

PARECER 4/2007

Gastos com Ações e Serviços Públicos de Saúde - ASPS. Pedido de Orientação Técnica.

Poder Executivo e cumprimento do percentual de 12% previsto no inciso II do artigo 77 do ADCT. Inclusão, na execução orçamentária referente aos gastos com Ações e Serviços Públicos de Saúde - ASPS - da contribuição patronal ao IPERGS para Assistência Médica e outras despesas.

A exigência constitucional (§§ 2º e 3º do art. 198 e art. 77 do ADCT) de normatização da matéria por Lei Complementar não pode ser preenchida por atos de mera regulamentação, como a Resolução nº 316/2002, (renumerada para 322/2003), do Conselho Nacional de Saúde e Portaria nº 2.047/2002, do Ministério da Saúde, editados pela União para o âmbito federal, tão-somente, razão pela qual não possuem poder normativo de âmbito nacional, vinculante para os demais entes federados (Estados, DF e Municípios), sob pena de afronta à Constituição.

Regularidade da inclusão, como gastos com ASPS, da quota patronal ao IPERGS para Assistência Médica em caráter temporário, até edição de Lei Complementar nacional que defina a matéria, nos termos da Constituição da República.

Orientação firmada pela Procuradoria-Geral do Estado que se adota, de forma parcial e temporária, porquanto consentânea com o texto constitucional.

Sugestão de mudança da orientação em vigor neste Tribunal de Contas, revisável após edição de Lei Complementar nacional.

Análise individuada de outras despesas relativas a diversos projetos e atividades.

O Exmo. Sr. Conselheiro Presidente Dr. Sandro Pires, acolhendo sugestão da Direção-Geral, provocada pela Direção de Controle Externo, determinou a formação do presente Pedido de Orientação Técnica, ora encaminhado à Auditoria para exame e emissão do respectivo parecer, em conformidade com as regras regimentais de seu processamento.

A questão a ser dirimida diz respeito com o procedimento adotado pelo Poder Executivo estadual, no que diz com a inclusão na "execução orçamentária de 2005, dos gastos como sendo Ações e Serviços Públicos de Saúde - ASPS", da contribuição ao IPERGS para Assistência Médica, "bem como outras despesas, em descompasso com a jurisprudência desta Corte".

Foram encaminhadas, para exame da matéria, as Informações nº 09 e 23/2006, cópia da capa e fls. 02 a 34 do Processo nº 45676-1000/05-5.

Manifesta-se nos autos o Serviço de Instrução do Parecer Prévio e Acompanhamento da Gestão Fiscal - SIPAG, da Supervisão de Instrução de Contas Estaduais - SICE, através da Informação nº 09/2006, na qual é afirmado que a inclusão daqueles gastos em Ações e Serviços Públicos de Saúde está fundada em entendimento da Procuradoria-Geral do Estado, declinado em resposta a questionamento da Secretaria da Coordenação e Planejamento - OF.G.SCP nº 343/2005, que solicitara àquele órgão pronunciamento sobre a auto-aplicabilidade do art. 77, II, do ADCT da CF, com a redação dada pela EC nº 29/2000.

Referem, também, que a mesma Secretaria informa ter sido ajuizada Ação Civil Pública, com pedido de liminar, contra o Estado do Rio Grande do Sul, tendo sido negada a tutela antecipada, circunstância que "resguardaria as iniciativas de inclusão dos gastos com o IPE Saúde na proposta orçamentária".

Consignam, ainda, que a Procuradoria-Geral do Estado manifestou-se em Promoção

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

constante do Processo Administrativo nº 45676-1000/05-5, onde firmou orientação no sentido de entender que os gastos com "projetos/atividades indicados na consulta do Senhor Secretário de Estado da Coordenação e Planejamento podem ser considerados como pertinentes ou assimiláveis" como "Ações e Serviços Públicos de Saúde, com o fito de atingir o percentual de 12% (doze por cento) previsto no art. 77, II, do ADCT".

O processo é examinado pela Consultoria Técnica deste Tribunal, através da Informação nº 016/2006, que conclui, em síntese, sobre os diversos aspectos objeto deste Pedido de Orientação Técnica, *in verbis*:

7. Frente a todo o exposto, concluímos que:

a) esta Corte, ao aprovar as Informações nºs 023/2003, 032/2003 e 033/2003, firmou entendimento de que à lei complementar federal, nos termos do que dispõe o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, caberá definir, dentre outros aspectos, quais despesas poderiam ser consideradas como de ações e serviços públicos de saúde, **tendo utilizado, supletivamente, as diretrizes técnicas constantes na Resolução nº 316/2002, renumerada para 322/2003, do Conselho Nacional de Saúde, bem como a Portaria nº 2.047/GM/2002 do Ministério da Saúde, sem adentrar no âmbito da validade de tais normativas. Tal utilização, repetindo, efetuada de forma supletiva, deveu-se ao fato de serem praticamente os únicos elementos normativos oficiais disponíveis para orientar as linhas de atuação deste Tribunal com relação à matéria** (itens 1 e 3, e subitens 1.1, 1.1.1 a 1.1.5 e 1.2); (grifou-se).

