

OS DESAFIOS DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA NO SISTEMA DE SAÚDE

*Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho*¹¹³

Em um mundo onde o acesso à informação é muito mais fácil, ao mesmo tempo que não é tão confiável, tudo quando se trata de saúde deve-se ter um cuidado redobrado. É o bem maior que possuímos, pois, ao lado da vida, o que seria dessa sem saúde?

Neste pequeno ensaio, serão destacados os seguintes pontos: (i) o desafio do administrador público em aplicar o Princípio da Transparência e o Princípio da Moralidade como sua base densificadora; (ii) os desafios legais da base orçamentária da saúde; (iii) o desafio da escassez de recursos no sistema universal adotado no Brasil e a comparação com o sistema de Portugal; (iv) o desafio em relação ao endividamento pela via da dívida flutuante: o caso Estado do Rio de Janeiro.

1. O DESAFIO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO EM APLICAR O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO SUA BASE DESINFICADORA

A moral é um padrão de comportamento e varia segundo o tempo, o espaço e lugar, ao longo da história dos homens. Por exemplo, na Idade Média, a moral era a propagada pela doutrina religiosa da Igreja, que tem Cristo e os ensinamentos de solidariedade, caridade e amor fraterno como fundamentos. Para Santo Agostinho, os homens se realizariam somente se estivessem em comunhão com Deus. A lei natural era a lei revelada por Deus a Moisés, através dos textos bíblicos. Surge, na segunda etapa do pensamento jusnaturalista medieval, a escola escolástica, com

113 Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Doutoranda em Direito Financeiro e Econômico Global pela Universidade de Lisboa

seu autor mais renomado, São Tomás de Aquino, que não diverge das ideias que ligam a religião à moral.

A visão teocrática que marcou a Idade Média começou a sofrer profundos abalos a partir das primeiras declarações humanistas no século XII, no período renascentista. A ordem era a renovação das ideias e dos valores, em que se substituiu Deus pelo próprio homem e a fé que escraviza pela razão que liberta. Com a Reforma Protestante, o Direito passou a ter como fundamento a razão humana. Surgiu a Escola do Direito Natural, com Hugo Grotius, o jusracionalismo. Logo após, com Hobbes, a concepção do correto passou a ter bases em um Estado forte, instituindo-se um contrato com esse fim específico.

Contudo, a presença de regimes absolutistas por toda a Europa levou os filósofos a pensarem em formas de proteger a liberdade individual contra os excessos cometidos pelos governos despóticos. Surgiu o liberalismo de Locke, para o qual o estado da natureza era não apenas o estado da liberdade, mas também o da igualdade, de modo que uns não invadissem os direitos dos outros. O poder do Estado nasceu limitado (LIMA, 2000).

Setenta e dois anos depois do *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, de Locke, é publicado *Du Contrat Social*, talvez a mais importante obra intelectual do século XVIII. Para Jean-Jacques Rousseau, o homem era bom; a sociedade é que o corrompia. Assim, a própria sociedade deveria buscar seus direitos naturais em novas condições. Surgia a ideia de uma lei racional que representava a vontade geral, o contrato social (ROUSSEAU, 2001, p. 55).

Com o advento das codificações, floresceu o positivismo jurídico. O grande marco dessa teoria foi a concepção do Direito como ciência, embora tenha buscado na pureza da norma a ausência de qualquer cunho valorativo. O direito natural, ao positivar-se, teria alcançado sua missão última, hibernando, desde então, até despertar no pós-positivismo (LIMA, 2000, p. 181-182).

A moral, por permear os aspectos de cada época em que é concebida, acaba por ser um termo difícil de conceituar, mas muito fácil de entender. Está ligada às pessoas que adotam bons costumes na forma de

se conduzir socialmente. Vincula-se ainda à noção de honestidade, do bem, de correção e de virtude¹¹⁴ na medida tida como padrão por uma determinada sociedade.

Já a moralidade, sendo caráter do que se conforma às normas morais (ABBAGNANO, 1998, p. 652), serve de porta de entrada da moral no Direito. Impregna-se os princípios jurídicos com conteúdos valorativos, preconizando a adoção de comportamentos moralmente aceitos nas condutas juridicamente relevantes, em oposição ao comportamento imoral, leviano, irresponsável, desonesto, vicioso e, por isso, reprovável. A moral penetra no Direito através dos princípios e de seu conteúdo valorativo e, a partir daí, pode-se desenvolver uma metodologia de solução de conflitos e tensões que nos leve a soluções moralmente legítimas (HABERMAS, 1989, p. 143).

A partir das últimas décadas do século XX, sobretudo com as investidas realizadas pelo jurista norte-americano Ronald Dworkin, cresce a importância dos princípios para a estruturação e substanciação do sistema. Impregnados de conteúdo cultural, os princípios dão significado moral e ético às condutas humanas por intermédio dos valores. Como os princípios sintetizam valores, estão aptos a captar mudanças da realidade e estão abertos às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

Dworkin (1977), que atacou, de forma geral e declarada o positivismo, faz distinção entre princípios e diretrizes. Segundo ele, as diretrizes partem de pautas (*standards*) estabelecedoras de certas metas a serem alcançadas, geralmente, referidas a algum tema econômico, político ou social. Os princípios, por sua vez, são pautas que devem ser observadas não porque possibilitem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais tidas como desejáveis, mas porque consubstanciam-se num primado de justiça, honestidade ou alguma outra dimensão da moralidade¹¹⁵.

