

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 348, DE 2017

Inclui os Cuidados de Longa Duração entre os direitos que compõem a Seguridade Social.

Autora: Deputada FLÁVIA MORAIS e outros.

Relator: Deputado POMPEO DE MATTOS

VOTO EM SEPARADO DEPUTADO GILSON MARQUES

I – RELATÓRIO

Trata-se de proposta de emenda à Constituição, de autoria da nobre deputada Flávia Moraes, que pretende alterar a Constituição Federal, para incluir os “Cuidados de Longa Duração” entre os direitos que compõem a Seguridade Social, e dá outras providências.

Na justificativa, a autora considera que “a inclusão desse direito constitucional, junto aos direitos à saúde, à previdência social e à assistência social, amplia a proteção social brasileira”.

A matéria foi distribuída a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, à qual compete, ao teor dos arts. 32, III, "b", e 202, caput, do Regimento Interno, pronunciar-se, preliminarmente, quanto à sua admissibilidade, apreciando os aspectos de constitucionalidade, regimentalidade, juridicidade e técnica legislativa.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

A Proposta de emenda à Constituição encontra-se na fase de apreciação dos requisitos de admissibilidade e, sendo assim, não se cuida de analisar o mérito.

Os requisitos de admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição são os previstos no art. 60, I, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal, e no art. 201, I e II, do Regimento Interno.

A proposta em epígrafe afronta cláusula pétrea inserta na Constituição Federal, visto que viola a forma federal de Estado, e a separação dos Poderes, e atenta contra aspectos constitucionais e jurídicos pertinentes, que impedem a sua livre tramitação neste Colegiado, conforme veremos.

A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e a assistência social. Esta será prestada a quem dela necessitar. Tem por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, **a velhice**, às crianças e adolescentes carentes.

Conforme determina a proposição, “os cuidados de longa duração serão prestados às pessoas com **perda de autonomia funcional que se encontrem em situação de dependência para o exercício de atividades da vida diária**”.

Nota-se que a autora enfatiza, especialmente, o envelhecimento da população, as necessidades impostas pela velhice deixando claro ser este o foco da proposta.

Entendo que um cidadão perde a autonomia funcional em decorrência da velhice, de uma deficiência, ou quando sofre acidentes de trabalho, de veículos, doenças incapacitantes, situações essas já beneficiadas no âmbito da Saúde, Previdência Social e, Assistência Social.

No âmbito da saúde, a Coordenação de Saúde da Pessoa Idosa do Ministério da Saúde é responsável pela implementação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, normatizada pela Portaria GM/MS nº 2.528, de 19 de outubro de 2006). Nesse contexto, a política tem como principais diretrizes: envelhecimento ativo e saudável; atenção integral e integrada à saúde da pessoa idosa; estímulo às ações intersetoriais; fortalecimento do controle social; garantia de orçamento; incentivo a estudos; pesquisas.

Ora, estamos falando de “cuidados de longa duração”.

No que diz respeito à Previdência, o idoso que contribuiu durante o período em que trabalhou na vida adulta, terá direito, por exemplo, a aposentadoria por invalidez caso tenha a sua saúde comprometida nos casos de perda da autonomia funcional.

Mesmo aqueles idosos que nunca contribuíram, são atendidos no âmbito da assistência social que lhes garante o BPC (benefício de prestação continuada) para o seu bem estar. Conforme dispõe o art. 203 da Constituição Federal, a assistência social é responsável pela: a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (inciso IV); garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (inciso V).

Assim, além de inócua, a proposta dá margem a distorções em sua interpretação já que a perda da “autonomia funcional” pode ocorrer com qualquer cidadão brasileiro, independente da condição social. Hoje, os benefícios assistências são concedidos, apenas, a quem deles necessitar no sentido, claramente, financeiro. Ou seja, os benefícios sociais alcançam os mais necessitados, a população carente.

O alargamento da assistência social significa mais custos e menos direitos para aqueles cidadãos que realmente precisam da ajuda do Estado.

