável, mas também, por outra linha de pensamento, pode ser considerada um fator de agravamento da crise. Se a posição do intérprete se basear no sentido de construção do Estado Social, é possível que se repute a alternativa não somente como viável, mas, no mínimo, com moderada no que tange à sua probabilidade de alcançar o propósito de reequilibrar as contas públicas e contribuir para o retorno do crescimento econômico.

Uma vez que se apurou precedentemente que a probabilidade de se alcançar o propósito pretendido pelo Estado por meio da limitação dos gastos, é baixa, assinala-se uma evidente diferença em termos de benefício, afinal, partindo-se do julgamento de que a alternativa da suspensão e auditoria da dívida pública, possui moderada probabilidade de alcançar o propósito, existe um ganho ao se adotar a referida medida.

Sendo assim, ao se fazer o teste da proporcionalidade em sentido estrito com base na utilização da alternativa, constatou-se que, pela via do dano ao direito à saúde, que há uma significativa redução de prejuízos ao se adotar a alternativa e rejeitar a proposta original, haja vista que o moderado prejuízo se torna inexistente.

De igual modo, ao se analisar a diferença entre benefícios, também se observa o aumento do benefício ao se adotar a alternativa no lugar da proposta original, tendo em vista que a probabilidade de se alcançar os grandes benefícios relativos ao propósito do Estado, abandona-se o baixo nível e atinge-se o nível moderado. Há que se ressaltar, ademais, que mesmo que se considerasse que os benefícios da alternativa da suspensão e auditoria da dívida fossem de baixa probabilidade (inclusive, um pouco menores que a da proposta original) no alcance do propósito pretendido, ainda assim, constataria-se que, diante da alternativa ora analisada, a limitação dos gastos não seria proporcional em relação aos prejuízos causados ao direito à saúde.

### 5.3 REGULAMENTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS COMO ALTERNATIVA

Na etapa anterior, do exame da necessidade, a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas não se demonstrou como alternativa eficiente para destronar a proposta original do teto de gastos. Embora tenha sido avaliado que o imposto não

teria impacto negativo perante o direito à saúde, a alternativa fora descartada, para efeitos daquele teste, em razão da demora que levaria para se pôr em prática esta medida, que, decerto, envolve uma gama de preocupações. Importa, no entanto, revisitar esta alternativa para o intuito da proporcionalidade em sentido estrito.

Ao se analisar o lado da balança que diz respeito à alternativa, novamente, algumas das análises não podem ser modificadas. Sendo assim, para efeito de avaliação do estado de coisas anterior, a urgência relativa à crise permanece sendo grande. De igual forma, os benefícios de se cumprir o propósito pretendido também continuam sendo grandes, que seria o reequilíbrio orçamentário e o auxílio para e retomada do crescimento. Resta, por outro lado, analisar-se a probabilidade de que, ao se adotar a alternativa, de fato irá se alcançar o aludido propósito de equilíbrio das contas públicas e auxílio à retomada do crescimento econômico.

Com a recente obra “O Capital no século XXI”, de Thomas Piketty, o debate sobre a tributação de grandes fortunas e de alto padrão de renda ganhou novo fôlego. Piketty (2014), a partir de uma grande base de dados, demonstra que a construção de modelos de Estado de Bem-estar Social na Europa somente foi possível por meio de políticas fiscais de caráter progressivo, com elevada tributação de grandes patrimônios e heranças, entre os anos 1930 e 1980. Piketty (2014) demonstra que somente após os anos 1980 que se observa uma redução das taxas de tributação perante as rendas mais elevadas, nos países ricos, como Estados Unidos, Reino Unido, França e Alemanha.