114 Leia-se, à propósito, o verbete “moral” no *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* (2001, p. 1958).

115 “I call a “policy” that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally and improvement in some economic, political or social feature of the community [...] I call a “principle” a standard that is to be observed, not because it will advance or secure in the economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality” (DWORKIN, 1977, p. 22).

As regras se diferenciam dos princípios no que diz respeito ao mecanismo lógico de sua aplicação. Elas dão ensejo ao binômio “tudo ou nada” (*all or nothing*), quando são aplicadas, subsumindo-se ou não o fato à regra prevista¹¹⁶. Já os princípios, mesmo que presentes às condições de fato, não se aplicam absolutamente uns em prejuízo dos outros. Eles não conhecem dimensão de validade, e sim de peso (SARMENTO, 1999, p. 52).

Robert Alexy (1993; 2017) define os princípios como mandamentos (comandos, mandados) de otimização, ou seja, buscam sempre um ponto ideal para sua efetivação, submetidos que estão às limitações impostas pelos fatos e regras opostas:

*[...] los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas* (ALEXY, 1993, p. 96, grifos do autor).

E como bem assevera Perelman (1999, p. 292-293):

[...] em moral, não existem obras que contenham o conjunto das regras válidas numa dada sociedade e todos parecem qualificados para emitir um juízo moral sobre qualquer situação humana, com uma autoridade variável segundo as circunstâncias. Não é nada espantoso que os juízos morais referentes às situações particulares nem sempre sejam seguros ou concordantes. Quando nos encontramos diante das controvérsias, em moral, é que o papel dos princípios se mostra mais importante.

Desta feita, é imprescindível sua densificação em bases morais. Ao retornar a essa moral, agora a que nos interessa, como base nomogenética para o princípio da transparência, a moral objetiva, que, na concepção de Hegel (1997), é a transformação da moralidade subjetiva para a realidade da moralidade subjetiva, em que discorre:

O Bem, que é a substância universal da liberdade mas ainda uma forma abstrata, apela para determinações e para um princípio de tais

116 “The difference between legal principles and rules is a logical distinction [...]. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision” (DWORKIN, 1977, p. 24).

determinações que lhe seja idêntico, ao passo que, reciprocamente, a consciência moral, que é princípio de determinação mas apenas abstrato, apela para a universalidade e para a objetividade. Estes dois termos, cada um deles por si elevado à totalidade, revelam-se como indefinidos e devem ser determinados. Ora, a integração destas duas totalidades relativas na identidade absoluta está já em si mesma efetuada precisamente quando a certeza subjetiva de si, ao desvanecer-se no vazio, se torna idêntica à universalidade abstrata do Bem. A identidade, agora concreta, do Bem e da vontade subjetiva, a sua verdade, é a moralidade objetiva (HEGEL, 1997, p. 138-139).

Assim sendo os princípios como base densificadores da moral, convém destacar suas várias funções¹¹⁷, com destaque à eficácia adotada por saudoso Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (s.d.). O autor faz uma classificação dicotômica da eficácia do princípio: uma *imediate*, impeditiva de conduta; e outra *mediata*, indicativa de conduta. A eficácia imediata é aquela que suprime totalmente ou impede parcialmente as regras com eles incompatíveis. A eficácia mediata, por sua vez, decorre das regras (ou preceitos, na linguagem do autor) ou atos concretos que se inspiram nos princípios, em que se destaca:

1. A eficácia axiológica, que consiste em definir com clareza, na ordem jurídica, os valores que a informam.
2. A eficácia nomogenética, que consiste em dar fundamentos finalístico-valorativos para a edição de novos preceitos e de neles reproduzir esse conteúdo.
3. A eficácia otimizadora, que consiste em orientar a interpretação dos preceitos e dos atos concretos que conformam uma ordem jurídica, no sentido de dar a mais ampla, profunda e completa aplicação possível a seu conteúdo de valor.
4. A eficácia sistêmica, que consiste em interconectar todos os preceitos e atos concretos informados pelo mesmo princípio, como que

117 Luís Roberto Barroso (1999, p. 150-156) classifica em fundamentais que “[...] são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...]”; em princípios gerais, “[...] que irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como definidores de direitos [...]”; e, finalmente, define os princípios setoriais, “[...] que são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, ou título da Constituição”.

conformando uma superestrutura abstrata, que lhes infunde unidade e coerência.

5. A eficácia integrativa, que consiste em preencher eventuais lacunas da ordem jurídica (MOREIRA NETO, s.d.)

Pode-se influir que surgem de suas eficácias várias modalidades positivadas, a exemplo da moralidade concreta, a moralidade administrativa que, no conceito de Maurice Hauriou (*apud* MOREIRA NETO, 2000, p. 58-60), é tida como um “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Segundo Moreira Neto, o conceito de Hauriou só pode ser entendido levando-se em conta a distinção proposta pelo filósofo Bergson entre moral aberta e moral fechada. A primeira, ligada à consciência interna de cada indivíduo acerca da diferença entre o bem e o mal, e a segunda, estabelecida por um grupo determinado para a proteção de seus próprios fins. A partir desses conceitos, Moreira Neto (2000, p. 58) conclui que, na moral administrativa, considera-se “o resultado desvinculadamente da intenção de produzi-lo, pois está-se diante de um conceito orientado pela finalidade”.