O Brasil envelhece de forma rápida e intensa. Segundo o IBGE, a população idosa brasileira é composta por 29.374 milhões de pessoas, totalizando 14,3% da população total do país.

Sabemos que todas as pessoas idosas precisam de “cuidados de longa duração”, logo o Estado terá que atender a 14,3% da população brasileira, entre eles, ricos e pobres.

Não é justo nem razoável que assim o seja.

Penso que a discussão dessa PEC é o momento oportuno para refletirmos acerca dos números que envolvem a Seguridade Social e a eficiência dos gastos públicos na área da saúde, previdência e assistência social.

No *ranking* anual de eficiência de sistemas nacionais de saúde, editado pela agência de notícias de negócios *Bloomberg*, o Brasil aparece consistentemente entre os últimos colocados (desde 2008). Como qualquer indicador de eficiência econômica, o *ranking* compara medidas de benefícios gerados com o custo de prover os serviços. Em linhas gerais, o *ranking* compara a expectativa de vida com o custo local do sistema de saúde.

Na lista de 55 países analisados em 2015, o Brasil ocupa a última posição. Como se trata de *ranking* de eficiência, a posição do Brasil no *ranking* significa que o país gasta muito com saúde, mas entrega pouco. O custo da saúde no Brasil é comparável ao de países da Europa Ocidental. Gastamos em torno de 9% do PIB, número próximo ao de países como Noruega, Suécia e Reino Unido. O outro fator de custo utilizado pelo *ranking* é a comparação do gasto em dólares *per capita* com saúde. Mesmo com a depreciação cambial recente, o Brasil gasta bastante no setor. Por esse indicador, o gasto brasileiro se aproxima ao de países da Europa Oriental (Rússia, Hungria e República Tcheca) e da América do Sul (Argentina e Chile), que gastam cerca de 1000 dólares per capita.¹

Em relação ao gasto social, a Previdência responde por cerca de 51,28% Da despesa primária, segundo dados de 2018. A segunda maior despesa é com Saúde (9,26%), seguida de Assistência Social (6,8%). Menos relevantes, em termos

¹ <https://economiadeservicos.com/2016/02/25/brasil-possui-o-sistema-de-saude-mais-ineficiente-do-mundo/>

orçamentários, estão, por exemplo, as áreas de saneamento (0,08%) e gestão do meio ambiente (0,3%).²

Os gastos com Assistência Social e Trabalho também tiveram crescimento significativo nos últimos dez anos. No primeiro caso, houve um crescimento real de 89% no período. Os gastos assistenciais representam cerca de um quinto do gasto social (exceto Previdência). No caso de Trabalho – composto basicamente das despesas com seguro desemprego, abono salarial e financiamentos ao setor produtivo com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) –, os gastos cresceram 109%, também representando atualmente cerca de um quinto do gasto social.³

Os gastos com Assistência Social, no âmbito da União, são compostos basicamente pelo programa Bolsa Família e pelo Benefício de Prestação Continuada (BPC). Em 2017, o gasto assistencial total foi de R\$ 83,8 bilhões, R\$ 28,1 bilhões (33,5%) para o Bolsa Família e R\$ 50,4 bilhões (60,3%) para o BPC. Em 2007, o gasto assistencial havia sido de R\$ 44,4 bilhões, evidenciando um crescimento real de 89% nos últimos dez anos. Esse avanço, em termos relativos, foi mais proeminente no caso do Bolsa Família, que teve sua despesa aumentada em cerca de 200% no período. Vale notar, ainda, o crescimento mais acentuado, desde 2015, do BPC por invalidez relativamente ao BPC por idade.⁴

O orçamento atualizado de 2019 da assistência social soma 92,36 bilhões.⁵

A projeção da quantidade de benefícios apresenta uma trajetória de crescimento ao longo do tempo. A projeção inicia no ano 2002 com 1,41 milhões de benefícios de amparo assistencial ao idoso e ao portador de deficiência, chegando a 2,84 milhões de benefícios em 2021.⁶