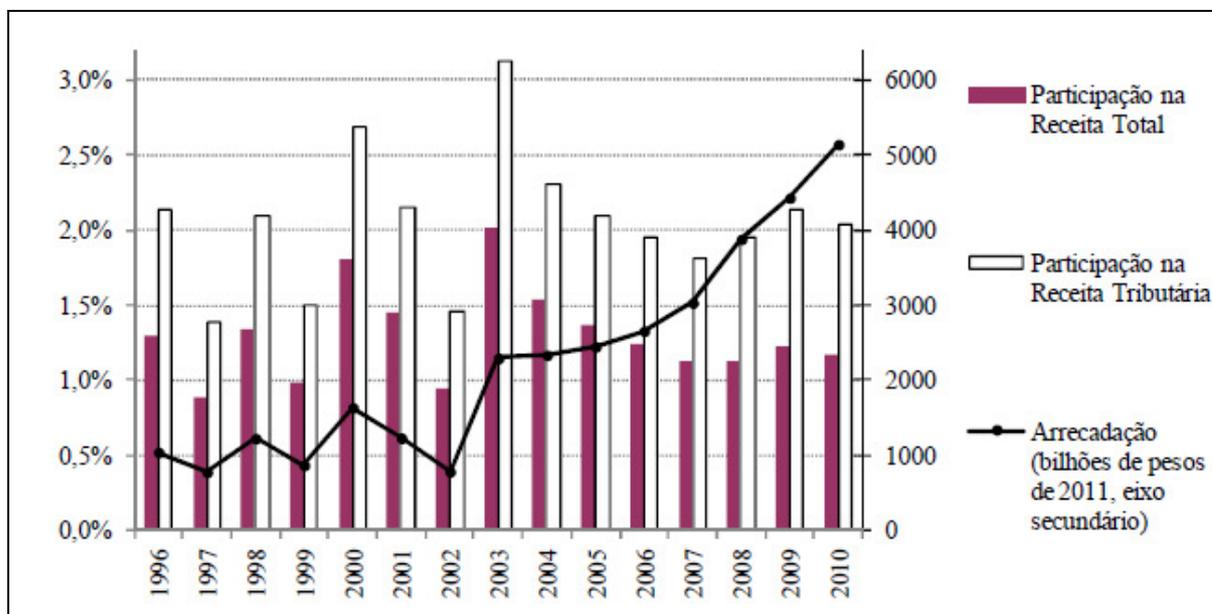
Segundo ainda Piketty (2014), os países subdesenvolvidos, antes mesmo de alcançar o patamar fiscal e de construção de um Estado Social, acabaram seguindo o mesmo padrão de redução de sua arrecadação, sobretudo no que diz respeito às tarifas alfandegárias, assim como a pouca tributação sobre o capital e sobre o patrimônio, fomentando políticas fiscais regressivas.

No contexto econômico posterior à crise de 2008, em estudo comparativo acerca da tributação sobre grandes fortunas em quatorze países (envolvendo Europa, América do Sul e Ásia), Carvalho Jr. (2011) relata que muitas nações que aboliram a taxa de grandes fortunas após os anos 1980, embora tenham resolvido problemas de inequidade, reintroduziram-na. Além do mais, alguns países como Holanda, França, e mesmo a Argentina, não chegaram a abolir o tributo, pelo contrário, aperfeiçoaram-no. No que diz respeito às perspectivas de arrecadação do Brasil com o referido imposto, Carvalho Jr. (2011, p. 36) afirma que:

No Brasil reside uma parcela significativa das famílias com as maiores fortunas no mundo. O texto mostrou que, para dados de 2000, 2,5% das famílias mais ricas do mundo (grupo das top 1%) de uma amostra significativa de países são brasileiras (nível similar a Espanha e Canadá). Muitos países europeus que aboliram o Wealth Tax a partir de década de 1990, como a Áustria, Suécia, Finlândia e Dinamarca, apresentam uma estrutura social com baixa iniquidade. Porém, na história desses países, houve uma tributação expressiva sobre a riqueza e a sua transferência (heranças e doações) foi utilizada gradualmente para reduzir a desigualdade. Na França, apesar do bom nível de equidade, devido ao tamanho de sua economia, o país consegue ter uma arrecadação eficiente do Wealth Tax. O Brasil com elevada desigualdade e PIB relevante, em tese, também teria condições de apresentar um bom indicador arrecadatário com o imposto.

Como se pode perceber, há grande potencial de arrecadação com relação ao imposto sobre grandes fortunas, no Brasil. Segundo Carvalho Jr. (2011), no entanto, para que o imposto consiga estar à altura de seu potencial, terão que ser criadas e implementadas medidas acessórias, ou, em termos mais específicos, medidas antievasivas. O autor afirma que um dos principais desafios é criar mecanismos para impedir possíveis fraudes, mas que é possível se basear nas experiências de outros países, inclusive a Argentina, onde o tributo exerce importante função arrecadatária, como se observa pelo Gráfico 10:

**Gráfico 10 – Arrecadação e participação nas receitas totais e tributárias do Imposto sobre Bens Pessoais na Argentina: 1996-2010 (em % e em bilhões de pesos de 2011).**



Fonte: Carvalho Jr (2011).

Nota-se, pelo Gráfico 10, que a Argentina tem conseguido aperfeiçoar seus patamares de arrecadação. Acerca da experiência positiva no país vizinho, no que tange ao crescimento dos valores arrecadados pelo Estado, Carvalho Jr (2011, p. 20) demonstra que:

A arrecadação tem crescido significativamente, passando de 1 trilhão de pesos em 1996 para 5,1 trilhões em 2010 (valores de 2011). Apesar de grandes disparidades no montante arrecadado entre 1996 e 2002, devido às crises financeiras que assolaram a Argentina, a partir de 2003 a arrecadação tem crescido constantemente a uma taxa média real de 12,2% ao ano e o indicador da arrecadação do imposto sobre as receitas totais estabilizou-se entre 1,1% e 1,5% a partir de 2004.