b) as despesas para serem consideradas como relativas às ASPS, para efeitos da aplicação do art. 77 do ADCT da Lei Maior, deverão estar vinculadas necessariamente à responsabilidade específica do setor de saúde, integrando programas finalísticos, e atenderem aos princípios da universalidade e gratuidade. Além disso, consoante prevê o inciso I do art. 198 da Carta Federal, as ASPS integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único organizado segundo várias diretrizes, dentre as quais, a que estabelece a descentralização do SUS, com direção única em cada esfera de governo, sendo que a Lei nº 8.080/90, em seu art. 9º, inciso II, regrou que a direção do SUS, no âmbito dos Estados, caberia à respectiva Secretaria da Saúde. A seu turno, o § 3º do citado art. 77 do ADCT, fixa que os recursos, no caso específico, dos Estados, destinados às ASPS, "serão aplicados por meio de Fundo de Saúde" (subitem 1.1.6 e 6.8, e itens 2 e 5);

c) as despesas correspondentes às Atividades 2674 - Assembléia Legislativa; 2016 - Tribunal de Contas; 2940 - Tribunal de Justiça Militar; 2684 - Ministério Público; 2694 - Secretaria da Educação; 6306 - Tribunal de Contas; 6047 - Secretaria da Agricultura e Abastecimento; 5566, 5567, 7091 e 6209 - Secretaria do Trabalho, Cidadania e Assistência Social; 5536, 7095, 7097 e 5537 - Secretaria das Obras Públicas e Saneamento; 5490 - Secretaria da Justiça e Segurança, considerando as descrições postas nas Leis Orçamentárias, por não atenderem aos princípios da universalidade ou da gratuidade, por não se vincularem a programas finalísticos da área da saúde, bem como por não atenderem os demais requisitos postos na letra "b" destas conclusões, não podem ser caracterizadas como despesas com ações e serviços públicos de saúde (subitens 6.1 a 6.7);

d) as despesas relativas à Atividade 6548 - Secretaria do Trabalho, Cidadania e Assistência Social não poderiam ser consideradas como vinculadas às ASPS por não observarem o contido na letra "b" destas conclusões, embora a sua estrita descrição estivesse atendendo ao fator determinante e condicionante da saúde (Lei nº 8.080/90, art. 3º, caput) (subitem 6.9);

e) relativamente às despesas relacionadas à Atividade 8820 - Encargos com inativos da Secretaria da Saúde (no orçamento de 2004, constou como 2693, tendo, no orçamento de 2005, passado ao código 8820), as mesmas podem ser inseridas no conceito de ASPS, eis que o Tribunal Pleno, quando da emissão dos Pareceres Prévios relativos às Contas do Governador do Estado, concernentes aos exercícios de 2003 e 2004, assim entendeu (subitem 6.10);

f) as despesas atinentes à Atividade 2696 - Secretaria da Saúde, que abrange as despesas com as contribuições ao IPE para assistência médica dos servidores lotados na

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

própria Secretária da Saúde deverão ser consideradas para os efeitos dos limites constitucionais, ou seja, são despesas com ASPS, como ocorre com quaisquer outras envolvendo os servidores daquela Pasta (vencimentos e outras vantagens, encargos sociais, etc.) (subitem 6.11).

Estas são as considerações que entendemos pertinentes e que submetemos à sua apreciação.

A seguir, o processo é remetido à análise pela Auditoria, com distribuição à Auditora Substituta firmatária que, em despacho de fls. 80/81, de 12-06-2006, ponderou ao Exmo. Sr. Conselheiro-Presidente a conveniência de sustar-se o andamento do feito enquanto tramitava o julgamento das Contas do Governo de 2005 porquanto, em observância aos prazos regimentais, o processo já estava concluso e seria levado a julgamento em 28-06-2006, de acordo com a orientação em vigor neste Tribunal de Contas, fator impeditivo de qualquer alteração neste sentido, naquele momento processual.

A sugestão foi acolhida pelo Sr. Conselheiro-Presidente, sendo o feito sobrestado, com retorno à Parecerista-Relatora em 04-09-2006, ocasião em que solicitei diversas diligências para instrução do processo, necessárias ao esclarecimento da matéria em exame, a órgãos federais e ao Instituto de Previdência do Estado, as quais, após atendidas e juntadas aos autos às fls. 83 a 131, assim como as solicitações complementares respondidas, por meio eletrônico, pelo Setor de Pessoal desta Corte, viabilizaram, afinal, a análise deste Pedido de Orientação Técnica.

É o relatório.

Como se vê dos autos, a Consultoria Técnica, em sua Informação de nº 016/2006 aborda, com profundidade, a questão em discussão, deixando claro que para sua solução, na falta da disposição legal específica, adotou como normativas a Resolução nº 316/2002, renumerada para 322/2003, do Conselho Nacional de Saúde e a Portaria nº 2.047/GM/2002, do Ministério da Saúde, sem deixar de observar a lacuna legislativa da lei complementar exigida pela Constituição da República para regulamentar as ações e serviços públicos de saúde. Registra, também, que a Resolução nº 322 do CNS é objeto da ADIn nº 2999-1, com julgamento suspenso por pedido de vista.

Em princípio, e considerando que **não há** qualquer **norma de lei** (em especial de lei complementar, como o requer a Constituição) reguladora da matéria, não é despropositada a posição adotada pela Consultoria Técnica ao adotar referidas normativas como indicadores do que se inclui, ou não, nas ações e serviços de saúde, para cumprimento do percentual constitucional a eles referente.

Todavia, tenho entendimento diverso, *ao menos até que seja promulgada referida legislação*, no que diz com gastos em ações e serviços de saúde prestados pelo IPERGS, bem como outras despesas, à frente elencadas, porquanto, ao consultar-se a Constituição Federal, vê-se sua clara exigência de que caberá à **lei complementar definir o que são ações e serviços públicos de saúde** para fins de cumprimento dos percentuais constitucionais definidos na Emenda à Constituição nº 29, de 13-09-2000, como dispõe o § 3º do artigo 198, cujo inciso III estatui que será lei complementar, a ser reavaliada a cada cinco anos, que estabelecerá as normas de **avaliação**, fiscalização e controle **das despesas com saúde no âmbito de todos os entes da federação**.

