SUBJETIVIDADES PÚBLICAS NA BASE DE CÁLCULO DO PERCENTUAL MÍNIMO ORÇAMENTÁRIO A SER APLICADO PELOS ESTADOS NA SAÚDE PÚBLICA: ANÁLISE DOS ARTIGOS 3º E 4º DA LEI COMPLEMENTAR 141/2012¹

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN*

Sumário: 1. Introdução. 2. Subjetividades Públicas. 2.1. Vinculação e discricionariedade. 2.2. Espaço de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados. 2.3. Teoria da Apreciatividade *versus* Discricionariedade. 3. Subjetividades públicas interpretativas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 141/2012. 3.1. Vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária (inciso I do artigo 3º da LC 141/12). 3.2. Atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais (inciso II do artigo 3º da LC 141/12). 3.3. Capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (inciso III do artigo 3º da LC 141/12). 3.4. Desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12). 3.5. Produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12). 3.6. Saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas na Lei Complementar (inciso VI do artigo 3º da LC 141/12). 3.7. Saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos (inciso VII do artigo 3º da LC 141/12). 3.8. Manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças (inciso VIII do artigo 3º da LC 141/12). 3.9. Investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde (inciso IX do

¹Artigo científico originado do trabalho de conclusão da disciplina “Limitações constitucionais às escolhas públicas: discricionariedade na área médica”, no Programa de Pós-graduação (doutoramento) em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), na Universidade Federal Fluminense – UFF, sob a orientação do Professor Doutor André Saddy.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestre em Direito. Doutorando em Direito na Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor da Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RIO).

artigo 3º da LC 141/12). 3.10. Remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais (inciso X do artigo 3º da LC 141/12). 3.11. Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde (inciso XI do artigo 3º da LC 141/12). 3.12. Gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde (inciso XII do artigo 3º da LC 141/12). 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A saúde pública é direito de todos e dever irrenunciável do Estado, conforme estabelece o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88). O cidadão tem o direito fundamental de exigir do Estado a prestação de serviço público de saúde, sendo recorrente, nos dias atuais, a busca por tutela jurisdicional para fazer valer esse direito social².

A judicialização da política pública de saúde por cidadãos e por órgãos de controle – máxime o Ministério Público – evidencia um dos grandes problemas que assolam o Estado brasileiro: o serviço público de saúde, salvo raras exceções, é ruim no Brasil³.

² A ideia de direito fundamental social da saúde na CRFB/88 foi bem explorada por Ricardo Augusto Dias da Silva: “A partir das dimensões estabelecidas do Direito Fundamental saúde, considerando-se que a saúde constitui um bem essencial para a pessoa humana, é de ser ressaltado o fato desse direito ser objeto tutelado tanto pelo direito internacional como pelos direitos humanos, bem como no plano interno nos Estados na condição de Direito Fundamental, como defende-se ser o caso do Brasil.

No caso específico do direito brasileiro, constata-se que o direito à saúde foi reconhecido como um Direito Fundamental nos artigos 6º e 196 e ss., respectivamente, da Constituição Federal.

(...)

Com relação à sua característica de direito prestacional, a dimensão positiva, infere-se que o Direito Fundamental à saúde reclama a ação positiva do Estado e da iniciativa privada, as políticas públicas e as ações afirmativas, respectivamente, para o exercício desse direito.

Esse viés prestacional relaciona-se no plano material à logística a ser disponibilizada a todos os titulares do Direito Fundamental à Saúde, no caso do Estado constitucional brasileiro a ser provida pelo Estado através de políticas públicas concretizadas através da prestação de serviços e fornecimento de bens aos que necessitam”. (DIAS DA SILVA, Ricardo Augusto. *Direito Fundamental à Saúde – O Dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 84).

³ Vanice Regina Lirio do Valle acentua o fenômeno da judicialização de políticas de Estado como critério de proteção da dignidade humana e do fortalecimento da cidadania: “A judicialização da política – nisso se compreendendo as opções dessa mesma natureza, relacionadas à prospectiva do agir da Administração - a partir da constituição de 1988 se manifesta como fenômeno caracterizado pela presença expansiva dos direitos fundamentais, suas garantias e as instituições postas a seu serviço, expressando um ‘...avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade...’. Compreensível, portanto, o entusiasmo com que a cidadania, por si ou por instituições que a representem, reencontrando-se com a democracia, tenha se lançado na perseguição jurisdicional dos direitos assegurados pelo novo Texto Fundamental, supostamente não garantidos, no todo ou em parte, pelas estratégias de ação do Estado. Previsíveis, de outro lado, os riscos de uma tendência a um ativismo de parte de um Judiciário que, apontado como o garantidor desses mesmos direitos, vê-se tentado a ampliar o seu espaço de atuação, em nome do valor maior de proteção à dignidade da pessoa”. (VALLE, Vanice Regina Lirio. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 97).

É fora de dúvida que os avanços necessários no campo desse relevante e prioritário serviço público exige não apenas gestão eficiente, mas, sobretudo, alocação suficiente de recursos. Neste sentido, o constituinte e o Poder Legislativo impuseram aos entes públicos investimentos mínimos, tendo por base de cálculo, para os Estados e o Distrito Federal, as receitas tributárias. A Constituição hierarquizou e priorizou o serviço público de saúde e delegou à lei complementar (com exceção da União, cujo investimento mínimo já foi fixado pelo próprio texto constitucional em %) o dever de fixar os percentuais mínimos orçamentários para investimentos, com revisão periódica a cada cinco anos, conforme artigo 198, § 2º, inciso II e § 3º, II da CRFB/88 (com redações conferidas pelas Emendas Constitucionais n.ºs. 29/2000 e 86/2015).

A Lei complementar n. 141/2012, em seu artigo 6º, estabelece que “*os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios*”.

Percebe-se, portanto, que a partir da citada legislação, os Estados e o Distrito Federal são obrigados a investirem, anualmente, o mínimo de 12 % das receitas oriundas de impostos estaduais e de outras fontes decorrentes de repasses de impostos pela União Federal previstas na CRFB/88⁴⁵. Em não o fazendo, os gestores públicos sujeitam-se à emissão de parecer prévio contrário por parte dos Tribunais

⁴ Estudo produzido por Magali Geovana Ramlow Campelli e Maria Cristina M. Calvo em 2007 demonstrou que até aquele momento a União e os Estados não vinham cumprindo a Emenda Constitucional n.º 29/2000; daí a importância a relevância da edição da LC n.º 141/2012. Segundo as Autoras, “os dados do SIOPS (sistema de coleta e processamento de dados sobre receitas totais e gastos com ações e serviços públicos de saúde das três esferas de governo) revelam que também os Estados não vêm cumprindo a EC-29. A Tabela 3 indica que, no ano 2000, 11 Estados não cumpriram a EC-29, o que representou um passivo de R\$ 0,88 bilhão. No ano de 2001, esse número aumentou para 18, e deixaram de ser aplicados em saúde R\$ 1,08 bilhão. Em 2002, foram 16 Estados, representando um passivo de R\$ 1,66 bilhão. Em 2003, 13 Estados deixaram de cumprir o exigido pela EC-29, o que representa a não aplicação de recursos financeiros na ordem de R\$ 1,67 bilhão. O déficit acumulado até 2003 representa uma dívida de R\$ 5,29 bilhão com o SUS.” CAMPPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. *O cumprimento da Emenda Constitucional n.º 29 no Brasil*. Cadernos de Saúde Pública, Jul./2007, Volume 23, N.º 7, p. 1.615 (p. 1613 – 1623).

⁵ Claudio Hamilton Matos dos Santos, Bernardo Patta Schettini, Lucas Vasconcelos e Érica Lima Ambrosio destacam o aspecto positivo da vinculação do investimento mínimo à receita de impostos. “A existência de mínimos constitucionais para os gastos públicos em saúde e educação sugere a possibilidade de que acréscimos na arrecadação sejam seguidos de acréscimos nos gastos (sobretudo estaduais e municipais) nas áreas analisadas. Essa hipótese é, em princípio, testável.” (SANTOS, Claudio Hamilton Matos dos. SCHETTINI, Bernardo Patta. VASCONCELLOS. AMBROSIO, Érica. *A Dinâmica dos Gastos com Saúde e Educação Públicas no Brasil – 2006/2015 - : Impacto dos mínimos constitucionais e relação com a arrecadação tributária. Texto Para Discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada –IPEA. N.º 2289. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, p. 29*

de Contas (artigo 71, I, da CRFB/88), além do cometimento de improbidade administrativa⁶.