Antônio José Brandão (1951), sobre o legado de Hauriou, destaca que o mestre de Toulouse foi quem, pela primeira vez, falou em moralidade administrativa. Na 10ª edição de sua obra *Précis de Droit Administratif* (1925)¹¹⁸, ao tecer anotações ao acórdão do Conselho de Estado Francês no caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25, indicou o conceito de moralidade administrativa. Segundo o referido autor francês, o comportamento da Administração Pública deve conformar-se à lei jurídica, mas não é o suficiente. A noção de moralidade administrativa é mais ampla do que a noção de legalidade jurídica, sendo as exigências da moralidade mais fortes que as exigências da legalidade jurídica.

Nas palavras de DWORKIN (2012), o direito é um ramo da moralidade política e não tem na moralidade um sistema de rivalidade, portanto,

[...] uma concepção do direito que o vê não como um sistema rival de regras que podem entrar em conflito com a moral, mas sim como

118 Não conseguimos ter acesso à 10ª edição, mas tão-somente à 8ª, em que não há alusão ao conceito de moralidade administrativa.

um ramo da moral. Para que esta sugestão seja plausível, é necessário enfatizar aquilo a que se pode chamar justiça processual, a moralidade da governação justa, bem como do resultado justo. É também necessário compreender a moralidade em geral como tendo uma estrutura em árvore: o direito é um ramo da moralidade política, que é, em si mesmo, um ramo de uma moralidade pessoal mais geral, que, por sua vez, é um ramo de uma teoria ainda mais geral daquilo que consiste em viver bem (DWORKIN, 2012, p. 17).

Depreende-se das concepções dos mencionados autores que a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de cada um dar o que lhe pertence, de forma proba. Assim, na vigência do Estado Democrático de Direito, preconizado pelo artigo 1º da Constituição de 1988, a finalidade buscada pelo administrador deverá atender, além das regras legalmente estabelecidas, à legitimidade de sua elaboração e aplicação. Nesse sentido, os meios utilizados são de suma importância para a realização dos fins moralmente aceitáveis.

Essa moralidade política que é defendida por Dworkin (2012, p. 19): “depende da interpretação e que a interpretação depende do valor”. Assim, a única forma plausível de interpretação é pela transparência, sendo, segundo o autor, a “moral é um trabalho interpretativo por excelência” (2012, p. 24). Daí, pode-se afirmar que o princípio da transparência tem base de densidade muito mais arraigada no princípio da moralidade administrativa que, no princípio da publicidade, advinda do direito processual ou meramente instrumental.

Ao revisar o posicionamento antes adotado (CARVALHO, 2001, p. 91) e comumente aceito que de que o princípio da transparência é a derivação mais significativa do princípio da publicidade, amplia-se muito mais a forma valorativa e principiológica da transparência. Isso porque tem suas raízes na moralidade subjetiva que se torna real com a moralidade objetiva e os conjunto de normas e regras as quais, segundo Hegel (1997, p. 141), “o conteúdo objetivo da moralidade que se subs-

titui ao bem abstrato é, através da subjetividade como forma infinita, a substância concreta”.

Do célere provérbio oriundo da frase de Júlio César, no qual “a mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”, não existe outra maneira que comprovar a moralidade, a objetiva e administrativa que nos interessa, sem a transparência dos atos praticados. Assim o princípio da transparência é muito mais valorativo do que a simples publicidade de atos, sendo passível de afirmar que, hoje em dia, o princípio da publicidade apenas é um mero instrumento da transparência, cujo arcabouço nomogenético vem da moralidade. Tudo que se faz sob a forma de artimanhas, sem ser inteligível suficiente para o controle público, mesmo que aparentemente atenda o princípio da publicidade, não será o suficiente para atender ao princípio da transparência.

A sociedade transparente é uma sociedade positiva. Conforme Byung-Chul Han (2017, p. 9):

Nos dias atuais não há mote que domine mais o discurso público do que o tema da transparência. Ele é evocado enfaticamente e conjugado sobretudo com o tema da liberdade de informação. A exigência de transparência, presente por todo lado, intensifica-se de tal modo que se torna um fetiche e um tema totalizante, remontando a uma mudança de paradigma que não se limita ao âmbito da política e da sociedade. Assim, a sociedade da negatividade dá espaço a uma sociedade na qual vai se desconstruindo cada vez mais a negatividade em favor da positividade. Portanto, a sociedade da transparência vai se tornando uma sociedade positiva (BYUNG-CHUL HAN, 2017, p. 9)

O autor supracitado, porém, não entende essa positividade como benéfica, pois, segundo ele: “a sociedade positiva se despede tanto da dialética quanto da hermenêutica, sendo que a dialética repousa na negatividade” (2017, p. 16). E, citando Gigerenzer (2007 *apud* BYUNG-CHUL HAN, 2017, p. 16), “está comprovado que uma maior quantidade de informações não leva necessariamente à tomada de decisões mais acertadas”.

No entanto, seja no âmbito da saúde¹¹⁹ ou em seus desdobramentos fiscais que iremos ver a seguir, estamos longe de pasteurizar a sociedade

119 Em Portugal, a Lei de Bases tem as seguintes disposições sobre transparência:

“Lei n.º 95/ 2019, de 4 de setembro – Sumário: Aprova a Lei de Bases da Saúde e revoga a Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, e o Decreto-Lei n.º 185/2002, de 20 de agosto. [...]

Base 4 Política de saúde

[...] 2 – São fundamentos da política de saúde: [...]

h) O desenvolvimento do planeamento e a institucionalização da avaliação em saúde como instrumentos promotores de uma cultura de transparência das escolhas e de prestação de contas; [...]

k) A divulgação transparente de informação em saúde; [...]