Acerca da importância das medidas antievasivas, em artigo recente publicado em periódico do FMI, Buchanan e McLaughlin (2017) tratam da relevância da implementação de medidas antievasivas ou de *compliance* em relação à tributação dos indivíduos de alta renda. Estas medidas asseguram grande quantitativo em arrecadação conforme exemplificam Buchanan e McLaughlin (2017, p. 9, tradução livre):

De acordo com seu relatório anual, o programa de auditoria de indivíduos de grande fortuna do Serviço de Tributação Australiano (ATO) produziu 680 milhões de dólares australianos (AUD) em passivos e cobrado em AUD 440 milhões em dinheiro de 800 atividades de *compliance* em 2014-15. No Reino Unido (UK), a Unidade de Alto Patrimônio Líquido da Receita e Alfândega da Coroa (HMRC), que lida com os contribuintes que possuem riqueza em mais de 20 milhões de libras esterlinas (GBP), somaram US \$ 937 milhões em receita adicional, desde quando foi criada, em 2009 até 2013-14. A Indonésia relata avaliações que totalizam (IDR) 107 bilhões em Rúpias indonésias decorrentes de ações de *compliance* pela sua Unidade de Grandes Fortunas em 2013.

Com relação ao Brasil, existem diversas estimativas, que variam de acordo com a forma que pode assumir a implementação do tributo. As estimativas mais otimistas variam entre a arrecadação de 100 bilhões de reais ou mais. Nesta perspectiva, entre os especialistas no assunto, Amir Khair (2015, online), ao ser entrevistado, afirmou que:

Se aplicado com uma alíquota média de 1% sobre aquilo que são os bens das pessoas, teria uma arrecadação semelhante àquela que tinha a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), que foi extinta. E tem, portanto, um poder arrecadador forte. Hoje eu estimo em cerca de 100 bilhões de reais/ano. Portanto bem acima até do ajuste fiscal pretendido pelo governo

De acordo com a proposta de aplicação do imposto sobre grandes fortunas, contida no PLP 277/2008, já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, a autora do referido projeto, ex-deputada federal, Luciana Genro (2014, online), afirmou em entrevista que “*a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas [IGF], com fortunas acima de R\$ 50 milhões pagando alíquota de 5% ao ano, estimamos que é possível arrecadar R\$ 90 bilhões ao ano*”. Interessante notar que este valor se refere tão somente à arrecadação da alíquota máxima, que é aplicada à faixa de fortunas superiores a 50 milhões de reais.

No projeto, ainda há outras 4 faixas onde outras alíquotas são aplicadas: para a faixa de patrimônio de 2 a 5 milhões de reais, aplicaria-se alíquota de 1%; para a faixa de 5 a 10 milhões de reais, aplicaria-se a alíquota de 2%; para a faixa de 10 a 20 milhões de reais, aplicaria-se a alíquota de 3%; e, para a faixa de 20 a 50 milhões de reais, aplicaria-se a alíquota de 4%. Sendo assim, pelo conteúdo do projeto, haveria um potencial de arrecadação superior à 100 bilhões de reais,

possivelmente até maior que a cifra de 154,2 bilhões de reais, referente ao déficit registrado pelo Governo no ano de 2016.

Denota-se, assim, pelos dados acima apresentados, que, há um grande potencial de arrecadação e com boas estimativas em relação ao Brasil. Há por outro lado, sem sombra de dúvidas, uma série de desafios que precisam ser superados para que tal medida tributária entre em vigor. Novamente, há um inescapável processo legislativo, que deve, evidentemente, ser respeitado, o que, por si, já demanda uma certa parcela de tempo. Além do mais, é possível prever que haja um período de adaptação para que o Estado elabore e aperfeçoe medidas antievasivas para tornar mais efetiva a captação do tributo, muito embora se possa tirar lições das experiências bem sucedidas em outros países. Levando-se em consideração, portanto, a boa perspectiva de arrecadação e, ao mesmo tempo, a demora para a entrada em vigor do tributo e possíveis desafios à otimização na arrecadação, conclui-se que a probabilidade de que a alternativa da regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, de fato alcance do fim pretendido pelo Estado, é moderada.

Do outro lado da balança, há que se analisar o direito à saúde. Primeiramente, sua importância social, como já discorrido anteriormente, é grande dentro do ordenamento jurídico. A intensidade da limitação ao direito à saúde, ao se adotar a alternativa da regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, no entanto, é inexistente. Consequentemente, a probabilidade de que o emprego da referida alternativa vá de fato afetar o direito à saúde, também é inexistente.