Dita lei complementar, no entanto, **ainda não foi editada**, razão pela qual o Ministério da Saúde regulou a matéria, para o âmbito federal, através dos instrumentos infralegais antes mencionados.

Importa ressaltar que a referida *lei complementar*, ainda pendente de edição, trata-se de espécime normativo federal do tipo *nacional*, porquanto vinculante para todo o país dentro de seus limites de *norma geral, norma tipo, norma - quadro* (a exemplo do direito tedesco), cabendo-lhe dispor sobre a definição do tipo legal e sobre princípios reguladores da matéria com natureza de norma não exaustiva, parcial, razão pela qual cabe aos demais entes da federação sua '*atualização concretizante*', na expressão de Canotilho (1), através do exercício da competência legislativa complementar que lhes cabe, nos termos constitucionais, adaptando-a às

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

suas peculiaridades e necessidades específicas.

Somente nesta hipótese, de *lei complementar nacional* jungida aos limites de sua tipologia, ficam os demais entes da Federação submetidos às diretrizes nela postas, configurando a típica situação do *Bundesrecht bricht das Landesrecht* ("Direito Federal prevalece sobre direito estadual" (2)), consagrado no artigo 31 da Lei Fundamental Alemã e adotado por nossa Constituição em seus artigos 23, 24, 25, 29 e 30.

Todavia, a constatação é de *omissão da lei complementar - tipo*, à qual caberá fixar o que deverá ser entendido - e aceito - como despesas com saúde, para fins de composição do percentual constitucional do *Fundo de Saúde*.

Diante da omissão legislativa, tem-se que o tema em análise deverá ser examinado sob o viés do modelo de Estado Federal do Brasil, pactuado na Constituição da República originária como cláusula pétrea, preservada no inciso I do § 4º do artigo 60 da CF e, em consequência, pela análise da repartição de competências substantivas e adjetivas entre as entidades federadas União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A partir desta premissa, e ao contrário do afirmado no Parecer Conjur/Codelegis/VL nº 1970/02, da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (3), juntado às fls. 107 a 131, atos normativos secundários, como Portarias e Resoluções, de tipo *autônomo* (4), porquanto não editados para sua finalidade precípua, que é a de regulamentar dispositivo da lei complementar exigida pela Constituição, não podem "legislar" para os demais entes federados, a saber, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com caráter vinculante e, por isso, impor-lhes obediência, impossibilidade que deflui da inexistência de lei que autorize a regulamentação da matéria.

Pretender que uma Portaria desta natureza tenha "força de vincular os demais agentes públicos dos entes da federação, em face de ser o Ministério da Saúde o órgão central do Sistema Único de Saúde", como o afirma o citado Parecer Conjur nº 1970/02, e que o "ato a ser expedido é daqueles dentro da competência do Ministro de Estado da Saúde, ou seja, o instrumento é a Portaria", a ser editada para "operacionalizar" o disposto no artigo 77 do ADCT, "visando à sistematização de conceitos já presentes em normas infraconstitucionais" - *sic* Parecer, fls. 129/130, é tentar driblar a determinação constitucional, travestindo dita Portaria em "orientação administrativa vinculante dos demais agentes públicos de Estados, DF e Municípios, integrantes do SUS e, desta forma, praticando atentado contra a Constituição porquanto a regulação da matéria, **com efeito vinculante** para todos os entes federados - não apenas a União, para a qual poderá servir como diretriz administrativa, apenas -, **só poderá ser efetuada por lei complementar**, como o exige o § 3º do art. 198 da Carta da República.

Na mesma orientação já decidiu o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul na Ação Civil Pública nº 1.05.2334881-2 proposta pelo Ministério Público Estadual, referente ao exercício 2003, perante a 4ª Vara da Fazenda Pública - 2º Juizado - Foro Central, processo que trata de matéria similar à ora examinada mas referente às Contas do Governo Estadual do exercício 2003 (que decidiu pela procedência da ação mas pendente de recursos), afirmando o *decisum* a impropriedade da Resolução federal para impor-se ao Estado, como se vê *in verbis*:

Ainda que a Resolução do Conselho Nacional de Saúde estipule esclarecimentos conceituais, mormente no que se refere a ações e serviços de saúde, seu conteúdo naturalmente jamais poderá ter força vinculante equiparável à lei. Sua finalidade será sempre de caráter orientador e nunca vinculante, de modo a servir aos órgãos de saúde de todo o país como uma forma geral e uniformizada de postura acerca dos gastos com as verbas destinadas à saúde.

Por isso, as orientações adotadas pelos atos normativos da administração jamais poderão servir como forma de imposição legal, mas sem dúvida servirão - e aqui sua inegável relevância - como forma de orientação padronizada a todos os órgãos federados, meramente auxiliando no desempenho de suas tarefas de gestão, especificamente no caso do Sistema Único de Saúde. - grifou-se. (5)

A inaplicabilidade vinculante daqueles regulamentos federais defluiu ainda, cristalina, do fato de que o fundamento basilar de um Estado do tipo federal, como o nosso, é a igualdade,

entre as unidades federadas que o compõem. Aceitar, propor que a União, por atos normativos infralegais, inclusive, tenha precedência hierárquica sobre Estados, DF e Municípios em matéria legislativa alheia à estreita permissão constitucional (caso das competências legislativas concorrentes elencadas no texto da CF), ou quando a Constituição exige a normatização da matéria por lei complementar, é desconhecer ou tentar ignorar a própria natureza do Estado Federal e o modelo adotado por nossa Constituição.