A Previdência Social registrou déficit de R\$ 195,2 bilhões em 2018, um aumento de 7% em relação a 2017. A despesa com benefícios cresceu 5,2% e fechou o ano em R\$ 586,4 bilhões. A arrecadação, por sua vez, subiu 4,4%, somando R\$ 391,2 bilhões. Os valores são nominais, isto é, não consideram a inflação do período. Veja aqui a apresentação completa do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) de 2018. Em valores corrigidos pela inflação, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) de dezembro de 2018, o déficit acumulado pela Previdência, no ano passado, foi de R\$ 197,8 bilhões – acréscimo de 4% em relação a 2017. A despesa totalizou R\$ 594 bilhões, e a arrecadação, R\$ 396,2 bilhões.⁷

Esses números explicam porque a Saúde é ineficiente, a Previdência deficitária e a Assistência Social insuficiente.

O Estado brasileiro não tem recursos suficientes, nem estrutura organizada para suportar o crescimento dos benefícios concedidos no âmbito da Seguridade Social. A

²Fonte: Tesouro Nacional - <http://www.tesourotransparente.gov.br/temas/estatisticas-fiscais-e-transparencia/informacoes-e-publicacoes-de-gastos-da-uniao>)

³ Fonte: Instituição Fiscal Independente – Relatório de acompanhamento fiscal – setembro/2017

⁴ Ibidem

⁵ <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/08-assistencia-social?ano=2019>

⁶ Ibidem

⁷ <http://www.previdencia.gov.br/2019/01/previdencia-social-teve-deficit-de-r-1952-bilhoes-em-2018/>

conta não fecha e, pior, se reformas estruturantes não forem realizadas em breve, a tendência é caminhar para o colapso da Seguridade Social.

É ingenuidade achar que a criação de direitos sociais não tem custo. Como já dizia Milton Friedman, “*There is no free lunch*”, traduzindo, “não existe almoço grátis”. Uma hora a conta chega e quem pagará por ela são os mais pobres.

Nesse contexto, merece destaque as lições dos consagrados professores norte-americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein, autores da obra emblemática *The Cost of Rights — Why liberty depend on Taxes*, traduzindo, “Os Custos dos Direitos — Por que a liberdade depende dos tributos”, lançada em 2000, sem tradução para o idioma português.

Para Holmes e Sunstein “direitos são serviços públicos que o Governo presta em troca de tributos”.

O livro é dividido em sete partes. A introdução sumariza observações relativas a algum senso comum, no sentido de que titularidade e fruição de direitos são realidades convergentes (*Common sense about rights*).

No primeiro capítulo do livro os autores argumentam que um Estado sem recursos não teria como proteger direitos (*Why a penniless State cannot protect rights*). A parte seguinte trata da impossibilidade de que direitos sejam absolutos (*Why rights cannot be absolute*). Em seguida os autores discorrem sobre o fato de que direitos demandam responsabilidades (*Why rights entail responsibilities*).

Na quarta parte os autores exploram o tema da compreensão dos direitos como barganhas (*Understanding rights as bargains*). A sessão conclusiva explora a natureza pública das liberdades privadas (*The public character of private freedoms*). Um apêndice, com indicativos dos custos de alguns direitos nos Estados Unidos.

O argumento central do livro é o de que “direitos custam dinheiro”; e que “direitos não podem ser protegidos sem apoio e fundos públicos”. Holmes e Sunstein tratam dos custos enquanto custos orçamentários.

Nesse sentido pragmático, prosseguem Holmes e Sunstein, “um interesse é qualificado como um direito quando um sistema jurídico efetivo o reconhece como tal, mediante o uso de recursos coletivos para defendê-lo”. “Direitos têm dentes, isto é, não são inofensivos ou inocentes”. Pode-se motejar que direitos desprovidos de eficácia ensejariam mero banguelismo jurídico.