Diante do resultado desta análise, torna-se possível, neste instante, para os fins da proporcionalidade em sentido estrito, a comparação entre a proposta original e a aludida alternativa, em termos de importância social marginal dos benefícios adquiridos com o cumprimento do propósito da lei, e de importância social marginal de prevenir o prejuízo causado ao direito constitucional.

Recapitulando-se a proposta original, isto é, a implementação do teto de gastos, constatou-se que o estado de coisas anterior, relativo à urgência da situação, era grave, já o estado de coisas posterior à implementação da medida, ou ainda, os benefícios adquiridos com o cumprimento do propósito pretendido pelo Estado, são grandes. A probabilidade, no entanto, de alcance do propósito pretendido, conforme já averiguado, é baixo.

Ao se comparar com a alternativa, ou seja, a regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, a situação do estado de coisas antes e depois da

implementação da medida alternativa, possui a mesma valoração apontada para a medida original. Mudança ocorre, por outro lado, no que diz respeito à probabilidade de que de fato se irá cumprir o propósito pretendido pelo Estado, que, conforme se avaliou a partir de dados e estudos, seria moderada. Sendo assim, evidencia-se um ganho em termos de benefícios quando se resolve abandonar a medida original e adotar a medida alternativa.

Partindo-se para as comparações concernentes à afetação do direito à saúde, verificou-se pela proposta original, da implementação do teto de gastos, que a importância social do direito à saúde é grande, uma vez que, dentre outros motivos, é um direito que está interligado a outros, servindo inclusive de requisito para a efetivação dos mesmos. Com relação à intensidade da limitação, observou-se que com a adoção da medida original, haveria um dano moderado ao direito à saúde, que seria inicialmente pequeno, mas que tenderia a se agravar com o passar dos anos. No que tange à probabilidade de que o dano de fato irá ocorrer, constatou-se que seria grande.

Com relação à alternativa e seus impactos no direito à saúde, novamente, permanece a avaliação de que o direito à saúde possui grande importância social. A mudança, neste caso, consiste em que a adoção do imposto sobre grandes fortunas não impacta o direito à saúde, seja em intensidade, ou mesmo em probabilidade. Em outras palavras, inexistente dano ao direito à saúde. Verifica-se, com isso, que há por este lado, também um ganho no que diz respeito aos prejuízos ao direito à saúde. Ao se abandonar a proposta original e se adotar a medida alternativa, o moderado prejuízo ao direito à saúde, que possui grandes possibilidades de vir a se concretizar, torna-se inexistente.

Note-se, que com a considerável redução do dano ao direito à saúde, por mais que, conjecture-se que a probabilidade seja baixa quanto ao alcance do propósito pretendido pelo Estado por meio do imposto sobre grandes fortunas, ainda assim, a alternativa seria capaz, pela redução dos prejuízos causados à saúde, de tornar a proposta original, concernente à implementação do teto de gastos, como desproporcional, uma vez que não conseguiu obter êxito no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

#### 5.4 AS IMPLICAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS A PARTIR DOS RESULTADOS OBTIDOS

Conforme já discorrido, a regra da proporcionalidade, segundo a abordagem de Barak, opera no nível subconstitucional, não afetando em si o escopo das normas em conflito. Significa dizer que a emenda constitucional nº 95, continua sendo válida.

Para efeito, todavia, da análise aqui desenvolvida, no âmbito subconstitucional do Plano Plurianual (PPL), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA), não será possível, ao menos para os critérios da regra da proporcionalidade, a imposição de um teto de gastos que afete o orçamento da saúde, e, por consequência, a própria efetivação do direito constitucional à saúde.

Neste sentido, caberá ao Poder Executivo, que propõe as referidas leis, a observância da proporcionalidade, em não fixar limite para os gastos com saúde. Da mesma forma, caberá ao Poder Legislativo, na fase de aprovação das referidas leis, resguardar o orçamento referente à saúde, de modo a não permitir que, sobre o mesmo recaia a limitação disposta pela emenda constitucional nº 95.

Com relação ao Poder Judiciário, o exame da proporcionalidade ora realizado, torna-se fundamental para os casos de judicialização do direito à saúde. Em tese, poder-se-ia considerar que a emenda constitucional nº 95 proibiria o Poder Judiciário, ao ser demandado pelo cidadão, que, em tantos casos, recebe negativa do Estado para o custeio de medicamentos e tratamentos, de intervir, uma vez disposto um limite de gastos. A partir, no entanto, do exame da proporcionalidade, que resultou na impossibilidade de se limitar o gasto público com saúde por meio do teto de gastos, o Poder Judiciário, ficaria legitimado a intervir em proteção ao referido direito constitucional.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destacou-se a relevância da regra da proporcionalidade como instrumento de interpretação e resolução de conflitos envolvendo direitos constitucionais. A sua utilização é vastamente discutida e amplamente empregada em diversos tribunais, sejam eles nacionais ou internacionais.