Com o intuito de evitar distorções no conceito de “saúde” por parte dos gestores públicos (prática comum antes de 2012⁷), a Lei Complementar nº 141/2012 estabeleceu, em seu artigo 3º, quais medidas adotadas na área da saúde podem ser consideradas para atingimento do percentual mínimo de 12% anteriormente referido. E mais: em seu artigo 4º explicitou as medidas que não podem ser consideradas como despesas de saúde, para o mesmo objetivo; ou seja, vedando expressamente seu cômputo para fins de atingimento do percentual mínimo de vinculação.

À luz desse contexto normativo, o objetivo do presente estudo é analisar, de maneira detalhada, as medidas contidas nas normas dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012, e verificar se seus conceitos estão postos a partir de premissas vinculadas ou se, inversamente, permitem liberdade de interpretação e apreciação pelos gestores públicos.

Para tanto, buscar-se-á a análise dos conceitos contidos nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 141/2012 a partir de estudos doutrinários e da interpretação prática conferida pelos órgãos de controle, notadamente os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário, com destaque nos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. A finalidade, portanto, será encontrar balizas técnico-jurídicas para que o gestor da área de saúde possa ter suporte em suas escolhas e atuações para atingir o percentual mínimo a ser aplicado em saúde pública, a partir de conceitos jurídicos que lhes confirmam margem de subjetividade interpretativa para sua implementação na prática administrativa.

Contudo, antes de se desenvolver especificamente a análise proposta, faz-se necessário abordar, como premissa para sua compreensão, ainda que de maneira

⁶ O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro emitiu pareceres prévios contrários à aprovação das “contas de governo” do Chefe do Poder Executivo nos anos de 2017 (processo TCE 101576-6/2017- Relatora Conselheira Marianna Montebello Willemann), 2018 (processo TCE 113304-9/2018, Relator Conselheiro Substituto Marcelo Verdini Maia) e 2019 (processo TCE 101.949-1, Relatora Conselheira Substituta Andrea Siqueira Martins), respectivamente, contas referentes aos exercícios de 2016, 2017 e 2018, ante o descumprimento da aplicação do limite mínimo de 12% na saúde pública. Entretanto, a Assembleia Legislativa (ALERJ), a quem compete o julgamento das contas de governo (por simetria, o artigo 49, IX, da CRFB/88), acabou por aprovar as Contas dos nos anos de 2016 e 2017, sob a justificativa jurídico/política de um colapso financeiro no Estado; pendente, até a data final deste trabalho a análise das contas de 2018. A aprovação das contas pela ALERJ, porém, não obstruiu o ajuizamento, pelo Ministério Público, de ações de improbidade administrativa contra o ex-Governador do Estado Luiz Fernando Pezão.

⁷ Relevantes as observações de Rodrigo Nóbrega Farias sobre a mentalidade dos gestores brasileiros sobre a saúde pública e o anseio para cumprimento do percentual mínimo a ser investido com medidas que, em última análise, não representam gastos com saúde: *“As discussões sobre a operacionalização da EC 29/2000, no Governo Federal, e os debates conceituais de despesas com saúde, em todos os níveis de Governo, bem como outros esforços de desvinculação de receitas, tinham, como objetivo, a fuga às determinações da lei, mostrando dificuldades em sua implementação. O que, no primeiro momento, constituiu um indiscutível avanço foi, paulatinamente, sendo desvirtuado pelo administrador público, buscando inserir, em uma conceituação ampla, todo e qualquer gasto público, como sendo da área da saúde. Essa tentativa reflete a mentalidade do administrador público brasileiro, que ainda trata a saúde não como um dos objetivos a serem alcançados pelo Estado, mas como uma obrigação”*. (FARIAS, Rodrigo Nóbrega. *Direito à Saúde & Sua Judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 147-148).

objetiva, o atual panorama dos principais institutos jurídicos convencionalmente adotados pela doutrina administrativista brasileira e que permitem ao administrador público livremente apreciar conceitos para, diante do caso concreto, tomar as decisões administrativas.

2. Subjetividades Públicas

2.1. Vinculação e discricionariedade

A doutrina tradicional do Direito Administrativo brasileiro, quando da classificação dos atos administrativos na perspectiva da liberdade de atuação dos agentes públicos, cuida dos atos *administrativos vinculados* e dos atos *administrativos discricionários*.

Assim o faz para expressar que a *vinculação* não permite ao agente público liberdade para valoração de qualquer aspecto subjetivo na prática do ato administrativo; desde que presentes as circunstâncias que tradicionalmente constituem seus elementos (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), compete ao agente público atuar sem qualquer subjetividade. Isto é, os elementos do ato administrativo já estão predeterminados pela legislação⁸.

De outro lado, os *atos administrativos discricionários* apresentam elementos que permitem valoração subjetiva pelos agentes públicos, os quais, diante do caso concreto, poderão – *orientados por critérios de conveniência e oportunidade* – aquilatar o melhor momento de emitir a vontade administrativa à luz do que consideram interesse público⁹. Isto é, será permitido ao agente público certo grau de subjetividade para escolher uma dentre duas ou mais opções válidas, previstas na legislação, para dar lugar à tutela do interesse público.¹⁰

Doutrinadores há que sustentam a superação da classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários. Sob uma perspectiva de controle judicial, aduzem que todos os atos da Administração Pública possuem, em alguma medida, certo grau (ou nível) de vinculação à lei e, por isso, quanto maior o grau de vinculação, maior será a possibilidade de controle por órgãos externos à

⁸ “Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tomando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.” (MEIRELLES, Hely Lopes (atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle). *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 191.

⁹ “O regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 291-292).

¹⁰ Mencione-se, por todos: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 131.

Administração Pública, notadamente o Poder Judiciário. Em outra medida, quanto maior a fluidez do conceito ou de sua tecnicidade, menor a interferência externa a cargo do Poder Judiciário. Cunhou-se, assim, o que se convencionou denominar de “teoria da juridicidade”, conferindo enfoque “jurídico-funcional” que busca escapar da categoria binária e estática da “vinculação *versus* discricionariedade”¹¹.

2.2. Espaço de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados

Os conceitos jurídicos indeterminados permeiam o ordenamento jurídico. Não é raro o agente público se deparar com comandos normativos que permitem atuação diante de expressões como “notório saber”, “relevante interesse coletivo”, “interesse público”, “paz social”, dentre outras.

Os conceitos indeterminados possibilitam a atuação do agente público, mediante livre apreciação e com margem de atuação que o afasta, naturalmente, da noção técnica estrita de *vinculação*, que pressupõe a presença de todos os elementos do ato administrativo na norma jurídica. Há uma liberdade interpretativa do conceito

¹¹ No Brasil esta teoria está bem assentada na doutrina de Gustavo Binenbojm, que, citando Andreas J. Krell, expôs: “(...) ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Todavia, a definição da *densidade do controle* não segue uma lógica puramente *normativa* (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os *procedimentos* adotados pela Administração e para as *competências e responsabilidades* dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de *jurídico-funcionalmente adequado*.”

(...)

Portanto, ao invés de uma predefinição *estática* a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativo (como em categorias binárias, do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário), impõe-se o estabelecimento de critérios de uma *dinâmica* distributiva ‘funcionalmente adequada’ de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leve em conta apenas a *programação normativa* do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), como também a ‘específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas’.

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestas casos, a *expertise* e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há também situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão”. (BINENBOJM. Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.224/225).

vago e aberto à luz do caso concreto, ficando o agente “vinculado” à finalidade legal que lhe permite atuar.¹²

Apesar de conferir aos agentes públicos liberdade de atuação, os conceitos indeterminados não se confundem com a discricionariedade, pois a atuação do agente não se submete a critérios tão objetivos de decisão¹³ previstos na norma, facultando-se a adoção de uma dentre duas ou mais opções válidas e possíveis.