Insistem os autores que um “direito existe, tão somente, quando pode se revelar seus custos orçamentários”. O poder de invocar a aplicação de uma norma seria aferido pelos custos orçamentários que a aplicação da regra possa exigir. A alocação de recursos, ao fim, é o que permitiria a integração entre a regra jurídica e seu titular.

Holmes e Sunstein argumentam também que há diferenças entre valor “liberdade” e o valor “da liberdade”. Isto é, liberdades de nada valem se o interessado não tenha recursos para torná-las efetivas. Direitos individuais, assim, seriam bens públicos.

Os autores reconhecem que o problema metodológico que se deve enfrentar, refere-se à dificuldade que se tem no cálculo dos custos dos direitos que o Governo se obriga a garantir. “O Direito não é um toque de Midas que nos confere a redenção”.⁸

“Por fim, invocam, ainda que indiretamente, o tema da ‘reserva do possível’, do ponto de vista estruturalmente orçamentário, assunto estudado por autores muito importantes no Brasil, a exemplo do professor Fernando Facury Scaff, conforme veremos.

“Reserva do possível” é um conceito jurídico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais. Cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas disponibilidades econômicas. O mesmo deve valer para as escolhas políticas.

É fato, não há recursos disponíveis para todas as necessidades em termos de saúde pública, previdência e assistência social. Não existem direitos sem custos para sua efetivação. Não se trata aqui apenas dos direitos sociais, mas de todo e qualquer direito, fundamental ou não.

Fernando Facury Scaff ensina que a expressão dos economistas “restrição orçamentária” a qual foi trazida para o direito pelo Tribunal Constitucional Alemão, com o nome de reserva do possível, significa que **todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com as exigências de harmonização econômica geral**, havendo em tal regra uma limitação fática, sobre a qual decidiu o Tribunal Alemão: “(...) reserva do possível, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral”.⁹

A lei orçamentária é que determina como serão feitos os gastos públicos, inclusive no que tange aos direitos sociais, não adiantando falar de direitos sem considerar os recursos financeiros.¹⁰

Conforme leciona o professor Régis Fernandes de Oliveira, um dos maiores doutrinadores do direito financeiro contemporâneo, “as necessidades são ilimitadas e infinitas. Diante de assunção, pelo Estado, de inúmeras atribuições que se verifica pela análise da Constituição. O agente público deve indicar onde alocará os recursos disponíveis. **Não tem como atender a tudo e a todos**”.¹¹

⁸ FLORES, Rodrigo Gomes. Resenha da obra: “O custo dos direitos - por que a liberdade depende dos impostos”. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4641, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38623>. Acesso em: 3 out. 2019

⁹ SCAFF, Fernando Facury. “Orçamento público, direitos sociais e escolhas políticas ou reserva do possível e escolhas trágicas na implementação dos direitos sociais”, São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2012, pág. 22 e ss

¹⁰ Ibidem

¹¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. “Gastos Públicos”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 123

A matéria também foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal, que considera e pondera a existência do custo do direito, em especial, em relação à prestação da saúde. Destaca a importância das limitações orçamentárias como um elemento a ser considerado.

Cito abaixo parte da decisão do relator, Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário n. 642536, julgado pela Primeira Turma.

“(…) As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da **necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível”** (Vorbehalt des Möglichen). Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que **todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos**, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir das perspectivas das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999). A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível (…)¹²”.

Nesse sentido, também se manifestou o Ministro Luis Roberto Barroso, da Suprema Corte. “É necessário que as despesas sejam adequadas aos recursos disponíveis. O poder público não foge a esta regra para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Assim, **prestações estatais demandam recursos**”.¹³

O direito à seguridade social possui custos ao Tesouro. Ocorre que, o Estado é, por definição, deficitário, e os recursos “públicos” são provenientes de tributos pagos pelos contribuintes. Ou seja, todos nós financiamos o Estado.