Ocorre, no entanto, que a regra da proporcionalidade pode assumir diversas abordagens, e dentre os juristas mais relevantes no contexto mundial, está Robert Alexy, muito lido e discutido no ambiente acadêmico e nos próprios tribunais. Alexy parte de uma teoria acerca dos princípios e normas jurídicas, cujo pressuposto, é o distinto caráter *prima facie* dos princípios, que seriam mandamentos de otimização. Mas talvez sua contribuição mais relevante tenha sido a elaboração da fórmula do peso, instrumento utilizado para o manejo do exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Apesar da inquestionável e reconhecida importância da abordagem de Alexy, há um outro importante jurista, Aharon Barak, que apresenta uma abordagem diferente acerca da regra da proporcionalidade. Para este último, a abordagem de Alexy, baseada no caráter *prima facie* dos princípios, permite a corrosão dos direitos constitucionais, por isso, sua abordagem diverge do conceito de princípios como caráter *prima facie*, sobretudo no sentido de que a regra constitucional derivada a partir da utilização da proporcionalidade, opera em nível subconstitucional, sem afetar o escopo das normas em conflito.

Sendo assim, adotou-se a abordagem de Barak, que possui vantagens com relação à abordagem de Alexy, contendo um procedimento analítico, que traz mais segurança e racionalidade na aplicação da regra da proporcionalidade, e não afeta o escopo dos direitos constitucionais, uma vez que opera no nível subconstitucional.

Para a aplicação da regra da proporcionalidade nos termos aqui propostos, de solução para o conflito entre a emenda constitucional nº 95 e o direito constitucional à saúde, fez-se necessária a demonstração de que o contexto político e econômico mundial, referenciado pelo neoliberalismo do Consenso de Washington, conflita diretamente com aspiração constitucional de construção de um Estado de Bem-estar Social.

No contexto deste conflito, a efetivação do direito à saúde passou por algumas mudanças legislativas, sempre no intuito de se tentar forçar o Estado a realizar maiores investimentos. Diante da crise econômica, no entanto, aprovou-se a emenda constitucional nº 95, que propõe uma limitação aos gastos públicos, que somente serão atualizados com base no índice inflacionário.

Ao se aplicar a regra da proporcionalidade, observou-se que a limitação dos gastos estava inserida dentro de um propósito adequado, que era o de reequilibrar as contas públicas e servir de fator para a retomada do crescimento econômico. Verificou-se também, que havia conexão racional entre a medida proposta e o fim a que ela pretendia alcançar. De igual modo, a implementação do teto de gastos, também passou pelo teste da necessidade, não se vislumbrando com os critérios de análise então empregados, alternativas mais eficientes.

Quando da realização do teste da proporcionalidade em sentido estrito, todavia, ao se comparar a importância social marginal de se cumprir o propósito pretendido pelo interesse público e a importância social marginal de se prevenir o dano ao direito constitucional à saúde, constatou-se como problema central a questão da probabilidade.

Conforme os dados analisados, ficou demonstrado que o teto de gastos possui pouca probabilidade de realmente alcançar o cumprimento do propósito estatal, ao passo que possui grande probabilidade de ocasionar um moderado prejuízo ao direito à saúde.

A retomada das alternativas que foram levantadas no exame da necessidade, serviu para o reforço argumentativo da proporcionalidade, a partir da comparação entre a proposta original e duas alternativas.

Diante da análise comparativa, restou caracterizado que ao se abandonar a proposta original e se adotar a alternativa de suspensão e auditoria da dívida pública brasileira, haveria um aumento dos benefícios em direção ao cumprimento do propósito pretendido, e, por outro lado, uma redução dos prejuízos ao direito à saúde.

Do mesmo modo, verificou-se que ao se abandonar a proposta original e considerando a alternativa da regulamentação do imposto sobre grandes fortunas, também haveria aumento de benefícios e redução de prejuízos.

Com a aplicação da regra da proporcionalidade, foi possível constatar que não é proporcional, no âmbito das leis orçamentárias, portanto, no nível

subconstitucional, a implementação de um teto de gastos ao direito à saúde. O teste da proporcionalidade em sentido estrito, demonstrou que a imposição de um teto de gastos com a saúde, não justificativa o propósito de reequilíbrio orçamentário e como fator de retorno ao crescimento econômico.