Em verdade, a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados foi inserida no direito público brasileiro¹⁴ tendo por base a liberdade interpretativa e decisória em abstrato, mas, diante do caso concreto, o intérprete não passa por um juízo de determinação, pois somente tem uma única solução possível à luz do interesse da legislação que o permite atuar.

Pode-se dizer, pois, que o Poder Legislativo, ao inserir um conceito indeterminado na norma, concede ao Poder Executivo a liberdade de interpretá-lo e apreciá-lo para, diante de casos concretos, conformá-lo à finalidade imanente à norma autorizativa com a tomada de decisão a partir de uma solução justa e possível.

2.3. Teoria da Apreciatividade *versus* Discricionariedade

Modernamente foi desenvolvida no direito administrativo a *teoria da apreciatividade*, com traços distintivos do conceito de *discricionariedade*, para explicar a liberdade de atuação ou de conformação da vontade administrativa ao interesse público, a partir da atuação dos denominados “agentes da ponta” (ou de “linhas de frente” ou “agentes de rua”), assim considerados aqueles que lidam diretamente com os problemas do cotidiano da sociedade nas mais diversas atividades públicas, cuja necessidade de atuação deriva do momento e não têm suas

¹² Serve de referência o estudo de Antônio Francisco de Souza, talvez o primeiro publicado no Brasil, ainda nos idos de 1986, onde propôs estudar o termo “conceitos legais indeterminados” no direito alemão, abordando todas as teorias que lhe davam sustentação, sobretudo para traçar a diferença com os chamados poderes vinculado e discricionário. (SOUZA, Antônio Francisco de. *Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão*. In *Revista de Direito Administrativo*, vol. 166, Rio de Janeiro, out/dez. 1986, p. 276-291).

¹³ Novamente Gustavo Binenbojm fornece, com a citação de José Manuel Sérvulo Correia, objetiva diferença entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: “Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. (...)”

Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma *opção* do administrador. SE é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido. Mais precisamente, a aplicação de um conceito jurídico indeterminado passa por duas operações lógicas: ‘a interpretação abstracta do conceito (Auslegung) e a sua sobreposição ao caso concreto por via da subsunção deste à hipótese da norma (Anwendung)’. (BINENBOJM. Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 217-218).

¹⁴ Para o leitor interessado no estudo da evolução histórica dos conceitos jurídicos indeterminados e de sua atual aplicação no direito brasileiro e europeu, sugere-se a leitura da obra de André Saddy. (SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 214-240).

opções previamente estabelecidas na norma jurídica. É a liberdade de atuação a partir de situações concretas, surgidas durante a atividade do agente público.

André Saddy, responsável pela elaboração e pela introdução da teoria no direito brasileiro, fornece o fundamento jurídico da apreciatividade administrativa:

(iv) Por fim, a apreciatividade administrativa seria a margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma –, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra escrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões compradas de especial relevância.¹⁵

Em verdade, essa liberdade de atuação dos agentes públicos não está previamente prevista na norma jurídica. Tem origem em uma liberdade de atuação decorrente da atividade administrativa desempenhada, que impõe ao agente público a tomada de decisões práticas que não decorrem de uma típica discricionariedade administrativa (concebida em seu sentido técnico-jurídico por uma norma jurídica), mas sim da efetiva necessidade de implementar a vontade da administração em uma situação concreta surgida no cotidiano da sociedade. Possível citar como exemplo a atuação de um guarda de trânsito que decide, legitimamente, organizar o tráfego em “desacordo” com os sinais dos semáforos, por conta de causas extraordinárias (excesso de congestionamento, por exemplo); não estaria o agente público de trânsito, na hipótese, a atuar discricionariamente, mas sim apreciativamente, na

¹⁵ SADDY, André. *Discricionariedade e jurisdição nacional / supranacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.133. o Autor ainda fornece a distinção entre discricionariedade e apreciatividade: [...] *a apreciatividade é aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deôntica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente.*” (SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Op. cit., p. 270).

medida em que não era possível prever o “caos” no trânsito na norma jurídica¹⁶, ao contrário, a situação concreta exigiu dele uma atuação apreciativa para melhor ordenar a vida em sociedade.

3. Subjetividades públicas interpretativas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 141/2012

Após a breve e objetiva exposição teórica acerca do direito fundamental do cidadão à saúde pública e da obrigação constitucional e legal do Estado de investir, nesta área, valores mínimos do orçamento, passa-se ao objeto central do estudo; isto é, passa-se a investigar se as medidas previstas nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar n. 141/2012 possuem subjetividades que permitem aos gestores conferir-lhes interpretação elástica (*fruto da discricionariedade ou da liberdade de apreciação de conceitos jurídicos indeterminados*), ou, alternativamente, se estarão vinculados aos conceitos predeterminados pela legislação.

A intenção da investigação é delimitar a dimensão da interpretação possível dos conceitos legais para fins de expansão das medidas administrativas na área da saúde, alargando-se, com isso, o espectro de ações da base de cálculo do investimento mínimo (12% do orçamento de impostos) dos Estados federados na saúde. Para tanto, o trabalho fará o cotejo das medidas que constituem a base de cálculo dos 12% do orçamento mínimo (artigo 3º da LC 141/12) e das ações que estão fora da referida base de cálculo (artigo 4º da LC 141/12).

¹⁶ André Saddy apresenta parte da diferença entre discricionariedade e da apreciatividade: “*O importante, no entanto, é saber que a margem de manobra existentes nesses agentes é outorgada de maneira distinta das que possui os órgãos diretivos. Enquanto a discricionariedade deriva da norma jurídica, a apreciatividade deriva de outras fontes. No entanto, não se pode contemplar como usurpadores de tal autoridade nem infringentes do princípio da legalidade, pois o sistema modula suas funções para ser assim. Afinal de contas, não há nenhuma sanção substancial contra tais eleições ou decisões; pelo contrário, há, muitas vezes, sanções em caso de que o agente não respeite a ordem. (...)*”

(...) A diferença da discricionariedade, normalmente, é concedida por outras fontes que não são as normas de conduta e competência, como as orientações políticas do governo; as diretrizes efetuadas pela própria Administração; a autoridade administrativa hierárquica; os treinamentos; as escolas de formação; a resolução contínua de igual forma de hipóteses semelhantes (aspectos conhecidos como o precedente administrativo); a celebração prévia ao exercício do poder de um convênio de um sujeito privado; as declarações de juízo emitidas por um órgão distinto daquele a quem corresponde iniciar, instruir ou resolver o procedimento, conhecido como informe; e até, inclusive, intuição.

Normalmente, a atribuição da apreciatividade para eger ou decidir entre atuar ou não e, quando se decide, escolher atuar entre uma infinidade de possibilidades, alternativas ou opções a seguir significa que o agente, em caso de colisão com outros bens ou tarefas, pode dar prioridade a mais importante ou urgente e delegar para um segundo plano o que é secundário e pode esperar.

(...)

O que defere a apreciatividade da discricionariedade é que, na segunda, decidindo atuar, deve o administrador optar por uma das consequências que a norma jurídica o autoriza. Na primeira, decidindo atuar, este tem total liberdade de eleição/decisão, não necessitando optar entre as distintas consequências jurídicas oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente pela norma. Por não ser derivada da norma jurídica, a apreciatividade não ‘a autonomia de optar entre tais elementos perceptivos. Trata-se de um processo volitivo no qual existem possíveis diferentes soluções, todas corretas, e que não estão presentes em nenhuma ordem normativa, ao menos não de forma explícita’”. (SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Op. cit., p. 278, 282 e 284).