Base 20 Serviço Nacional de Saúde

2 – O SNS pauta a sua atuação pelos seguintes princípios: [...]

i) Transparência, assegurando a existência de informação atualizada e clara sobre o funcionamento do SNS”.

Aliás, existe até um site como guia de direitos e deveres do utente: <https://www.sns24.gov.pt/guia/direitos-e-deveres-do-utente/carta-dos-direitos-de-acesso-aos-cuidados-de-saude-pelos-utentes-do-servico-nacional-de-saude/>.

No Brasil, as disposições da Lei n.º 8.080/1990 e da Lei Complementar n.º 141/ 2012 assim dispõem: “Art. 7.º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...]

VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; [...]

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem. (Incluído pela Lei n.º 12.401, de 2011)

§ 1o O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais: (Incluído pela Lei n.º 12.401, de 2011) [...]

I – apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2o do art. 19-Q; (Incluído pela Lei n.º 12.401, de 2011) [...]

Art. 47. O Ministério da Saúde, em articulação com os níveis estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS), organizará, no prazo de dois anos, um sistema nacional de informações em saúde, integrado em todo o território nacional, abrangendo questões epidemiológicas e de prestação de serviços”.

Lei Complementar n.º 141/ 2012: “CAPÍTULO IV - DA TRANSPARÊNCIA, VISIBILIDADE, FISCALIZAÇÃO, AVALIAÇÃO E CONTROLE. Seção I - Da Transparência e Visibilidade da Gestão da Saúde

Art. 31. Os órgãos gestores de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios darão ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, das prestações de contas periódicas da área da saúde, para consulta e apreciação dos cidadãos e de instituições da sociedade, com ênfase no que se refere a:

I – comprovação do cumprimento do disposto nesta Lei Complementar;

II – Relatório de Gestão do SUS;

III – avaliação do Conselho de Saúde sobre a gestão do SUS no âmbito do respectivo ente da Federação. Parágrafo único. A transparência e a visibilidade serão asseguradas mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde.

com ausência de cor da transparência. Ao contrário, ainda temos muitas tintas e informações a serem lançadas, com a devida clareza, para a busca de uma sociedade mais consentânea com o atendimento de suas necessidades.

Porém, uma excelente conclusão que se pode aproveitar do livro de Byung-Chul Han (2017, p. 94) é a afirmativa com a qual concordamos: “Transparência e poder não se coadunam muito bem. O poder prefere velar-se no oculto, e a práxis arcana é uma das práxis do poder”.

2. OS DESAFIOS LEGAIS DE BASE ORÇAMENTÁRIA DA SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 6º o direito à saúde como um direito social, sendo de competência comum entre os entes o seu cuidado (artigo 23), sendo a competência concorrente para legislar sobre o assunto (artigo 24, inciso XII). Aos municípios cabem a prestação básica com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, segundo o artigo 30, inciso VII.

Dispõe o texto constitucional, em seu artigo 198 § 1º, que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação e o seu financiamento se dará com recursos com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Em termos de controvérsia e desafio, principalmente para os Estados, passemos à leitura do artigo 198 da Constituição § 2º e 3º:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional n° 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3°. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 29, de 2000)

§ 3° Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional n° 29, de 2000) Regulamento

I – os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2°; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 86, de 2015)

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional n° 29, de 2000)

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional n° 29, de 2000)

IV – (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 86, de 2015)

A regulamentação para o percentual mínimo veio pelas disposições da Lei Complementar n° 141/ 2012, que preceitua o que pode ser considerado despesa para atingir esse percentual em que pese a previsão de revisão, após cinco anos de sua edição:

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

I – vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;

II – atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;

III – capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);

IV – desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;

V – produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;

VI – 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 nesta Lei Complementar;

VII – saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;

VIII – manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;

IX – investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;

X – remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;

XI – ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e

XII – gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.

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:

I – pagamento de aposentadorias e pensões, inclusive dos servidores da saúde;

II – pessoal ativo da área de saúde quando em atividade alheia à referida área;

III – assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal;

IV – merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados em unidades do SUS, ressalvando-se o disposto no inciso II do art. 3º;

- V – saneamento básico, inclusive quanto às ações financiadas e mantidas com recursos provenientes de taxas, tarifas ou preços públicos instituídos para essa finalidade;
- VI – limpeza urbana e remoção de resíduos;
- VII – preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes da Federação ou por entidades não governamentais;
- VIII – ações de assistência social;
- IX – obras de infraestrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede de saúde; e
- 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.

Como se pode depreender, a legislação complementar desceu a inúmeras minúcias sobre o que pode e o que não pode ser considerado como despesa em saúde, como se o bem estar da população pudesse ser limitado por normas restritivas. Tal como está, fez por restringir o campo de atuação do administrador, que perde a lógica de atuar em programas de governo politicamente vinculados ao seu eleitor a práticas orçamentárias cruéis e cálculos para cumprimentos de índices. Aliás, é que vemos na prática, índices a serem cumpridos e programas voltados a uma pauta previamente estabelecida pela lei, como absurdos constantes de que saneamento básico e ações de assistência social não serem computados como ações em saúde.