As vantagens observadas com a adoção das medidas alternativas apontam um possível caminho para que o Estado consiga ancançar o cumprimento de seu propósito sem prejudicar o constitucional direito à saúde. Mas, independentemente da opção ou não pelas alternativas apontadas, importa ressaltar que no âmbito do papel seja do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, o direito constitucional à saúde deverá obter um tratamento de precedência em relação à imposição de limites orçamentários.

Com base nos elementos obtidos por meio da regra da proporcionalidade, é possível também argumentar, a partir dos parâmetros constitucionais brasileiros, que a própria emenda nº 95 é inconstitucional. Esta conclusão quanto à validade da emenda, apesar de estar hierarquicamente no mesmo patamar das demais normas constitucionais, somente é possível pelo fato da mesma advir do poder constituinte derivado, cuja presunção de constitucionalidade é relativa, podendo ser considerada inconstitucional se violar algum direito constitucional, como, no caso, o direito à saúde.

## REFERÊNCIAS

AUDITORIA CIDADÃ. **Consulta Nacional sobre Reformas e Auditoria da Dívida**. Brasília: 2017. Disponível em <  
<http://www.auditoriacidada.org.br/blog/2017/05/31/panfleto-explicativo-consulta-nacional/>> Acesso em 12.06.2017

\_\_\_\_\_. **Dividômetro**. Brasília: 2016. Disponível em <  
<http://www.auditoriacidada.org.br/> > Acesso em 02.03.2016

\_\_\_\_\_. **Verdades e mentiras sobre a dívida pública**. Brasília: 2014. Disponível em <  
<http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2014/11/Verdades-e-mentiras-sobre-a-divida.pdf>>. Acesso em 06.01.2016

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. In: **Revista dos Tribunais**: 100 Anos – Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. Vol 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. La fórmula del peso. In: Carbonell, Miguel (Org.). **Argumentación Jurídica**: El Juicio de Ponderación y El Principio de Proporcionalidad. México: Editorial Porrúa, 2011.

\_\_\_\_\_. Rights and Liberties as Concepts. In: ROSENFELD, Michael (ed.); SAJO, András (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p 284-294

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARRIGHI, Giovanni. **O longo Século XX**. Tradução Vera Ribeiro. 9ª reimp. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013.

AUERBACH, A.; GORODNICHENKO, Y. Fiscal Multipliers in Recession and Expansion. In: GIAVAZZI, Francesco; ALESINA, Alberto (ed). **Fiscal Policy after the Financial Crisis**. Chicago: University of Chicago Press, 2013. p 63-98. Disponível em: <  
<http://www.nber.org/chapters/c12634.pdf>> Acesso em 11.07.2017.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Measuring the output responses to fiscal policy. In: **NBER Working Papers**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2011. Disponível em: <  
<http://www.nber.org/papers/w16311.pdf>> Acesso em 11.08.2016.

AVELÃS NUNES, Antônio José de. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin. 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARAK, Aharon. **Proportionality**: Constitutional Rights and Their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BASTOS, Elísio. Algumas Reflexões sobre os Direitos Humanos e suas Gerações. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 908. Brasil: Revista do Tribunais 2011, p. 174-201.

BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. **Consenso de Washington**: a visão neoliberal dos problemas latinoamericanos. 1994. Disponível em <[http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq\\_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf](http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/nogueira94/nog94-cons-washn.pdf)> Acesso em 03 de abril de 2016.

BELUZZO, Luiz Gonzaga. **Os antecedentes da tormenta**: origens da crise global. Campinas: UNESP. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 96/2017. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 10.07.2017

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 12 setembro 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 12.12.2016

\_\_\_\_\_. Tesouro Nacional. **Resultado do Tesouro Nacional - 2016**. Brasília: 2017. Disponível em <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/246449/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-RTN+Abr+2017.pdf/c5b0f7bb-7c4a-4962-9a34-9efbcb5d19c2>> Acesso em 04.07.2017

BUCHANAN, John; MCLAUGHLIN, Lucilla. Revenue Administration: Implementing a High-Wealth Individual Compliance Program. In: **International Monetary Fund – Technical Notes and Manuals**. Washington: IMF, 2017. Disponível em <<https://www.imf.org/en/Publications/TNM/Issues/2017/05/04/Revenue-Administration-Implementing-a-High-Wealth-Individual-Compliance-Program-44805>> Acesso em 02.08.2017.

\_\_\_\_\_. **CPI da Dívida Pública**: Relatório Final. Brasília: 2010. Disponível em: <<http://www.dividaauditoriacidada.org.br/config/Votoemseparadopdf.pdf/download>>. Acesso em 01.03.2016.