3.1. Vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária (inciso I do artigo 3º da LC 141/12)

Vigilância é um conceito aberto que permite aos administradores públicos interpretação razoável para disposição de recursos na área da saúde. Possui uma *zona de certeza negativa (não cuida de vigilância em sentido de segurança pública ou mesmo de segurança de redes hospitalares)* e uma *zona de certeza positiva*, que permite ao Estado computar na base de cálculo dos investimentos mínimos já referidos nas despesas com prevenção e investigação de doenças, incluindo aí o combate a epidemias.

A Lei Federal nº 8.080/90 fornece alguns parâmetros (abertos) para implementação do conceito de vigilância sanitária e epidemiológica nos §§ 1º, 2º e 3º de seu art. 6º¹⁷. Há, todavia, ao que parece, uma *zona cinzenta* no conceito de “vigilância” a ser objeto de concretização interpretativa (*livre apreciação de um conceito jurídico indeterminado*) pelo gestor e que permite concluir ser possível a inclusão das atividades de manutenção de políticas públicas (inclusive publicidade) que visem ao combate e à erradicação de doenças para atingimento do percentual de 12% do orçamento oriundo de impostos para investimento mínimo na saúde.

O conceito de “vigilância em saúde” vem sendo objeto de debates perante os Tribunais de Contas estaduais para fins de contabilização de despesas no orçamento mínimo a ser empregado em saúde. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TCE-SP, por exemplo, quando da emissão de parecer prévio às contas do Município de Patrocínio Paulista, referentes ao exercício de 2012¹⁸, considerou inserido no conceito de “vigilância em saúde” a castração de animais (cães e gatos).

Já o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - TCE-MG, em 2016, em resposta à consulta formulada pelo Prefeito do Município de Poço Fundo, considerou abrangido pelo conceito de “vigilância em saúde” a atuação pública de coleta, tratamento e destinação final de resíduos sólidos hospitalares, tais como seringas contaminadas, curativos, ampolas etc. Isto é, o TCE-MG admitiu a possibilidade de inclusão das despesas com as referidas atividades para o computo no percentual constitucional mínimo obrigatório, desde que estritamente ligadas aos serviços de saúde, enquanto atividades-fim, de unidades hospitalares e ambulatoriais, mais especificamente as contidas nas Resoluções nº 306 da Diretoria Colegiada da ANVISA e nº 358 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA. Restaram excluídas, as despesas com manuseio de resíduos próprios de atividades de unidades de apoio administrativo¹⁹. Note-se, pois, a liberdade de conformação pelos gestores do conceito de “vigilância em saúde”.

¹⁷ Art. 6º (...) “§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

¹⁸ TCE-SP. Prestação de Contas. TC-001952/02612. Relator: Conselheiro Robson Marinho. Julgado em 11/03/2014, Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/274974.pdf>. Acesso em: 08 mar 2019.

¹⁹ TCE-MG. Consulta. 969155. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila. Plenário, julgado em 02/03/2016, Disponível em: <<https://tconotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/1254966>>. Acesso em: 08 mar 2019

Por fim, ainda com o intuito de descortinar o conceito indeterminado de “vigilância em saúde”, relevante mencionar a Portaria 1.378, de 09 de julho de 2013, editada pelo Ministério da Saúde, que regulamentou as responsabilidades e definiu as diretrizes para execução e financiamento das ações de Vigilância em Saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relativos ao Sistema Nacional de Vigilância em Saúde e Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. No artigo 4º²⁰, detalhou as práticas voltadas ao atingimento do conceito jurídico indeterminado “vigilância”, destacando a realização de estudos para análise e planejamento para detecção e tratamentos de doenças, o que, por certo, expressões abertas que serão implementadas pelos gestores públicos nos casos concretos.

3.2. Atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais (inciso II do artigo 3º da LC 141/12)

As medidas previstas nesta norma jurídica (“atenção integral e universal”) são amplas e possuem, por isso, grau mínimo de vinculação dos gestores. Talvez seja a regra mais “aberta” na legislação para ser objeto de implementação pelo gestor público à luz de critérios de conveniência e oportunidade e de conformação do interesse público.

Argumente-se, pois, que há liberdade interpretativa para decidir sobre os conceitos indeterminados “*atenção integral e universal à saúde*” e em “*todos os níveis de complexidade*”. Não pode restar dúvidas, porém, que a política pública deve estar diretamente relacionada à atividade de saúde pública, não sendo lícito ao gestor a utilização de medidas que se insiram em *zona de certeza negativa* do conceito, como, por exemplo, o fornecimento gratuito de alimentação à população carente, sob a perspectiva de que tal política social está contida em um conceito amplo de “atenção integral e universal à saúde”. A esse propósito, relevante anotar que o dispositivo legal em comento foi objeto de ressalva na proibição do artigo 4º, inciso IV da LC 141/12, quando vedou expressamente a inclusão das despesas com merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, no cômputo das despesas mínimas com saúde pelos Estados.

O conceito de “assistência terapêutica” não se afigura vinculado; ao contrário, comporta subjetividades em sua aplicação, de modo a concluir pela

²⁰ “Art. 4º As ações de Vigilância em Saúde abrangem toda a população brasileira e envolvem práticas e processos de trabalho voltados para: I - a vigilância da situação de saúde da população, com a produção de análises que subsidiem o planejamento, estabelecimento de prioridades e estratégias, monitoramento e avaliação das ações de saúde pública; II - a detecção oportuna e adoção de medidas adequadas para a resposta às emergências de saúde pública; III - a vigilância, prevenção e controle das doenças transmissíveis; IV - a vigilância das doenças crônicas não transmissíveis, dos acidentes e violências; V - a vigilância de populações expostas a riscos ambientais em saúde; VI - a vigilância da saúde do trabalhador; VII - vigilância sanitária dos riscos decorrentes da produção e do uso de produtos, serviços e tecnologias de interesse a saúde; e VIII - outras ações de vigilância que, de maneira rotineira e sistemática, podem ser desenvolvidas em serviços de saúde públicos e privados nos vários níveis de atenção laboratórios, ambientes de estudo e trabalho e na própria comunidade”.

abrangência, também, de tratamentos de psicoterapia, terapia, acupuntura e demais atividades relacionadas, desde que diretamente relacionados à saúde do cidadão.

No que diz respeito à recuperação de deficiências nutricionais, incluem-se as atividades para tratamento de carências nutricionais, tais como distribuição de leite especial e algumas vitaminas específicas, vedando-se a implementação do conceito com a distribuição de alimentos em programas de natureza assistencial.²¹

Ainda nesse contexto, importante também identificar técnicas ou parâmetros de concretização do indeterminado conceito “atenção universal”. O *princípio da universalidade*²² atribui aos usuários de serviços públicos (notadamente os de saúde) o direito de compelir o ente estatal competente (ou o particular concessionário para a sua prestação) a prestar-lhe de maneira eficiente, dentro dos padrões da razoabilidade e do princípio da reserva do possível²³. De outro lado, obriga o Estado a manter e a desenvolver políticas públicas constantes para atingir o maior número possível de usuários que necessitam do serviço de saúde, vendando a política desenvolvida para grupos específicos.

O Ministério da Saúde editou a Portaria n. 2.436, de 21 de setembro de 2017, e, com isso, aprovou a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). No anexo à portaria foram “definidos” os princípios da *universalidade*, *equidade* e da *integridade*, ressaltando-se a amplitude dos termos

²¹ AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS). TESOURO NACIONAL. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/483733/CPU_Item_1_4_LC_141_MDF_STN_Texto_revisado%2B_apos_reuniao_da_CT_em_06_10_2015.pdf/dd1ff5d4-a602-4d27-861f-05cd005e14e5>. Acesso em: 07 mar. 2019.

²² Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o princípio da universalidade consiste na “*possibilidade de que o serviço possa ser exigido e usado por todos. Significa que o mesmo deve atender indistintamente, a todos que dele necessitem, independentemente do poder aquisitivo, satisfeitas as condições para sua obtenção. Sua manutenção se constitui num dever legal, podendo ser exigido tanto daqueles que tenham a competência para instituí-lo quanto daqueles que o executem*”. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 55/56). Celso Ribeiro Bastos comunga de sentimento parecido: “*o direito que todos têm de utilizar os serviços públicos, dentro das modalidades estabelecidas, sem se negar a um usuário o que foi concedido a outro. As exclusões da utilização dos serviços não podem ser, em consequência, arbitrárias*”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 170).