Assim, ao rever nosso desafio primeiro, de aplicação do princípio da transparência, com base da moralidade, não basta a subsunção do fato à legalidade estritas das normas prescritas, que podem, inclusive, ser manipuladas. O bom administrador deve agir com a finalidade de alcançar um resultado admissível também por parâmetros éticos, para que sejam legítimos. Por esta razão, o conhecimento, através do estudo dos princípios, mormente da transparência, é a melhor saída para alcançar a ética e a apuração de padrões moralmente aceitos. Assim, a transparência, afirmada como um princípio, torna-se um importante instrumento para esta busca no campo das finanças públicas, quiçá, ainda mais na saúde.

Como já ressaltava o querido e saudoso Professor Ricardo Lobo Torres, meu orientador de Mestrado, a importância de que as preocupações morais estejam sempre presentes nas tomadas de decisões orçamentárias, mormente após o resgate das ideias de Immanuel Kant. O *imperativo categórico* é o móvel que impulsiona o Direito nesta nova etapa, emprestando-lhe fundamentação jurídico-filosófica, a superação do positivismo jurídico:

[...] de uns tempos para cá assiste-se, em todo o mundo, a partir de que se convencionou chamar de “virada Kantiana”, ao retorno das preocupações com a moral no pensamento ocidental e na prática social. As decisões básicas sobre o orçamento, a alocação de verbas para os pobres, para a defesa do meio ambiente, para as prestações de saúde e de educação, para o desenvolvimento regional, etc., tudo depende de uma opção moral; a própria questão do equilíbrio orçamentário depende de apreciação ética; aliás a ética passa a fornecer o coeficiente de normatividade das ciências sociais, principalmente da Economia (TORRES, 2000, p. 43).

Assim, de que adianta uma legislação de tipicidade cerrada, como a Lei Complementar nº 141/ 2012, sem margem de discricionariedade ao administrador, a atender as necessidades de quem o elegeu, dentro das possibilidades de recursos?

Daí, a correta solução proposta por Norberto Bobbio (1997), no sentido de que se deve garantir aos eleitores a mais ampla liberdade de informação¹²⁰ e de organização política, para que os escolhidos realmente representem as melhores e mais realistas propostas:

120 Nesse ponto, ao menos assevera a Lei Complementar nº 141/ 2012, em seu CAPÍTULO IV – DA TRANSPARÊNCIA, VISIBILIDADE, FISCALIZAÇÃO, AVALIAÇÃO E CONTROLE – Seção I – Da Transparência e Visibilidade da Gestão da Saúde: “Art. 31. Os órgãos gestores de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios darão ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, das prestações de contas periódicas da área da saúde, para consulta e apreciação dos cidadãos e de instituições da sociedade, com ênfase no que se refere a: I – comprovação do cumprimento do disposto nesta Lei Complementar; II – Relatório de Gestão do SUS; III – avaliação do Conselho de Saúde sobre a gestão do SUS no âmbito do respectivo ente da Federação. Parágrafo único. A transparência e a visibilidade serão asseguradas mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante o processo de elaboração e discussão do plano de saúde”.

[...] é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. – os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo (BOBBIO, 1997, p. 20).

Porém, por outro lado, não é crível que uma legislação tão fechada e voltada para o cumprimento de índices, sem levar em consideração as diferenças geopolíticas de nosso Brasil, possa se traduzir somente em índices de cumprimentos, ignorando demais ações voltadas à saúde.

3. O DESAFIO DA ESCASSEZ DE RECURSOS NO SISTEMA UNIVERSAL ADOTADO NO BRASIL E A COMPARAÇÃO COM O SISTEMA PORTUGUÊS

A escassez de recursos pode levar a conflitos reais de interesses legítimos. Temos, no Brasil, um sistema universal aliado à pauta de excessiva interferência judicial em ações e procedimentos em saúde. Neste ponto, o alargamento da noção de direitos humanos¹²¹, com a

121 Não há, ainda, unanimidade quanto ao conceito de direitos humanos e sua abrangência. Para Paulo Bonavides (2000), os direitos sociais são, sim, direitos fundamentais, classificados como de segunda geração, e “[...] exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos [...]”, mas nem por isso poderiam, segundo o mestre da UFCE, ter sua eficácia recusada sob a argumentação arrimada no caráter programático da norma (BONAVIDES, 2000, p. 518). Noutra vertente, Ricardo Lobo Torres (1999) defende posição no sentido de que os direitos sociais, por se relacionarem com o problema da justiça, e não com liberdade, não são direitos fundamentais: “[...] os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativos, não geram por si sós pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à idéia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de policy, sujeitos sempre à interpositio legislatoris, especificamente na via do orçamento público [...]” (TORRES, 1999, p. 278).

inclusão dos direitos sociais¹²², produz profundos reflexos no que tange à questão orçamentária.

É lógico, graças ao Poder Judiciário, com o correto uso corretivo e directivo, a população pode se sentir resguardada da falta de cumprimento pelo administrador de seus deveres. Porém, até mesmo esse poder tem limites e é finito. Os valores e percepções pessoais, de parte do Poder Judiciário, na lógica de que, em saúde, nada deve ser limitado, prevaleceu-se até surgirem o princípio da solidariedade de obrigações e condenações dos entes públicos, a obrigatoriedade de utilização de medicamentos experimentais e tratamentos de alto custo¹²³.

Por minha experiência pessoal, como Chefe da Procuradoria de Serviços de Saúde, na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, o

122 O alargamento da abrangência do conceito de direitos humanos, incluindo os direitos sociais tem eco no Judiciário desde que se deparou com o leading case sobre a HIV/ AIDS: “[...] Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. (...). A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (artigos. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” (Relator Ministro Celso Mello, RE 271.286-RS. Fonte: Informativo n.º 202 do STF).