Não há como admitir que órgãos do Poder Executivo Federal regulem, sem base normativa de lei - qualificada, através de Portarias, Resoluções, etc., questões de quaisquer ordem, da saúde, inclusive, impondo seu cumprimento aos demais entes federados. Isto implica em transformar o Brasil em Estado Unitário, porquanto subordinado à vontade de um único centro emissor de poder - a União - o que é absolutamente vedado pela cláusula de barreira incontornável do § 4º, inciso I, do artigo 60 da Constituição da República.

Estado Federal, como se sabe, é aquele em que o poder não emerge de um único núcleo, como ocorre no Estado Unitário (ainda que este permita delegar poder, com caráter de mera outorga), pois sua característica é justamente a descentralização do Poder do Estado por meio de sua partição entre as unidades federadas na forma que é pactuada pela Constituição Federal.

Ninguém melhor do que Raul Machado Horta, o mestre mineiro que melhor tratou o tema do *federalismo* em nossa doutrina contemporânea, para definir e delinear o modelo federal brasileiro e a forma constitucional da partição de competências entre seus três planos de entes, como se vê *in verbis*:

REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E ESTADO FEDERAL

A repartição de competências é exigência da estrutura federal para assegurar o convívio dos ordenamentos que compõem o Estado Federal.

4. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

É no quadro renovador da repartição de competências do Estado Federal contemporâneo que deve ser localizada a repartição de competências consagrada na Constituição Federal de 1988, promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte. O novo texto constitucional brasileiro superou a concepção clássica da repartição de competências fundada na distribuição de poderes enumerados à União e de poderes reservados aos Estados. Abandonou o retraimento dos textos federais anteriores, que fizeram da legislação concorrente, sob a forma da legislação estadual supletiva e da legislação federal fundamental, uma simples e acanhada sub-repartição de competências dentro do grandioso e esmagador quadro da competência dos poderes federais.

A nova repartição de competências, sem prejuízo dos poderes soberanos e nacionais da União, que foram acrescidos com expressivas atribuições novas, criou o domínio autônomo da legislação concorrente, abastecido com matérias próprias, e não com matérias delocadas da competência legislativa exclusiva da União (.) para que sejam elas objeto da legislação federal de normas gerais e da legislação estadual suplementar (.)

7. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL, E DOS MUNICÍPIOS.

O terceiro plano da repartição de competências da Constituição de 1988 é o da competência comum, que alargou a área de incidência dos titulares, para alcançar os Municípios (art. 23) (.)

Na verdade, a competência comum opera a listagem de obrigações e deveres indeclináveis do Poder Público em relação às instituições - 'zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público (art. 23, I): à saúde e assistência - 'cuidar da saúde assistência públicas (.) art. 23, II (.)

O parágrafo único do art. 23 ampliou consideravelmente os objetivos da competência comum, transformando-a em competência nacional (...) quando dispôs que 'lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar em âmbito nacional'.

(.)

A nova repartição de competências representa uma tentativa para superar o federalismo hegemônico que se implantou na Constituição Federal de 1934 (.)

A desejada convergência do normativo e do real, para assegurar a permanência estável da concepção constitucional, dependerá da comum obediência pela Federação e pelos Estados ao princípio da fidelidade federal, a Bundestreue (6), ao qual a doutrina alemã confere o relevo de princípio central da ordem constitucional federal. - Estudos de Direito Constitucional - Belo Horizonte: Del Rey, 1995, ps. 400 a 422. - grifou-se.

De destacar que o princípio constitucional do Federalismo contém, em si, "a obrigação jurídica da Federação e de todos os seus membros para com a 'conduta federativa amistosa', o que significa que todos os integrantes do Estado Federal "estão obrigados a cooperar de forma correspondente à essência dessa Federação e a contribuir para sua consolidação, para a conservação dos seus interesses e daqueles bem entendidos de seus membros", como define Luis A. Heck, advertindo que

O preceito da conduta federativa põe, em primeiro lugar, um limite ao uso das competências pela Federação e pelos estados. Consoante com ele, deve-se dar atenção, em cada exercício de uma competência por meio da Federação ou dos estados, a que esse exercício pede, ao lado da consideração dos próprios interesses, também a consideração aos interesses restantes do Estado Federal; (.)

Nessa medida, o preceito da conduta federativa amistosa mantém os egoísmos da Federação e dos estados em limites, porquanto eles, em virtude de suas competências concedidas, teriam a liberdade e a possibilidade de realizar irreverentemente as suas próprias concepções e de seguir somente os seus próprios interesses. (7) - grifou-se.

Portanto, e uma vez que no Brasil a saúde é dever de todos os entes federados, tratando-se de matéria pertencente às *competências comuns* (art. 23, inciso II, CF) cabe à União editar as *normas gerais*, as normas-quadro, ficando para os demais entes federados o *poder-dever* de edição de leis que preencham o *tipo geral* de acordo com as necessidades e peculiaridades locais.

Repisa-se que a forma como se procederá ao exercício conjunto entre os entes federados desta competência comum - em que se inclui a saúde - o será pela edição de Lei Complementar, nos termos da Constituição. **Lei complementar**, não Decreto, Regulamento, Portaria, Circular, etc.

Portanto, seja pela exigência do artigo 197, seja pela regra do parágrafo único do artigo 23, **a Constituição** da República **determina que somente lei**, da espécie **complementar**, possa regular estas matérias como *normas gerais*, com força vinculante para todos os planos federados.