²³ Merece registro o trabalho de Denise dos Santos Vasconcelos Silva sobre o princípio da reserva do possível e sua aplicação evolutiva (suas fases), sobretudo na área da saúde pública. A autora, na linha do que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, aduz que a terceira fase de evolução impõe ao Estado o ônus de provar que a obrigação ultrapassa a “reserva do financeiramente possível”. (SILVA, Denise Santos Vasconcelos. *Direito à Saúde – Ativismo Judicial, Políticas Públicas e Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2015, p.114-121).

empregados, o que caracteriza, conforme já afirmado, liberdade de atuação e conformação do gestor à luz dos casos concretos.²⁴

Deste modo, terá o gestor público liberdade de interpretação para adoção de políticas públicas que, diante de situações concretas, buscarão concretizar os conceitos jurídicos indeterminados contidos na norma jurídica em comento, notadamente para conferir eficácia aos preceitos “*atenção universal e integral à saúde*”, sobretudo para prevenir e combater deficiências nutricionais e para implementar tratamentos terapêuticos (exemplos: terapias ocupacionais para pessoas idosas em praças públicas, terapias para combate à dependência química e ao alcoolismo). Por se tratar do dispositivo legal onde a subjetividade do gestor poderá ser mais aplicada, relevante mencionar decisão do Tribunal de Contas da União – TCU, que, respondendo consulta formulada pelo Presidente da Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados - CSSF sobre a classificação de certas despesas como ações e serviços públicos de saúde pelo Poder Executivo, para fins de apuração do orçamento mínimo, assim se posicionou:

“CONSULTA FORMULADA PELO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS (CSSF). DÚVIDAS A RESPEITO DAS DESPESAS A CARGO MINISTÉRIO DA SAÚDE QUE PODEM SER COMPUTADAS NO PISO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE, HAJA VISTA O DISPOSTO NA LC 141/2012. CONHECIMENTO. RESPOSTA NEGATIVA A TODOS OS QUESTIONAMENTOS. 1. Não podem ser computadas para

²⁴ “Os princípios e diretrizes, a caracterização e a relação de serviços ofertados na Atenção Básica serão orientadores para a sua organização nos municípios, conforme descritos a seguir:

1.1 - Princípios

- Universalidade: possibilitar o acesso universal e contínuo a serviços de saúde de qualidade e resolutivos, caracterizados como a porta de entrada aberta e preferencial da RAS (primeiro contato), acolhendo as pessoas e promovendo a vinculação e corresponsabilização pela atenção às suas necessidades de saúde. O estabelecimento de mecanismos que assegurem acessibilidade e acolhimento pressupõe uma lógica de organização e funcionamento do serviço de saúde que parte do princípio de que as equipes que atuam na Atenção Básica nas UBS devem receber e ouvir todas as pessoas que procuram seus serviços, de modo universal, de fácil acesso e sem diferenciações excludentes, e a partir daí construir respostas para suas demandas e necessidades.

- Equidade: ofertar o cuidado, reconhecendo as diferenças nas condições de vida e saúde e de acordo com as necessidades das pessoas, considerando que o direito à saúde passa pelas diferenciações sociais e deve atender à diversidade. Ficando proibida qualquer exclusão baseada em idade, gênero, cor, crença, nacionalidade, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, estado de saúde, condição socioeconômica, escolaridade ou limitação física, intelectual, funcional, entre outras, com estratégias que permitam minimizar desigualdades, evitar exclusão social de grupos que possam vir a sofrer estigmatização ou discriminação; de maneira que impacte na autonomia e na situação de saúde.

- Integralidade: É o conjunto de serviços executados pela equipe de saúde que atendam às necessidades da população adstrita nos campos do cuidado, da promoção e manutenção da saúde, da prevenção de doenças e agravos, da cura, da reabilitação, redução de danos e dos cuidados paliativos. Inclui a responsabilização pela oferta de serviços em outros pontos de atenção à saúde e o reconhecimento adequado das necessidades biológicas, psicológicas, ambientais e sociais causadoras das doenças, e manejo das diversas tecnologias de cuidado e de gestão necessárias a estes fins, além da ampliação da autonomia das pessoas e coletividade.”

fins de cumprimento do piso constitucional da saúde, por não cumprirem os critérios estabelecidos na LC 141/2012, as despesas com o REHUF, a ANS, as Academias da Saúde²⁵, a integralização de capital da Hemobrás, o manejo de resíduos sólidos, nem as decorrentes da adoção de corte de 50.000 habitantes para execução, pela área da saúde, de ações de saneamento básico em municípios. 2. Não cabe ao TCU fixar o conceito de "pequenas comunidades", para identificação das ações e serviços de saneamento a serem contabilizados no piso constitucional da saúde, mas apenas de verificar a razoabilidade do critério adotado. 3. As ações orçamentárias referentes a saneamento básico de domicílios e de pequenas comunidades somente poderão ser contabilizadas para fins de cumprimento do piso constitucional da saúde caso previamente aprovadas, expressa e individualmente, pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação, que deverá decidir valendo-se de critérios consistentes de razoabilidade, a vista dos parâmetros estabelecidos pela LC 141/2012 para inclusão de despesas no piso; dos critérios legais de atuação do SUS na área de saneamento, em especial a excepcionalidade e a necessidade; e das circunstâncias do caso concreto.”²⁶

Relevante anotar ainda que o Supremo Tribunal Federal - STF, em decisão proferida em setembro de 2018, na Ação Civil Originária - ACO 1.224/ PE, excluiu do conceito de “atenção integral” as despesas do Estado com o custeio de assistência hospitalar e ambulatorial de policiais e bombeiros militares e seus dependentes, sob a perspectiva de que tal despesa não está amparada pelo princípio do acesso universal à saúde, bem assim por negar o caráter tripartite da Seguridade Social.

“(…)

7. Não são caracterizáveis como ações e serviços em saúde do SUS gastos da Secretaria de Defesa Social com assistência hospitalar e ambulatorial a policiais, bombeiros, militares e seus dependentes, e do Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco com atendimento a seus

²⁵As Academias de Saúde constituem programa governamental lançado em 2011 pelo Ministério da Saúde, com a finalidade de promover a saúde da população por meio de incentivo à prática de exercícios físicos, adoção de alimentação balanceada, além de possibilitar interação social e cultural dos cidadãos. BRASIL. Ministério da Saúde. Programa Academia da Saúde. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_academia_saude.php?conteudo=sobre_academia> Acesso em: 07 mar 2019.

²⁶TCU. Consulta. TC 046.061/2012-6. Relator: Ministro Augusto Sherman. Plenário, julgado em 18/01/2017, Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0031-01/17-P. Acesso em: 07 mar 2019.

beneficiários, por conta da seletividade dos destinatários. Do contrário, haveria ofensa aos princípios da universalidade das ações e prestações em saúde, tratamento equânime e acesso igualitário aos serviços públicos. Arts. 196, caput, da Constituição da República, e 7º, I e IV, da Lei 8.080/1990. Razões de decidir do RE-RG 581.488, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 03.12.2015.”²⁷

Uma última nota sobre o inciso II do artigo 3º da LC 141/12. Despesas para o cumprimento de decisões judiciais que, a pretexto de conferir efetividade aos princípios da universalidade e integralidade do serviço de saúde, impuserem ao Estado obrigações não previstas em políticas públicas já existentes, poderão ser computadas para adimplemento do percentual mínimo de 12% para investimento na área de saúde. E se forem tais decisões judiciais cumpridas mediante o sequestro de recursos de fontes vinculadas a outras políticas públicas, razoável e possível juridicamente o cômputo na base de cálculo de investimentos mínimos do Estado na área da saúde, excepcionalizando-se a vedação do artigo 4º, X, da LC 141/12.²⁸

3.3. Capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (inciso III do artigo 3º da LC 141/12)

Este dispositivo legal atribui maior grau de vinculação do gestor à sua implementação, na medida em que “*capacitação*” induz à ideia de treinamento do pessoal que trabalha (direta ou indiretamente) com o serviço de saúde. Duas observações se fazem importantes: a) capacitação, por decorrência lógica, compreende o custeio de cursos técnicos, de pós-graduação (mestrado, doutorado ou meras especializações), participação em congressos e seminários, além de treinamentos de equipes e profissionais; e b) “pessoal da saúde” não se restringe apenas a agentes públicos concursados do Estado; ao contrário, permite-se o cômputo da despesa com a “capacitação” de todos os agentes (servidor efetivo, cargos em comissão, empregados públicos, servidores temporários etc) que o Estado utiliza para atuação no Sistema Único de Saúde (SUS).