\_\_\_\_\_. **CPI da Dívida Pública**: Voto em separado. Brasília: 2010. Disponível em: <<http://www.dividaauditoriacidada.org.br/config/Votoemseparadopdf.pdf/download>>. Acesso em 01.03.2016

CARVALHO JR, Pedro. As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional. In: **IPEA – Nota Técnica**. Rio de Janeiro: IPEA, 2011. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/111230\\_notatecnica\\_dante7.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnica_dante7.pdf)> Acesso em 11.06.2017.

CONGRESSO NACIONAL. **CPI da Dívida Externa: Relatório Final**. 1989. Disponível em: <<http://www.divida-auditoriacidada.org.br/documentos>>. Acesso em: 18.04.2016.

CRUZ, Sebastião Carlos Velasco e. **Trajetórias: capitalismo neoliberal e reformas econômicas nos países da periferia**. São Paulo: UNESP, 2007

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

FATTORELLI, Maria Lúcia. **Auditoria Cidadã da Dívida: uma experiência brasileira**. Caracas: 2006. Disponível em: <[http://www.oid-ido.org/IMG/pdf/Fattorelli\\_Carneiro\\_Maria\\_Lucia\\_Auditoria\\_Cidada\\_da\\_Divida\\_Uma\\_Experiencia\\_Brasileira\\_.pdf](http://www.oid-ido.org/IMG/pdf/Fattorelli_Carneiro_Maria_Lucia_Auditoria_Cidada_da_Divida_Uma_Experiencia_Brasileira_.pdf)>. Acesso em 08.04.2016.

FATTORELLI, Maria Lúcia; ÁVILA, Rodrigo. **Gastos com a Dívida Pública em 2014 superaram 45% do Orçamento Federal Executado**. Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.auditoriacidada.org.br/e-por-direitos-auditoria-da-divida-ja-confira-o-grafico-do-orcamento-de-2012/>> Acesso em 07.01.2015

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Equador: Auditoria garante resultados positivos ao país**. Brasília, 2009. Disponível em <<http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2012/08/EQUADOR-auditoria-resultados-positivos.pdf>> Acesso em 30.01.2016

FREITAS, Ney José. Globalização, neoliberalismo e direito do trabalho. In: **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004.

GENRO, Luciana. **Entrevista: Luciana Genro quer conter inflação a partir de preços controlados: depoimento**. [26 de setembro, 2014]. Brasília. Entrevista concedida à Agência Brasil. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-09/entrevista-luciana-genro-quer-conter-inflacao-a-partir-de-precos-controlados>> Acesso em 20.07.2017

GONÇALVES, R.; POMAR, V. **O Brasil endividado**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Coast of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Co., 1999

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Brazil**: staff report for the 2016 article IV consultation. Washington: IMF, 2016. Disponível em <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2016/cr16348.pdf>> Acesso em 08.01.2017

\_\_\_\_\_. **Commodity Market Monthly**. Washington: IMF, 2017. Disponível em <<http://www.imf.org/external/np/res/commo/pdf/monthly/060917.pdf>> Acesso em 25.06.2017

\_\_\_\_\_. **IMFC Statement by Henrique de Campos Meirelles, Minister of Finance Brazil.** Washington: IMF, 2016. Disponível em <<https://www.imf.org/External/AM/2016/imfc/statement/eng/bra.pdf>> Acesso em 08.01.2017

KHAIR, Amir. "Imposto sobre grandes fortunas renderia 100 bilhões por ano": depoimento. [3 de maio, 2015]. **Carta Capital.** São Paulo. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/economia/imposto-sobre-grandes-fortunas-renderia-100-bilhoes-por-ano-1096.html>> Acesso em 20.07.2017

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

LIMA, Abili Lázaro Castro. Globalização econômica e crise dos estados nacionais. In: **Repensando a teoria do Estado.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

LI, Minqi. **China and the Twenty-first-Century Crisis.** London: Plutopress, 2016.

MENDES, Marcos. **A PEC 241/2016 e a Saúde.** Brasil: Ministério da Fazenda, 2016. Disponível em <[http://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2016/05/1.-a-Apresentac%CC%A7a%CC%83o\\_PEC\\_241.pdf](http://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2016/05/1.-a-Apresentac%CC%A7a%CC%83o_PEC_241.pdf)> Acesso em 21.07.2017

\_\_\_\_\_. **O teto de gastos e a proteção aos pobres.** Brasil, 2016. Disponível em <<http://fazenda.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/2016/o-teto-de-gastos-e-a-protecao-aos-pobres>> Acesso em 21.07.2017

ORAIR, Rodrigo O. **Desonerações em alta com rigidez da carga tributária: o que explica o paradoxo do decênio 2005-2014?** In: *IPEA – Texto para Discussão*, nº 2117 Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_m2117.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_m2117.pdf)> Acesso em 11.09.2016