Não havendo, como não há, dita **lei complementar de normas gerais** sobre o que se entende como ações e serviços públicos de saúde, para os fins do cumprimento dos percentuais constitucionais a eles referentes, caberá aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios regularem esta matéria seguindo, por óbvio, as normas constitucionais que sobre ela dispõem, até que sobrevenha dita lei complementar *nacional*.

Destarte, como não estão hierarquicamente subordinados ao cumprimento de disposições normativas infralegais federais circunscritas ao ente federado União, do tipo Resolução, Portaria, às quais se pretende dar o *status* de regulações autônomas, até porque esta espécie de norma não existe no ordenamento jurídico brasileiro, as demais unidades federadas seguirão ditas "regras autônomas" se o quiserem, mas não estão nem podem ser obrigados a cumpri-las, sob pena de inconstitucionalidade. Aqui se trata de violação a competências federadas e, também, à hierarquia das leis.

Aliás, esta exigência de respeito à autonomia dos entes federados e à impossibilidade de supremacia da União, exceto nas escassas exceções constitucionais destinadas a regularem a harmônica convivência entre União (8) (representada pelo Poder Executivo Federal) e demais entes da federação, provêm do federalismo norte-americano, do qual copiamos nosso primeiro

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

modelo federal de Estado, de forma que o próprio Madison, no artigo 45 d'O *Federalista* (9) demonstrou ao

Povo americano que a partilha de competências entre a União e os Estados não importaria em aniquilar aos últimos e isso porque, se a União era fundamental para a segurança da população contra ameaças estrangeiras, disputas ente Estados e qualquer forma opressiva às liberdades públicas, não restava motivo para não conceder àquela - União - parcelas de poder para que executasse sua finalidade, de realizar a felicidade do povo (.)

Mas Madison pregou a dupla soberania' (que deve ser lida como autonomia dos entes federados, tendo Madison usado a expressão soberania em razão da forma e das razões do surgimento do Estado Federal norte-americano) com a intenção de tranquilizar a população e, com isto, viabilizar a Constituição para que não vissem na Federação o esmagamento dos Estados-membros pelo União Federal. (grifou-se). A Centralização e a Descentralização do Federalismo Brasileiro . Dissertação de Mestrado em Direito na UFRGS, da autora deste Parecer, 1998, disponível em sua Faculdade de Direito, p. 224.

Apesar de que, lamentavelmente, o modelo federal delineado pela Constituição de 1988, que restaurou a Federação de direito e de fato no Brasil, hoje, está completamente descaracterizada e relegada, praticamente, à condição de mera Federação nominal, como em nossos períodos de Estado ditatorial e, por isso mesmo, centralizador do poder, continua existindo a Constituição da República do Brasil e, nela, ainda constam os dispositivos que distribuem as competências federativas entre União, Estados e Distrito Federal e Municípios, que têm de ser observados, assim como as normas - regras constitucionais que exigem a regulação de matéria por lei do tipo complementar.

Portanto, até que lei complementar editada pela União, de âmbito nacional e de regras gerais, os Estados, DF e Municípios detêm competência para adequarem a compreensão do tipo de ações e serviços de saúde que, observados os regramentos básicos postos na Constituição Federal, melhor atendam às particularidades de suas estruturas, às leis que regulam matérias conexas e o interesse de suas comunidades.

Isto não significa, contudo, que a ausência da lei complementar que especificará, em âmbito nacional, quais as ações incluíveis como de "saúde" para fins de cumprimento dos respectivos percentuais constitucionais, constitua uma *cláusula aberta* que permita à União, aos Estados, DF e Municípios regularem a matéria sem observância dos princípios constitucionais que a regem, de modo que estão jungidos à aplicação, para o caso, dos princípios vetores da ação da administração pública, em especial os da razoabilidade e da proporcionalidade, o que lhes impõe a justificativa, através de sólidos argumentos, das razões da inclusão de determinadas ações como integrantes daquela obrigação constitucional.

Ressalta-se, ainda, e no que diz com a não-vinculação do Estado do Rio Grande do Sul às diretrizes traçadas nas normas infralegais até aqui examinadas, ou seja, Portaria e Circular do Executivo Federal, que às considerações até aqui deduzidas agregam-se aquelas, desta natureza, constantes da "Promoção", lançada pela Procuradoria-Geral do Estado no processo administrativo nº 45676-1000/05-5, da lavra do Procurador do Estado Bruno de Castro Winkler, juntada às fls. 9 a 34, que bem analisa a questão constitucional referente à matéria, bem como alerta para o fato de que, para o exercício financeiro de 2005, do Poder Executivo Estadual, a questão se encontra *sub judice* através da Ação Civil Pública nº 0001/1.05.0551117-0, ajuizada pelo Ministério Público Estadual perante a 4ª Vara da Fazenda Pública, na qual foi indeferida a tutela antecipada solicitada e que, até o momento, aguarda julgamento de mérito.

Assim, e por prudência, recomenda a Procuradoria-Geral do Estado que se aguarde a manifestação definitiva do Poder Judiciário uma vez que há interpretações conflitantes sobre o posicionamento da Administração Estadual, que inclui os gastos com saúde, do Instituto de Previdência do Estado, no cálculo do percentual destinado ao Fundo de Saúde, razão pela qual, e de forma transitória, entende possível a inclusão daqueles gastos para o cumprimento da determinação constitucional (vide conclusão, fl. 34).

Indispensável, também, chamar a atenção para o fato de que matéria similar à ora

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

tratada foi objeto, igualmente, como antes já se noticiou, da Ação Civil Pública nº 1.05.2334881-2, proposta pelo Ministério Público Estadual, referente ao exercício 2003, perante a 4ª Vara da Fazenda Pública - 2º Juizado - Foro Central, sendo julgada, em Primeiro Grau, procedente, conforme decisão de 21-08-2006, sem trânsito em julgado porquanto ainda pendente de recursos "de ofício" e voluntário.