Para o economista George Joseph Stigler, vencedor do Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel de 1982, “o Estado é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda atividade econômica da sociedade, pois o Estado detém um poder que nem o mais poderoso dos cidadãos tem: coagir. Por meio da tributação, o

¹²<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+642536%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ayt3qnb>

¹³ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 03 de outubro de 2019

Estado determina quem será beneficiado ou prejudicado com suas ações, afetando necessariamente as decisões de todos”.¹⁴

Um dos precursores da análise econômica do Direito, o economista britânico Ronald Coase, assim dizia: **“O custo de exercer um direito é sempre a perda sofrida em outro lugar em consequência do exercício desse direito”**.¹⁵

Segue afirmando que “seria claramente desejável se as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o ganho gerado valesse mais do que a perda sofrida. Mas, ao se escolher entre arranjos sociais em um contexto no qual as decisões individuais são tomadas, temos que ter em mente que uma mudança no sistema existente, a qual levará a uma melhora de algumas decisões, pode muito bem levar a uma piora em outras. Além disso, tem-se que levar em conta os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja o trabalho de um mercado ou de um departamento de um governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais devemos atentar para o efeito total”.¹⁶

Enfim, é preciso compreender que a concessão de prestações sociais a determinados indivíduos tem reflexos orçamentários, conforme a ordem jurídico-constitucional brasileira.

Outra questão que merece atenção na proposta em análise, diz respeito à criação de uma obrigação futura (contribuição social) para os beneficiários, que participariam do “cofinanciamento das ações, serviços e benefícios do sistema único de cuidados de longa duração”.

Ocorre que “compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts” 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.¹⁷

Assim determinou o legislador constituinte ao estabelecer as competências tributárias na Constituição Federal. O poder constituinte derivado reformador, ainda que por meio de PEC, não pode alterar a competência tributária, compreendida como a aptidão para criar normas jurídicas que, direta ou indiretamente, disponham sobre a instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos.

A alteração de competência tributária de uma unidade federativa para outra viola os preceitos da federação, insculpida ao status de cláusula pétrea. O efeito da modificação de competência tributária, conforme pretendido pela autora, afeta a autonomia financeira dos Entes envolvidos.

¹⁴ STIGLER, George. “Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano”. Coordenação de Paulo Mattos, São Paulo: Ed. 34, 2004, pp. 23-25

¹⁵ COASE, Ronald H. “The Federal Communications Commission,” J. Law and Econ., II (1959), in “ O problema do custo social”. In: Revista de Direito Público da Economia. Ano 1, nº 1. Jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 190

¹⁶ Ibidem

¹⁷ Art. 149, da CF

As emendas constitucionais precisam observar algumas limitações materiais para que se preservem valores que o constituinte originário erigiu ao nível de cláusulas pétreas.

Nesse sentido, é o entendimento do professor Roque Carrazza. “A competência tributária tem como características o fato de ser indelegável, intransferível e irrenunciável. Não pode um Ente político, por meio de lei ordinária, delegar ou transferir sua competência tributária para outro Ente político, já que quem conferiu a sua competência foi a Constituição. É irrenunciável no sentido de que o não exercício da sua competência tributária não a faz perder, já que o exercício da competência tributária é considerado uma faculdade”.¹⁸

Sendo assim, a alteração proposta é inconstitucional por violar cláusula pétrea.

Ainda assim, em que pese à boa intenção da nobre autora, não há necessidade de alterar a Constituição Federal para incorporar “os cuidados de longa duração” no rol da Seguridade Social, porque eles já estão acobertados pelas ações na área da Saúde e Assistência social, especialmente, no que diz respeito aos idosos.

Assim, com todo o respeito a nobre deputada Flávia Moraes, esta Comissão está, mais uma vez, “chovendo no molhado”, ou seja, legislando o que já está legislado e consolidado pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio.

Ante o exposto, o voto é pela **inadmissibilidade** da Proposta de Emenda à Constituição nº 348, de 2017.

Sala das Comissões, 08 de outubro de 2019.

Deputado GILSON MARQUES (NOVO/SC)

¹⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. “Curso De Direito Constitucional Tributário”, 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, pág. 83