123 As doenças raras viraram, assim, uma importante forma de rentabilidade para as indústrias farmacêuticas, que investem seus recursos de pesquisa para um grupo menor e racionaliza a produção, seus gastos e obtém uma taxa de retorno maior, com o alto valor do fármaco.

problema tem várias vertentes que não convergem para uma solução: (i) a herança advinda da má gestão; (ii) o aumento tecnológico e de inovação da indústria farmacêutica¹²⁴, que mesmo países desenvolvidos não conseguem acompanhar e impõem restrições, o que não ocorre muito no Brasil¹²⁵; (iii) a aplicação desordenada do princípio da solidariedade, bem resolvida em parte pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal¹²⁶; (iv) perda da capacidade do médico de cumprir com seus deveres éticos, tendo vista que, em grande parte, a excessiva responsabilização dos médicos por atos praticados frente a questões difíceis, lançou essa tarefa ao Poder Judiciário; (v) por fim, a ausência de protagonismo do próprio paciente com sua saúde¹²⁷, onde não se dá valor a prevenção, a atividade física e se espera sempre um bom remédio para todas suas mazelas, passando para automedicação¹²⁸.

124 Aliás, alto custo é avaliado pelas próprias empresas para a produção e taxa de retorno. A exemplo do Glybera, que era considerado o fármaco mais caro do mundo (agora é o Zolgensma), com um custo de 1,1 milhões de euros por paciente, sendo que as estatísticas previam que uma pessoa em um milhão poderiam ter a doença tratada pelo fármaco. A própria empresa não renovou sua autorização para Europa diante dos custos elevados em manutenção, pois a demanda de pacientes não iria aumentar ao longo dos anos. Resolveu investir seus gastos em outros programas, na doença de Huntington, na hemofilia B e na insuficiência cardíaca congestiva.

125 Inclusive, com apuração de possíveis fraudes. Veja em: <http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/governo-do-rio-faz-pente-fino-em-fornecimento-de-remedios-para-doencas-raras/7710899/>.

126 Por outro lado, as ampliações principiológicas na área da saúde tiveram, em 2015, no Supremo Tribunal Federal (STF), a reafirmação da jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde. A decisão foi tomada com base na análise do Recurso Extraordinário (RE) 855178, de relatoria do ministro LUIZ FUX, que teve repercussão geral reconhecida, por meio do plenário virtual. Porém, felizmente, este ano, observando um pouco mais a realidade e dificuldade da própria executoriedade da solidariedade apregoada, no julgamento de 23/05/2019, concluiu o STF por algo mais condizente no direcionamento da execução: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.

127 Exemplo de iniciativa privada para esse controle do que se toma e contra o desperdício e perigo do descarte de medicamentos, está no App *Medlist*, criado pela Engenheira Laurelena Palhano, que controla esses dados, indica inclusive onde pode ser feito o descarte e mantém um banco de dados pessoais ao paciente. Veja em <https://exame.abril.com.br/tecnologia/app-criado-por-brasileira-ajuda-a-evitar-desperdicio-de-remedios/>.

128 Segundo o Ministério da Saúde, 388 pessoas morrem por dia em decorrência de hipertensão, conforme dados de 2017. Apesar da condição genética, mortes poderiam ser comprovadamente evitadas com mudanças nos hábitos. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45446-no-brasil-388-pessoas-morrem-por-dia-por-hipertensao>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Como dito no tópico anterior, assim, a saúde se transformou em um sistema numérico de aplicação por percentual. A vinculação de receitas determina as aplicações mínimas, mas não leva em consideração a irracionalidade de um sistema no qual os recursos são escassos e as demandas tecnológicas infinitas. E como dito, todos têm direitos, porém, em se tratando de saúde, poucas obrigações.

O problema do custeio de internações, novas tecnologias e notadamente o ressarcimento de despesas de saúde, em um unidade privada, de paciente advindo de rede pública ingressou na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF), em 22/02/19, em que, por maioria, nos autos do RE 666094, foi admitida a Repercussão Geral. O litígio abrange a discussão sobre qual será o valor a ser pago para o ressarcimento, se a tabela SUS ou se o valor da unidade privada. No entanto, somente no momento em que a iniciativa privada, em conjunto com o serviço público, entenderem que as ações de saúde merecem uma gestão integrada e unitária, e não somente complementar e de transferência de responsabilidade, o problema do custeio, que afeta ambos, poderá ser resolvido.

Já é assim, de certa forma, o sistema de saúde em Portugal. Conforme assevera o economista e Professor de Mestrado em Gestão e Comunicação na Saúde da Faculdade de Medicina de Lisboa José Mendes Ribeiro

Em poucas décadas o mercado dos cuidados de saúde sofreu uma verdadeira revolução, com a oferta pública e privada a desenvolver-se em passo acelerado, fruto da evolução tecnológica e da maior afetação de meios financeiros e humanos, mas também em resultado da melhoria dos rendimentos e conseqüente aumento do nível de vida da população, que tem pressionado a procura (RIBEIRO, 2019, p. 50). As mudanças das necessidades e dos comportamentos do consumidor tem forçado muitos setores econômicos a novas respostas competitivas, o mesmo se passando na prestação de cuidados de saúde, onde se observa a entrada contínua de novos operadores e uma enorme rivalidade entre os diferentes competidores pela disputa de uma fatia de procura existente (RIBEIRO, 2019, p. 51).