²⁷ STF. AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA : ACO 1.224/PE. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2636420>>. Acesso em: 07 mar 2019.

²⁸ Art. 4º Não constituirão despesas com ações e serviços públicos de saúde, para fins de apuração dos percentuais mínimos de que trata esta Lei Complementar, aquelas decorrentes de:

(...)

X - ações e serviços públicos de saúde custeados com recursos distintos dos especificados na base de cálculo definida nesta Lei Complementar ou vinculados a fundos específicos distintos daqueles da saúde.

3.4. Desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12)

A regra traz conceitos técnicos com margem de interpretação ampla. “*Desenvolvimento científico e tecnológico*” e “*controle de qualidade*” são conceitos indeterminados que possibilitam aos gestores margem de livre apreciação e concretização em situações práticas, mas com certo grau de “vinculação técnica” para possibilitar a utilização de todas as despesas nesta área na base de cálculo para atingimento do percentual mínimo de 12% da receita de impostos para investimentos na saúde pública.

Deste modo, estudo para desenvolvimento de medicamentos, vacinas, tratamentos experimentais, sistemas de gerenciamentos de hospitais e para controle de qualidade do serviço de saúde podem ser citados como exemplos para utilização, pelo Estado, para cumprir com sua missão constitucional e legal de investir o mínimo de 12% do seu orçamento de impostos em saúde pública.

O termo “controle de qualidade” deve ser compreendido de forma ampla; isto é, todo e qualquer gasto visando ao controle da qualidade dos serviços de saúde, inclusive em seus aspectos objetivo (qualidade de materiais, instalações e do serviço objetivamente considerado) e subjetivo (qualidade dos profissionais que atuam na área de saúde) devem ser computados para fins de atingimento do percentual mínimo a ser gasto em saúde.

Importante anotar que a liberdade de interpretação dos conceitos contidos no dispositivo legal em comento foi limitada pelo artigo 4º, inciso IX da LC 141/12, que veda a inclusão das despesas com “*obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde*”, no cômputo de gastos mínimos com saúde. Deste modo, as despesas com *obras de infraestruturas* não poderão ser objeto de interpretação extensiva e criativa pelos gestores, de modo a, partindo de uma noção de discricionariedade ou de colmatação de um conceito indeterminado, inclui-las no conceito de “desenvolvimento científico e tecnológico”.

3.5. Produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos (inciso IV do artigo 3º da LC 141/12)

O comando normativo permite ao gestor público relativa liberdade para concretizar a sua implementação. Há vinculação estrita na utilização dos conceitos “*produção, aquisição e distribuição*”, desde que relacionados com a saúde pública, vedando-se a utilização dos conceitos quando da implementação de programas de assistência social. Entretanto, há fluidez na noção de “*insumos específicos*”, servindo de prova a própria exemplificação contida no texto da norma, o que permitirá margem de livre apreciação dos gestores nos casos concretos, a depender, logicamente, de motivação.

Isto permite concluir que o gestor público terá liberdade de implementação do conceito jurídico indeterminado “*insumos específicos*”, tendo por parâmetro, nos

casos concretos, a necessidade de produção (desenvolvimento de técnicas), aquisição (compra, permuta, etc.) e despesas com distribuição. Todos os valores despendidos pelo Estado, a partir do cumprimento do comando normativo em comento, poderão ser utilizados para atingir o percentual mínimo para aplicação em saúde pública.

Nada obstante, a implementação do conceito de “insumos específicos” por agentes públicos tem gerado discussões nas Cortes de Contas. Mencione-se, como exemplo, debate sobre a inclusão na base de cálculo do valor mínimo a ser investido em saúde pública das despesas com órteses e próteses, cadeiras de roda e muletas, óculos, medicamentos, exames médicos, apoio financeiro para tratamentos de saúde fora do Município, dentre outros congêneres. Isto é, em sendo classificadas como “insumos específicos”, são despesas referidas atenderiam à saúde pública ou à promoção de assistência social?

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – TCE-PE, em Consulta formulada pela Prefeita do Município de Condado²⁹, reafirmou entendimento de sua jurisprudência³⁰, no sentido de que as despesas das referidas atividades devem ser computadas como despesas de saúde, em razão de sua natureza, independentemente do público-alvo ser pessoas carentes. Isto porque a seguridade social, na medida em que engloba a saúde, a previdência e a assistência social, adota como critério para aproveitamento da assistência à saúde o da universalidade e integralidade, enquanto para a assistência social o critério adotado é o da necessidade.

Assim, nas palavras do Conselheiro Relator, “*a condição econômica da pessoa é parâmetro, única e exclusivamente, para a concessão de benefícios da Assistência Social, nunca de saúde*”³¹.

Em contraponto, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso - TCE-MT adota posicionamento divergente (ao que parece, mais consentâneo com a orientação do Supremo Tribunal Federal na ACO 1.224/PE, já mencionada), na medida em que considera imprescindível o caráter universal, igualitário e gratuito da ação ou serviço de uma despesa para sua contabilização no piso constitucional da saúde, de forma que se esta for direcionada a grupo específico, como pessoas carentes, deve ser considerada despesa com assistência social. Tal posicionamento derivou de Consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Brasnorte a respeito da possibilidade de inclusão de gastos com despesas com órteses e próteses e outros itens referentes à área da saúde; medicamentos, pagamento de exames médicos, tratamento de saúde fora do domicílio, transporte de doentes; leites e dietas de prescrição especial e

²⁹ TCE-PE. Consulta. TC nº 1304831-4. Relator: Conselheiro Carlos Porto. Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2013. Disponível em: < http://www2.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=13048314>. Acesso em: 08 mar 2019.

³⁰ TCE-PE. Consulta. TC nº 1105902-3. Relator: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011. Disponível em: < http://www2.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=11059023>. Acesso em: 08 mar 2019.

³¹ TCE-PE. Consulta. TC nº 1105902-3. Relator: Conselheiro Dirceu Rodolfo de Melo Júnior. Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011. Disponível em: < http://www2.tce.pe.gov.br/processosJoomla/processos/consulta_processo.asp?ITHcprc=11059023>. Acesso em: 08 mar 2019.

fraldas descartáveis para pessoas que têm necessidades de uso, conforme disciplinados pelo artigo 1º da Resolução CNAS 39/2010³².

3.6. Saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas na Lei Complementar (inciso VI do artigo 3º da LC 141/12)

O artigo 4º, inciso V da LC 141/12 veda, como regra, a inclusão das despesas estatais com saneamento básico na base de cálculo dos investimentos mínimos em saúde pública. Por isso, o comando normativo do artigo 3º, VI da LC 141/12 não poderá ser interpretado de forma subjetiva; há vinculação para interpretar restritivamente o conteúdo do conceito “*saneamento básico de domicílio e de pequenas comunidades*”, observadas as condicionantes constantes do dispositivo legal (aprovação pelo Conselho Nacional de Saúde³³)

Entretanto, em se tratando de *domicílios e de pequenas comunidades*, computam-se todas as despesas realizadas para atingimento do conceito de *saneamento básico*, notadamente o estabelecido pelo artigo 2º, I-A, da Lei Federal nº 11.445/2007, com a redação conferida pela Medida Provisória n. 868/2018, para atingimento do percentual mínimo de saúde.³⁴

É certo, porém, que os referidos Conselhos de Saúde estão vinculados ao conceito jurídico de *domicílio* para identificação dos gastos com saneamento, e terão maior liberdade de conformação para chegar ao conceito de “pequenas comunidades” para utilizar os investimentos com saneamento na base de cálculo dos gastos orçamentários mínimos de 12% das receitas dos impostos com saúde pública.