Registra-se que a decisão proferida restringe-se ao exercício 2003 do orçamento do Estado e está fundamentada em decisão deste Tribunal de Contas proferido no julgamento das Contas do Governo do Estado daquele exercício, como se vê da sentença, ao referir:

A título do enfrentamento das preliminares suscitadas na contestação, mister afirmar que não existe a aventada conexão, haja vista que as ações dispõem sobre objetos distintos, já que esta diz respeito à receita de 2003, enquanto a referida trata do ano de 2004.

Por estas razões, afasto o pedido de reunião dos processos para julgamento conjunto.

Quanto ao pedido de produção probatória, a considerar que basicamente a matéria diz respeito a conceitos de ordem jurídica, muito embora invocado o princípio da reserva do possível como forma a justificar a inadequação orçamentária estatal aos parâmetros constitucionais, entendo não ser esta necessária.

De fato, os dados orçamentários deduzidos pelo Ministério Público na inicial são decorrentes do relatório do Tribunal de Contas do Estado, órgão responsável justamente pelo julgamento das contas do Estado, através de auditoria própria, que analisa o respectivo balanço, publicado no órgão oficial pelo próprio demandado.

Nesse contexto, forçoso é concluir que o Estado não vem cumprindo com as vinculações constitucionais estabelecidas para o sistema único de saúde, tal como já constatado inclusive pelas conclusões do Conselheiro-Relator do Tribunal de Contas do Estado (fls. 502/509 do expediente anexo), sendo necessária a adoção de medidas para a observação da ordem jurídica vigente, democraticamente estabelecida, não podendo o Poder Judiciário, uma vez invocado diante de tal afronta constitucional, simplesmente, em nome de uma postura de acomodação política, silenciar ou aceitar justificativas dissociadas do propósito maior e perfeitamente lógico do sistema único de saúde. - grifou-se.

Disto se infere que, se este Tribunal de Contas modificar a orientação vigente com relação ao cálculo dos gastos do Estado com ações e serviços de saúde, para os fins constitucionais, outro poderá ser o enfoque do Poder Judiciário do Estado sobre a matéria, sempre considerando, contudo, a independência constitucional do Judiciário para decidir.

É certo que um dos entraves para considerar os gastos com serviços de saúde efetuados pelo Instituto de Previdência do Estado como integrantes do percentual constitucional devido pelo Estado do Rio Grande do Sul para o Fundo de Saúde, instituído pela EC nº 29/2000, é o fato de que eles não observariam a disposição da Constituição Federal, posta em seu artigo 197, quanto ao "acesso universal igualitário às ações e serviços" para a promoção, proteção e recuperação" da saúde.

A inobservância desta *universalidade* é invocada, também, pelo MM. Magistrado de Primeiro Grau, julgador da Ação Civil Pública referente ao exercício 2003, supra-apontada, uma vez que os serviços de saúde prestados pelo Instituto de Previdência do Estado do RS se direcionam a uma parcela da população gaúcha, compreendendo servidores públicos, seus dependentes e pensionistas, assim como agentes políticos, tanto do Estado quanto de municípios que com ele mantêm convênio para prestação de tais serviços.

Além disso, o MM. Magistrado aduz que não haveria obrigatoriedade de filiação dos servidores públicos com o IPE para prestação de serviços de saúde, circunstância, porém, que não ocorre na realidade, porquanto o servidor público é compulsoriamente obrigado a descontar, de seus vencimentos/proventos, o percentual referente aos serviços de saúde oferecidos pela autarquia estadual, de modo que somente através de ação judicial poderá tentar reverter esta obrigatoriedade. Assim, e *venia permissa*, este argumento não se sustenta em face ao desconto compulsório realizado.

No que diz com o não preenchimento do quesito da *universalidade* das ações de saúde

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

prestadas pelo Estado do RS através do IPE, é importante que se tenha presente que a autarquia atende, com serviços de saúde, o expressivo número de 1.347.705 (um milhão, trezentos e quarenta e sete mil, setecentas e cinco pessoas), como se vê de dados extraídos de Mensário Estatístico daquele órgão, ora anexado a fls., o que corresponde a mais de 10% (dez por cento) da população gaúcha.

Portanto, se mais de 10% da população do Estado recebe atendimento por órgão integrante do Poder Executivo estadual, por sistema bi-contributivo (Estado e servidor), é certo que este contingente de pessoas não estará utilizando os serviços do Sistema Único de Saúde - SUS - aliviando o atendimento e despesas por ele dispendidas. Por consequência e de forma indireta, o custeio à saúde dessa parcela populacional sem dúvida contribui para a melhor prestação dos serviços de saúde no sistema geral, o que leva a concluir pela razoabilidade de computar tais despesas como integrantes do percentual constitucional destinado a ações e serviços de saúde, aplicado pelo Estado do RS. (10)

A razoabilidade quanto a este entendimento é possível não só por ser esta *princípio constitucional* posto na Constituição Federal (inciso LIV do artigo 5º), bem como na Estadual, cujo artigo 19 estabelece que a *administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios* (.) *observará os princípios da* (.) *razoabilidade*, dentre outros.

Cabe, portanto, ao gestor público - para o caso, ao Governador do Estado - proceder com razoabilidade no dispêndio do dinheiro público, observados os ditames constitucionais e legais e o relevante interesse público em jogo.