Do mesmo modo, de acordo com o Professora Doutora Maria João Estorninho, da Universidade de Lisboa, e Tiago Macieirinha (2014, p. 68):

Em grande parte por influência do Direito Comunitário — hoje, Direito da União Europeia —, surge uma nova concepção de serviço público, responsável pela publicização da atividade levada a cabo por determinadas entidades privadas. Nesta matéria há tradicionalmente dois modelos diferentes: o do *service public*, de inspiração francesa e o da *public utility regulation* de origem anglo-saxónica. Estas novas opções pressupõem o abandono da concepção clássica de serviço público à francesa, o qual, sendo assumido, em termos de organização e funcionamento, como tarefa pública, era, quando muito, transferido, em termos de exploração, mediante esquemas de concessão, para entidades privadas, mantendo-se, no entanto, a titularidade do serviço nas mãos da entidade pública. Emerge, nos últimos tempos, uma concepção ao funcional de serviço público, passível de ser prestado, em concorrência, indiferenciadamente por entidades públicas, por entidades privadas ou ainda por entidades público-privadas (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 68)¹²⁹.

Segundo ainda os autores supracitados, “há o reconhecimento do carácter de serviço público da atividade por eles desenvolvida” (2014. p. 69) e, assim, “assumindo o Estado preferencialmente as tarefas de incentivo, apoio, regulação e fiscalização relativamente a tais atividades” (2014. p. 70).

Essa é a lógica de mercado aplicada à saúde, em que todos atuam concorrentemente.

4. O DESAFIO EM RELAÇÃO AO ENDIVIDAMENTO PELA VIA DA DÍVIDA FLUTUANTE: O CASO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) que regulamentou os artigos 163, incisos I, II, III e IV e 169 da Constituição Federal

129 E ainda complementa: “Ora, no novo contexto europeu e nacional, de privatizações e abertura à concorrência, o processo de liberalização – em sectores como telecomunicações, electricidade, gás, transportes ferroviários ou serviços postais – tem tido lugar pressupondo, antes de mais, uma *despublicatio*, que devolve ao mercado esses serviços. Por outro lado, estes processos, como é sabido, têm vindo a assentar num desfasamento entre a infraestrutura e a atividade de prestação do serviço em si mesmo. Permitindo o progresso tecnológico a concorrência na rede, assistiu-se, nos últimos anos, em diversos sectores, à separação entre a rede e os serviços, continuando a caber ao Estado o dever de garantir a existência, a manutenção e a conservação das redes, mas deixando de ter o dever de assegurar os serviços, os quais foram liberalizados” (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014. p. 69).

de 1988, esperava-se a mudança de comportamento do administrador público no que se refere à busca de uma gestão fiscal responsável, o que inclui a boa administração dos recursos públicos com a fixação de metas de desempenho para redução de despesas e aumento de receitas.

Logo, o parágrafo primeiro do artigo primeiro da LRF já adiantava a que veio: prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, dentre os quais se inclui a inscrição em restos a pagar, que ora nos interessa. Os restos a pagar são, conforme disposição prevista pelo artigo 36 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, *in verbis*:

Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas.

Parágrafo único. Os empenhos que correm à conta de créditos com vigência plurienal, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a pagar no último ano de vigência do crédito.

A Lei nº 4320/ 1964 distingue as despesas em processadas e não processadas, o que, de acordo com a doutrina de J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis (2000/2001, p. 93):

São considerados processados os Restos a Pagar referentes a empenhos executados, liquidados e, portanto, prontos para pagamento, ou seja, o direito do credor já foi verificado, conforme disposições contidas nesta lei. São considerados não processados os empenhos de contratos e convênios que se encontram em plena execução, não existindo ainda o direito líquido e certo do credor.

Em Restos a Pagar, devem ser inscritas todas aquelas despesas processadas ou não, que serão efetivadas no exercício seguinte. É a chamada dívida flutuante de curto prazo¹³⁰. Na prática, no ano seguinte, a receita do ente público terá que ser suficiente para o adimplemento de todas as despesas previstas no orçamento do ano corrente mais aquelas advindas do ano anterior, por conta dos restos a pagar.

130 Segundo Aliomar Baleeiro (2001, p. 513): “a dívida flutuante se caracteriza pelos vencimentos em termos brevíssimos, como meses ou um ano no máximo, muito embora a prática de alguns países abra maiores períodos”.

No intuito de impedir o legado de débitos ao sucessor¹³¹, a Lei de Responsabilidade Fiscal disciplinou o tratamento que deve ser adotado na inscrição dos Restos a Pagar pelo Administrador Público, para encerrar as contas do exercício financeiro, correspondente aos dois últimos quadrimestres do mandato eleitoral, no Capítulo da Dívida e do Endividamento. Segundo a Lei, em seu artigo 42¹³²:

É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Mais adiante, no parágrafo único, explicita-se que: “Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício”. Ou seja, o governante fica impedido de assumir obrigação que não possa ser paga até o final do ano, ou que tenha disponibilidade de caixa suficiente para pagamento no exercício seguinte. Isso, como norma de prudência para não gerar dívidas para seus sucessores, porém, quem imaginaria que a dívida poderia ser formada ano a ano pelo próprio gestor?

Assim foi o caso do Estado do Rio de Janeiro. O Estado só na área da saúde herdou uma dívida de mais de sete bilhões de reais, conforme demonstra-se no Quadro 1, a seguir.