\_\_\_\_\_. et al. **Política Fiscal e Ciclo Econômico: uma análise baseada em multiplicadores do gasto público.** Brasília: Tesouro Nacional, 2016. Disponível em <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/558095/2o-lugar-rodrigo-octavio-orair-086.pdf/ff2dc598-149a-419d-b95f-fb6e54e10d4f>> Acesso em 19.07.2017

OSTRY, Jonathan D. et al. Neoliberalism: oversold? In: **Finance & Development.** Washington: IMF. June, 2016. Disponível em <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/pdf/ostry.pdf> > Acesso em 02.08.2016

PIOLA, Sérgio F. et al. Financiamento Público da Saúde: uma história à procura de rumo. In: **IPEA – Texto para Discussão.** Nº 1846 Rio de Janeiro: IPEA, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=19113](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=19113)> Acesso em 09.09.2016

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução: Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIOVESAN, Flavia. Impacto da Dívida Pública na implementação do Direitos Sociais. In: **AUDITORIA CIDADÃ**. Análise Preliminar nº 6 – Dívida Interna. Brasília: 2010, p. 28-39. Disponível em <<http://www.auditoriacidada.org.br/blog/2016/08/15/analise-preliminar-6-divida-interna/>> Acesso em 22.06.2016

PIRES, M. C. C. . Controvérsias recentes sobre multiplicaões fiscais. In: **Multiplicadores Fiscais no Brasil**. Brasília, 2012, v. 1, p. 9-23.

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: as origens da nossa época**. Tradução por Fanny Wrobel. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PORAT, Iddo. Some Critical thoughts on proportionality. In: SARTOR, Giovanni; BONGIOVANI, Giorgio; VALENTINI, Chiara (ed). **Reasonableness and Law**. Law and Philosophy Library. Dordrecht, Heildeberg, London e New York: Springer, Vol 86, 2009.

\_\_\_\_\_. The Use of Foreign Law in Israeli Constitutional Adjudication. In: SAPIR, Gideon; BARAK-EREZ, Daphne; BARAK, Aharon (org). **Israeli Constitutional Law in the making**. Hart Studies in Comparative Public Law. Oxford e Portland, Vol 2: 2013.

PORTAL BRASIL. **Levy anuncia medidas tributárias para elevar arrecadação em R\$ 20,6 bilhões**. Brasília: 2015. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/01/levy-anuncia-medidas-tributarias-para-elevar-arrecadacao-em-r-20-6-bilhoes>> Acesso em 30.01.2016

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de La ponderación. CARBONELL, Miguel (Org.). **Argumentación Jurídica: El Juício de Ponderación y El Principio de Proporcionalidad**. México: Editorial Porrúa: 2011. p. 27-50

ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado, Democracia e Globalização**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. **Revista da Ajuris**, ano XXXII, nº 98, 2005. Disponível em: <<http://www.grupoddp.com.br/resources/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20e%20Proporcionalidade%20-%20Ingo%20Sarlet.pdf> > Acesso em 22.06.2016.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality. In: ROSENFELD, Michael (ed.); SAJO, Andrés (ed.), **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 719-733.

SILVA, Anderson Caputo (org.) et al. **Dívida Pública: a experiência brasileira**. Brasília: Tesouro Nacional, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p 363-380.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

STIGLITZ, Joseph E. **El malestar en la globalización**. Buenos Aires: Santinalla Ediciones Generales, 2002

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Ano XXXII, nº 97, 2005. Disponível em: < [http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos\\_noticias/untermassverbot.pdf](http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/untermassverbot.pdf) > Acesso em 25.06.2016.

STUCKLER, David; BASU, Sanjay. **The body economic: why austerity kills**. New York: Basic Books, 2013.

VIEIRA, Fabiola e BENEVIDES, Rodrigo. Os Impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. In: **IPEA – Nota técnica**, nº 28. Brasília: IPEA, 2016a. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&id=28589](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589)> Acesso em 20.05.2017

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. In: **Revista de Estudos & Pesquisas sobre as Américas**. Vol. 10. nº 3. Brasília: UNB, 2016b. Disponível em < <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/21860> > Acesso em 20.05.2017

ZAHLOUTH BASTOS, Pedro Paulo; BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Uma crítica aos pressupostos do ajuste econômico. **Folha de São Paulo**. 09 de set de 2016. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2016/10/1820798-uma-critica-aos-pressupostos-do-ajuste-economico.shtml> > Acesso em 11 de dez de 2016.

ZAHLOUTH BASTOS, Pedro Paulo et al. **Há uma recuperação sustentada da economia brasileira? O PIB de 2017 e o peso da austeridade**. Campinas: CECON/UNICAMP, 2017. Disponível em < <http://www.eco.unicamp.br/cecon/images/arquivos/Nota-CECON-2.pdf> > Acesso em 29.07.2017