Assim, e considerando o estado de verdadeira calamidade em que se encontram as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, como é de público e notório conhecimento, será desarrazoado, inconstitucional, destinar parcela das dotações pertinentes ao Fundo Constitucional de Saúde para as despesas desta natureza da autarquia estadual IPERGS, considerando ainda a inexistência de *lei complementar nacional* que especifique o que se inclui, ou não, nos gastos com ações e serviços de saúde?

Entendo que não. Vejo, nisto, cumprimento pelo Chefe do Executivo estadual das normas dos artigos 196, 197 e 198 da Carta da República e do artigo 77 do ADCT, bem como da norma-conceito das atribuições do sistema único de saúde posta no artigo 200, também da CF, que os enumera, dispositivos que devem ser lidos, interpretados e concretizados (de acordo com os valores neles postos pelo constituinte), à luz da norma-princípio constitucional da *razoabilidade*, não só pelos fins a que se destinam referidas despesas, como em razão da deficitária situação financeira do Estado. Ao menos, em caráter transitório, como dito, até que a lei complementar exigida pela Constituição estabeleça os parâmetros a serem seguidos e defina, afinal, o que se deve entender por "ações e serviços públicos de saúde".

Destaco que o MM. Magistrado prolator da decisão relativa à Ação Civil Pública aqui noticiada, referente à aplicação dos gastos com saúde no orçamento do exercício 2003 do Estado, em que pese julgá-la procedente, também reconhece a lamentável insuficiência de recursos públicos do Estado do RS, como se vê a certa altura da sentença, *in verbis*:

Não há dúvida de que os valores arrecadados pela receita estadual estão em absoluto descompasso com as necessidades de sustentação do sistema prestacional do Estado como um todo. Naturalmente este desencontro só pode ser decorrente ou de uma arrecadação insuficiente, ou de uma inadequada alocação dos fundos frente às necessidades sociais.

A complexidade da questão é óbvia e não resulta de nenhuma novidade contemporânea. Passa, sobretudo, pela crise política atravessada sociedade, em razão do que a economia é mera consequência.

Entretanto, muito embora essa óbvia incongruência, não se reserva ao Poder Judiciário tamanha atribuição, qual seja a de rever as vinculações constitucionais e de redimensionar a capacidade financeira do Estado.

Naturalmente, tal tarefa estará adstrita a uma ampla discussão legislativa, tão importante quanto àquela que criou e dimensionou tais vinculações, passando, se for o caso, por uma democrática reestruturação das políticas de necessidades sociais.

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Igualmente, e pelas mesmas razões, as diretrizes orçamentárias do Estado não poderão ficar adstritas a uma intervenção judicial, quer por absoluta impropriedade, quer por total ineficiência técnica do Judiciário. - grifou-se.

Desta forma, considerando os fundamentos ora expostos e acolhendo, em parte, a Informação nº 016/2006 da Consultoria Técnica, de fls, **propõe-se a modificação do entendimento até aqui adotada por este Tribunal de Contas com relação ao que se entende por Ações e Serviços de Saúde**, para fins de cumprimento, pelo Poder Executivo do Estado dos percentuais pertinentes ao Fundo de Saúde instituído pela EC nº 29/2000, **modificação de caráter transitório**, vigente enquanto não editada a Lei Complementar específica exigida pelo § 3º do artigo 198 da Constituição da República, o que exigirá novo exame da questão.

Com vista à resposta às questões postas neste Pedido de Orientação Técnica, discriminam-se, a seguir, despesas que se entende passíveis, ou não, de inclusão no percentual referente ao *Fundo de Saúde*, relacionadas de acordo com as respectivas rubricas das propostas orçamentárias descritas à fl. 7, pelo então Secretário de Coordenação e Planejamento do Estado, como segue:

1) Despesas relacionadas à Atividade 8820 - Encargos com inativos da Secretaria da Saúde: como apontado na Informação nº 016/2006 da Consultoria Técnica, na alínea *e* de sua conclusão: "(no orçamento de 2004, constou como 2693, tendo, no orçamento de 2005, passado ao código 8820), as mesmas **podem ser inseridas no conceito de ASPS**, eis que o Tribunal Pleno, quando da emissão dos Pareceres Prévios relativos às Contas do Governador do Estado, concernentes aos exercícios de 2003 e 2004, assim entendeu (subitem 6.10)" - grifou-se;

2) Despesas atinentes à Atividade 2696 - Secretaria da Saúde, apontadas na alínea *f* da Informação da Consultoria Técnica, que abrange as "**despesas com as contribuições ao IPE para assistência médica dos servidores lotados na própria Secretária da Saúde**", que "**deverão ser consideradas para os efeitos dos limites constitucionais, ou seja, são despesas com ASPS, como ocorre com quaisquer outras envolvendo os servidores daquela Pasta (vencimentos e outras vantagens, encargos sociais, etc.) (subitem 6.11)**" - grifou-se;

3) **Despesas correspondentes às Atividades:** 2674 - Assembléia Legislativa; 2016 - Tribunal de Contas; 2940 - Tribunal de Justiça Militar; 2684 - Ministério Público; 2694 - Secretaria da Educação, **que tratam de contribuições ao IPERGS para custeio dos serviços de assistência médica aos servidores ativos e inativos**, e, ainda, Tribunal de Contas, atividade 6306 (Atendimento ao Centro de Perícias Médicas), **podem ser consideradas como gastos com ações e serviços de saúde**, em conformidade com as razões deduzidas neste Parecer, **até que Lei Complementar nacional regulamente o § 3º do artigo 198 da Constituição da República;**

4) **Demais atividades referentes a contribuições do Estado ao IPERGS para custeio dos serviços e ações de assistência médica aos seus servidores ativos e inativos, podem ser incluídas no percentual constitucional do Fundo de Saúde**, pelos fundamentos postos neste Parecer, **autorização com caráter temporário, porquanto sujeita à revisão quando vier a ser editada a Lei Complementar noticiada no item 3, supra;**