³² TCE-MT. Consulta. TC nº 3.925-0/2011. Relator: Auditor Substituto de Conselheiro Luiz Henrique Lima. Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2011. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/39250/ano/2011/num%20decisao/34/ano_decisao/2011>. Acesso em: 08 mar 2019.

³³ Cada ente público tem o seu Conselho de Saúde. A resolução nº 453, de 10 de maio de 2012, do Ministério da Saúde, aprovou diretrizes para instituição, reformulação, reestruturação e funcionamento dos conselhos de saúde.

³⁴ Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I-A - saneamento básico - conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável, constituído pelas atividades, pela disponibilização, pela manutenção, pela infraestrutura e pelas instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e os seus instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário, constituído pelas atividades, pela disponibilização e pela manutenção de infraestrutura e das instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até a sua destinação final para a produção de água de reuso ou o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbanas; e d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas, constituídos pelas atividades, pela infraestrutura e pelas instalações operacionais de drenagem de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas, contempladas a limpeza e a fiscalização preventiva das redes;”

3.7. Saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos (inciso VII do artigo 3º da LC 141/12)

Os índios e os quilombolas são destinatários de tratamento especial na Constituição Federal de 1988³⁵ e constituem motivo de preocupação da comunidade jurídica e acadêmica brasileira. Como consequência, a Lei Complementar 141/12 atribui um comando normativo específico para as despesas públicas com saúde que visem a protegê-los, excepcionando a regra dos incisos V e VI do artigo 4º, que excluem da base de cálculo do percentual mínimo de gastos com saúde as despesas com saneamento básico.³⁶

Conforme é de fácil percepção, o comando normativo comentado não apresenta margem de interpretação ampla por parte do gestor público. As despesas, para serem computadas no percentual mínimo de aplicação na saúde, devem estar diretamente relacionadas ao conceito (*de interpretação restrita e vinculada*) de atividade de saneamento básico dos distritos indígenas e dos quilombolas, não sendo possível o cômputo de despesas que apenas indiretamente se destinem à melhoria da referida atividade (como, por exemplo, o combate ao desmatamento próximo aos rios).

3.8. Manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças (inciso VIII do artigo 3º da LC 141/12)

O artigo 4º, inciso VII da LC 141/12 veda, como regra, a inclusão das despesas públicas com a preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais, na base de cálculo dos investimentos mínimos em saúde pública.

Por isso, a aplicação dos investimentos previstos na norma em comento carece de interpretação vinculada pelos gestores públicos. Isto é, apenas serão considerados os gastos com o manejo ambiental diretamente utilizado para o controle de vetores de doenças. Não há liberdade de interpretação (interpretação extensiva) ou de conformação do conteúdo da norma, sobretudo do conceito de “manejo ambiental” em circunstâncias práticas. A regra é a não utilização de gastos com a proteção do meio ambiente na base de cálculo dos investimentos mínimos em saúde pública; a exceção é a utilização de recursos utilizados, de forma estritamente vinculada, ao manejo ambiental para combater vetores de doenças. Como exemplo, não serão consideradas ações de saúde projetos de revitalização dos rios com escopo ambiental; por outro lado, a drenagem de áreas para controle de dengue ou malária será considerada como despesa de saúde, ainda que indiretamente possa estar também afeta à proteção do meio ambiente.³⁷

³⁵ A Constituição Federal dedicou o título VIII para tratar dos índios, mais especificamente nos artigos 231 a 232.

³⁶ Sobre a evolução da legislação na saúde, protetiva das comunidades indígenas e da população negra, remete-se o leitor aos estudos de Karyna Rocha Mendes (MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200-236).

³⁷ AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE (ASPS). TESOURO NACIONAL. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/483733/CPU_Item_1_4_LC_141_

Nesse contexto, faz-se relevante anotar que não há dúvidas sobre a importância da preservação do meio ambiente e sua consequente repercussão na área da saúde pública³⁸, circunstância que poderá fazer com que o legislador repense a vedação expressa contida na legislação comentada. Mencione-se, por exemplo, o efetivo ganho de saúde com as políticas públicas tendentes a evitar ou a diminuir todo o tipo de espécie de poluição. Todavia, por expressa previsão legal do artigo 4º, inciso VII da LC 141/12, as despesas com o referido programa não poderão ser incluídas na base de cálculo do percentual mínimo orçamentário de saúde a ser aplicado pelos Estados.

3.9. Investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde (inciso IX do artigo 3º da LC 141/12)

O dispositivo legal não comporta maiores discussões interpretativas. Todo e qualquer investimento físico em obra pública, aí incluídos os conceitos abertos de reforma, construção e ampliação será considerado para o cômputo do percentual mínimo aplicável em saúde³⁹. Entretanto, há vinculação do gestor aos conceitos “rede física do SUS” e “execução de obra”, não lhe sendo possível qualquer ato criativo para ampliação discricionária. Exemplo a ser mencionado é a vedação expressa, no artigo 4º, inciso IX da LC 141/12, de inclusão das despesas com “obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde”, no cômputo de gastos mínimos com saúde.

3.10. Remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais (inciso X do artigo 3º da LC 141/12)

MDF_STN_Texto_revisado%2B_apos_reuniao_da_CT_em_06_10_2015.pdf/dd1ff5d4-a602-4d27-861f-05cd005e14e5>. Acesso em: 07 mar. 2019.

³⁸ Importantes as observações de Karyna Rocha Mendes a respeito do tema, que podem contribuir para eventual revisão da legislação objeto deste estudo para permitir o cômputo das despesas com efetiva prevenção de poluição na base de cálculo dos investimentos mínimos dos Estados com saúde pública: “Muito se tem discutido sobre o aquecimento global e muitas vezes a ótica economicista, ou seja, a que visa lucro é a única que impera entre os empresários.

Assim sendo, é importante o estudo que mostra que combater as emissões de gases do efeito estufa faz bem não apenas à natureza, mas também à saúde das pessoas – estudo encomendado por duas entidades europeias da área da saúde – a Health Care Without Harm, com sede em Bruxelas, e a Health and Environment Alliance – indica que aumentar o corte de emissões de gases de efeito estufa de 20% para 30% levaria a União Europeia (UE) a economizar dezenas de bilhões de dólares em gastos com saúde.

(...)

A Organização Mundial da Saúde, no segundo semestre de 2011, alertou que a poluição do ar mata ao menos dois milhões de pessoas por ano. Foram analisados dados de 1.100 cidades, de 91 países, com mais de 100 mil habitantes e, segundo especialistas, a contaminação do ar pode levar a problemas cardíacos e respiratórios” (MENDES, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. Op. cit., p. 291).

³⁹ O artigo 6º da Lei Federal n. 8.666/93 fornece o conceito de obra como “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”

Não há liberdade de interpretação quanto à norma do artigo 3º, X da LC 141/12. A vinculação do gestor público é total, pois apenas os gastos com remuneração do *peçoal ativo* (cargos efetivos, comissionados, empregados públicos, temporários, etc) que estiverem atuando na efetiva área de saúde (*o inciso II do art. 4º subsequente expressamente veda o cômputo das despesas de pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área*) poderão ser incluídos na base de cálculo do investimento mínimo em saúde pública pelos Estados.

Como regra, apenas serão computadas as despesas com o pessoal ativo civil. Todavia, as despesas de pessoal de agentes militares custeadas pelos Estados, inclusive os das Forças Armadas, eventualmente, regulares ou extraordinárias, que estiverem diretamente relacionadas à área de saúde (exemplo: combatendo epidemias ou emergências outras) poderão ser computadas para atingimento do percentual mínimo de saúde.