5) **Despesas relativas à Atividade 6548, da Secretaria do Trabalho, Cidadania e Assistência Social, referentes à "Gestão e articulação da política de segurança alimentar com as demais políticas sociais"**, como referidas na alínea *d* da Informação nº 016/2006 da Consultoria Técnica, em conformidade com os fundamentos por ela elencados, "**não poderiam ser consideradas como vinculadas às ASPS** por não observarem o contido na letra "b" destas conclusões, embora a sua estrita descrição estivesse atendendo ao fator determinante e condicionante da saúde (Lei nº 8.080/90, art. 3º, caput) (subitem 6.9)" - grifou-se;

6) As **atividades relacionadas** na conclusão da Informação nº 016/2006, de fls., em sua alínea *c*, **correspondentes a:** "6047 - Secretaria da Agricultura e Abastecimento; 5566, 5567, 7091 e 6209 - Secretaria do Trabalho, Cidadania e Assistência Social; 5536, 7095, 7097 e 5537 - Secretaria das Obras Públicas e Saneamento; 5490 - Secretaria da Justiça e Segurança, considerando as descrições postas nas Leis Orçamentárias", **não podem ser consideradas como**

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

ações e serviços de saúde, para fins de atingimento do percentual a ser cumprido pelo Estado referente ao *Fundo de Saúde*, porquanto não apresentam vinculação direta aos fins por ele objetivado no texto constitucional;

7) **Repisa-se o destaque ao caráter temporário da alteração de entendimento até aqui adotado por este Tribunal de Contas, ora proposta**, quanto às despesas com ações e serviços de saúde entendidas como passíveis de integrarem o percentual constitucional do *Fundo de Saúde* implementado pela EC 29/2000, a ser cumprido pelo Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que a matéria permanece na dependência de definição do que se deve considerar como *ações e serviços de saúde*, para essa finalidade, através de Lei Complementar, de caráter nacional, conforme o exige o § 3º do artigo 198 da Constituição da República.

É o Parecer.

Auditoria, 22 de janeiro de 2007.

Rosane Heineck Schmitt

Auditora Substituta de Conselheiro

(1) Sobre a natureza da *norma-quadro* ver José Joaquim Gomes Canotilho, em *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (2ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 1272) e Hartmut Maurer, em *Elementos do Direito Administrativo Alemão* (Porto Alegre, Fabris, 2001, p. 26 e 27: tradução de Sérgio Fabris).

(2) Como aponta Hartmut Maurer, op. cit. p. 29.

(3) Fornecido pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, em atendimento à solicitação, neste sentido, encaminhada pela Auditora Substituta de Conselheiro firmatária.

(4) Esclareça-se que tais tipos normativos não são previstos e, portanto, inadmissíveis em nosso ordenamento jurídico.

(5) Disponível em <http://www.tribunaldejustica.rs.gov.br>. Acesso em 23-01-2007.

(6) Nota da Parecerista: o *princípio da fidelidade à federação*, ou *Bundestreue*, é princípio constitucional não expresso na Lei Fundamental Alemã de Bonn, de 1949 e se incorpora ao *federalismo cooperativo*, preconizado pelo modelo federal de Estado alemão, também adotado em nossa Constituição de 1988, sob forma de *competências comuns* e *competências legislativas concorrentes*, propugnando uma maior vinculação jurídica entre as unidades federadas, obrigando ainda todos os entes federados à mútua cooperação para preservar e consolidar seus próprios interesses e dos demais membros da Federação.

(7) Heck, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 257/258.

(8) O termo *União*, ao indicar o Poder Executivo Federal, tem origem no direito constitucional norte-americano porquanto o Estado Federal, que nele se instala, de direito, pela vez primeira, tem origem na União Confederada, permanecendo o termo com vista à melhor aceitação do novo modelo de Estado proposto pelos constituintes dos Estados Unidos da América, como bem esclarece Hamilton, em *O Federalista*: HAMILTON, MADISON, JAY. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, ps. 332 a 380. Por isto que o termo *União* nada tem a ver com "união das unidades federadas", como o afirma o Parecer Conjur nº 1970/02, do Ministério da Saúde, já apontado, à fl. 163, cabendo à *União* (leia-se - Executivo Federal), tão-somente, a outorga constitucional de representar a soberania do Estado brasileiro e de atuar para manter a hegemonia desse Estado, dentro dos estritos limites e matérias referentes às competências *expressas* que lhe foram conferidas nos artigos 21 e 22 da Constituição Federal. A distinção é fundamental para configurar nossa Federação e impeditiva das constantes tentativas da União em nela concentrar o Poder do Estado do Brasil.

(9) Op. cit., p. 332 a 380.

(10) Deixo claro que a conclusão ora proposta, além de seu caráter transitório, porque dependente de regulação de lei complementar nacional, não se confunde com a conclusão posta no Parecer TCE nº 79/2001, também de minha lavra, porque trata de matéria diversa na medida em que o Estado do Rio Grande do Sul tem condições de manter um sistema previdenciário

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

próprio, o que o faz também pelo IPERGS, o que não é o caso dos Municípios tratados naquele Parecer.

Processo nº 2270-0200/06-2

DECISÃO: *O Tribunal Pleno, em sessão de 28-03-2007, à unanimidade, acolhendo o Voto do Senhor Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, decide pelo envio do Parecer nº 4/2007 da Auditoria, acolhido nesta data, para fins de orientação técnica aos trabalhos desta Casa.*

PARECER ACOLHIDO.