O conceito de “encargos sociais” tem gerado debates nos órgãos de controle externo. O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE-RJ tem considerado as despesas com contribuições previdenciárias do pessoal ativo em efetivo serviço de saúde no Estado do Rio de Janeiro como passíveis de contabilização no percentual mínimo a ser aplicado em saúde. De igual modo, o TCE-RJ tem considerado que também se inserem no conceito de “encargos sociais” as despesas que compõem o “serviço da dívida”, assim consideradas as “amortizações e juros pagos dentro do exercício e comparadas com as receitas de impostos daquele mesmo exercício”, excluindo-se as despesas “custeadas com receita proveniente de Operações de Crédito, que, se computada, será considerada em duplicidade no cálculo.”⁴⁰

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, na já mencionada decisão proferida na Ação Civil Originária - ACO 1.224/PE, julgada em 20/09/2018, manifestou-se de forma categórica e contrária ao entendimento do TCE-RJ ao concluir que os valores pagos pelo Estado para a previdência dos agentes públicos que atuam na área da saúde não podem ser computados no percentual mínimo de 12% do orçamento de impostos, eis que não atendem ao princípio do acesso universal, além de negar o caráter tripartite da Seguridade Social. Confira-se a parte do acórdão que interessa aos comentários deste dispositivo legal:

“(…)

8. Despesas públicas do Poder Público com as contribuições previdenciária e complementar dos servidores que atuam na área de saúde não são computáveis como ações e serviços em saúde para efeitos do mínimo constitucional a ser aplicado na área. O custeio do Regime Próprio da Previdência Social não é atribuição do Sistema Único de Saúde. Acolhimento de argumento da defesa do Estado Réu implicaria em negação do

⁴⁰ Parecer Prévio nas contas de governo do Município de Queimados, exercício de 2017. Processo TCE nº 212.767-1/2018, Relator Conselheiro Substituto Christiano Lacerda Ghuerrén. Acesso ao site www.tce.rj.gov.br em 16/03/2019.

caráter constitucional tripartite da Seguridade Social e, por eventualidade, da diferenciação entre Regimes Próprio e Geral. Arts. 40, 194, 195 e 201 da CFRB/88, 7º e 15 da Lei 8.080/1990.

9. Desde o advento do art. 4º, I e III, da LC 141/2012, é dever legal do Poder Público não caracterizar para fins orçamentários como ações e serviços em saúde os pagamentos de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde, e os gastos com assistência à saúde que não atendem ao princípio do acesso universal.”⁴¹

Reitere-se que despesas com pessoal ativo da área de saúde em atuação em áreas outras não poderão ser computados no cálculo do valor mínimo de investimento, tendo em vista o inciso II do art. 4º, da LC 141/12. A propósito, Auditoria de Regularidade realizada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal – TC-DF, que teve como Relator o Conselheiro Manoel de Andrade, ao verificar as despesas em ASPS da Secretaria de Estado de Saúde - SES, concluiu que despesas com pessoal da Secretaria de Estado de Saúde em atividade alheia à área de saúde não são enquadráveis como ASPS para aplicação do limite mínimo em saúde.⁴²

A vinculação do gestor resta ainda reforçada com a proibição do artigo 4º, I, da LC 141/12 da inclusão na base de cálculo do investimento mínimo com saúde das despesas com o pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde.

3.11. Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde (inciso XI do artigo 3º da LC 141/12)

O dispositivo legal traz conceitos jurídicos abertos, que podem ser objeto de livre apreciação pelos gestores à luz de situações concretas.

“*Ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS*” permitem interpretação que englobe as despesas de todos os contratos de prestação de serviços de suporte administrativo às instituições públicas do SUS na base de cálculo do percentual mínimo de 12% a ser aplicado pelos Estados em saúde, desde que se comprove, direta ou indiretamente, servir de apoio administrativo às instituições do SUS. Não tivesse previsão em outro dispositivo legal permissivo, seria possível inserir o conceito de ‘treinamento’ nas ações de apoio administrativo. Isto é exemplo da amplitude do conceito a permitir

⁴¹ STF. AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA: ACO 1.224/PE. Relator: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2636420>>. Acesso em: 07 mar 2019.

⁴² TCDF. Auditoria de Regularidade. Processo nº 874/2014. Relator: Manoel de Andrade. Voto, em 01/12/2016. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/a=consultaETCDF&f=formPrincipal&nrproc=874&anoproc=2014>>. Acesso em 08 mar. 2019.

atuação de conformação interpretativa motivada dos gestores, nas hipóteses concretas por ele vivenciadas.

De igual maneira, a análise da “imprescindibilidade” contida no dispositivo legal também representa a interpretação de um conceito jurídico indeterminado, que ficará a cargo do gestor público nos casos concretos e a partir de decisão tecnicamente motivada. Deste modo, possível incluir as despesas que estiverem em *zona de certeza positiva* de “imprescindibilidade” e as hipóteses que se enquadrarem em *zona cinzenta de certeza* e desde que não se tenha dados para se concluir pela “prescindibilidade”.

3.12. Gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde (inciso XII do artigo 3º da LC 141/12)

Indeterminados, juridicamente, os conceitos de “*gestão do sistema público de saúde*” e “*operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde*”

Possível ao gestor, no caso concreto, motivar tecnicamente a inclusão na base de cálculos dos gastos mínimos com saúde as despesas com a gestão de pessoal e de materiais no conceito indeterminado de “*gestão do sistema público de saúde*”.

Por igual, acredita-se na liberdade do agente público para livremente apreciar o conceito indeterminado “*operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde*” para nele incluir despesas com gastos para operação de hospitais públicos, de hospitais particulares conveniados, de hospitais públicos municipais ou federais conveniados ou mesmo de unidades de saúde administradas por entidades com ou sem fim lucrativo que atuam nas mais diversas formas de parcerias com o Estado, na base de cálculo do percentual mínimo de 12% a ser investido na saúde.

4. Conclusão

Em arremate final das ideias expostas neste trabalho, destaca-se, em um primeiro momento, a relevância social do direito fundamental à saúde, representada na determinação constitucional e legal de os entes federados destinarem um percentual mínimo de suas receitas oriundas de impostos e outras rubricas tributárias para investimento em saúde pública. No caso dos Estados, é direito do cidadão ter o mínimo de 12% das receitas orçamentárias dos impostos vertidos em saúde pública.

Para impedir a criatividade maléfica dos gestores públicos, a Lei Complementar nº 141/2012 estabeleceu nos artigos 3º e 4º as despesas públicas que podem e as que não podem ser incluídas na base de cálculo dos 12% do orçamento dos Estados, para gastos com saúde pública. Para tanto, demonstrou-se que há no artigo 3º da LC nº 141/12 conceitos jurídicos vinculados, que não permitem qualquer margem de criação ao gestor, mas há, também, conceitos jurídicos abertos e indeterminados, passíveis de livre apreciação de agentes públicos à luz do caso concreto, fato relevante para o atingimento do percentual mínimo antes referido. Isto

porque, conforme já se mencionou, o descumprimento da obrigação de investimento mínimo em saúde pode acarretar para o gestor não apenas as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, mas também sanções jurídico-políticas, tais como a emissão de parecer prévio contrário às contas do Chefe do Poder Executivo, a cargo dos Tribunais de Contas, bem assim a reprovação das contas de governo pelo Poder Legislativo.

5. Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. *O cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 no Brasil*. Cadernos de Saúde Pública, Jul 2007, Volume 23, Nº 7.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes (atualizado por José Emmanuel Burle Filho e Carla Rosado Burle. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. *Direito à Saúde & Sua Judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018.

FRANCISCO DE SOUZA, Antônio. Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão. *In Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, out/dez. 1986.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SADDY, André. *Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. *Discricionariedade e jurisdição nacional / supranacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SANTOS, Claudio Hamilton Matos dos. SCHETTINI, Bernardo Patta. VASCONCELLOS. AMBROSIO, Érica. A Dinâmica dos Gastos com Saúde e Educação Públicas no Brasil – 2006 /2015 -: Impacto dos mínimos constitucionais e relação com a arrecadação tributária. *Texto Para Discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -IPEA*. Nº 2289. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, SILVA,

Denise Santos Vasconcelos. *Direito à Saúde – Ativismo Judicial, Políticas Públicas e Reserva do Possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito Fundamental à Saúde – O Dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.