131 Destacamos que este planejamento das despesas não é feito só nos dois últimos quadrimestres previstos no artigo 42 da LRF e, sim, de acordo com o artigo 9 da Lei, de dois em dois meses, deverá o administrador verificar o cumprimento de suas metas: “Art. 9 Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”.

132 Ainda sobre os restos a pagar, ver arts. 25 inciso IV, 42, 50 inciso V, 53, 55 inciso III alínea b, e 59 inciso II da LRF.

Quadro 1 – Situação dos Restos a Pagar no início de 2019

ANO RP	Valor do RP em 01/01/2019
2014	27.560.717,05
2015	1.151.787.416,74
2016	1.107.469.579,09
2017	2.774.256.631,39
2018	2.472.531.984,15
Total Geral	7.533.606.328,42

Fonte: Secretaria de Estado de Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

Aliás, o Estado do Rio de Janeiro só pode aderir ao Plano de Recuperação Fiscal contido na disciplina da Lei Complementar nº 159 de 2017, exatamente por estar subsumido a um dos requisitos do artigo 3º da Lei, inciso III: “valor total de obrigações contraídas maior que as disponibilidades de caixa e equivalentes de caixa de recursos sem vinculação, a ser apurado na forma do art. 42 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000”.

Portanto, agora se vislumbra que esse sistema lançado pela administração anterior foi tão obscuro e nefasto que, além da dívida, que era para ser flutuante, ainda repassou para o novo gestor ações judiciais sobre o não cumprimento do artigo 6 da Lei Complementar nº 141/ 2012¹³³. Como dito acima, a preocupação com aplicação de percentuais orçamentários que constaram como cumpridos, em que pesem as divergências de entendimentos, foi muito mais importante que a materialização do próprio direito à saúde. Tal Direito que ficou em defasagem no ano que em deveria ser aplicado, e não foi. Hoje, é tratado como simples dívida de valor.

Desse modo, o caso em estudo trata da divergência quanto à correta interpretação do art. 24 da Lei Complementar nº 141/12, que define as espécies de despesas que são consideradas para o cálculo dos recursos mínimos a serem empregados em matéria de saúde.

O referido dispositivo legal considera para efeito de cálculo: (i) as despesas liquidadas e pagas; e (ii) as despesas empenhadas e não liquida-

133 Art. 6º 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.

das, inscritas em restos a pagar até o limite das disponibilidades de caixa. Todavia, o mesmo não menciona nada a respeito das (iii) despesas liquidadas e não pagas, de modo que, em razão da lacuna normativa existente, surgiram algumas exegeses possíveis do texto, conforme expõe-se a seguir.

Pela interpretação literal, têm-se (i) despesas liquidadas e pagas; e (ii) despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em restos a pagar até o limite da disponibilidade de caixa.

Na interpretação do Manual da Secretaria do Tesouro Nacional: (i) despesas liquidadas e pagas; (ii) despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em restos a pagar até o limite da disponibilidade de caixa; e (iii) despesas liquidadas e não pagas, inscritas em restos a pagar.

Por fim, na interpretação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, têm-se: (i) despesas liquidadas e pagas; (ii) despesas empenhadas e não liquidadas, inscritas em restos a pagar até o limite da disponibilidade de caixa; e (iii) despesas liquidadas e não pagas, inscritas em restos a pagar até o limite da disponibilidade de caixa.

O Estado do Rio de Janeiro adotava a segunda interpretação, com fundamento no Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional, aplicável a todos os entes da Federação, conforme determinações do artigo 50 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os casos estão judicializados. Porém, aqui cabe uma reflexão doutrinária como exemplo dos desafios anteriores. O valor pago em restos a pagar atrasados, até agora, soma a ordem de mais de 600 milhões de reais (Quadro 2). Esses valores não são computados como gastos atuais e sim passados.

Quadro 2 – Valores recolhidos pela atual gestão

Exercício do RP	Valor pago em 2019
2014	2.045.103,34
2015	276.321.380,91
2016	105.027.006,53
2017	42.679.854,16
2018	194.567.371,67
Total	620.640.716,61

Fonte: Secretaria de Estado de Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

A interpretação concedida é que, em um passe de mágica, tem-se dinheiro para quitar sete bilhões em dívidas, aplicar o percentual anual de 12% da receita, apurado da forma draconiana elegida da Lei Complementar n.141/2012 e, tudo se resolve. Mas não, nada se resolve. As normas orçamentárias devem ser cumpridas, financeiramente os valores devem ser aplicados, contudo dentro da ótica da possibilidade e da situação concreta.

Valem aqui as sábias palavras do Professor Marcus Abraham (2019):

Assim, ainda que se entenda (como de fato entendemos), para o bem da coletividade, ser necessário o cumprimento das obrigações financeiras pretéritas a título de restos a pagar de serviços para a saúde e educação, juntamente com o cumprimento dos percentuais no próprio ano destas obrigações constitucionais, pensamos que deveria haver um mecanismo de flexibilização financeira (como, por exemplo, a liberação de recursos de fundos subutilizados) para o seu cumprimento pelos novos governantes, que, de boa-fé, herdaram obrigações financeiras materializadas na conta de restos a pagar, sem disponibilidade para a sua quitação.

Do contrário, os novos governantes correm o risco de, sem opções financeiras, terem de lançar mão do mesmo artifício, isto é, de “empurrar com a barriga” para anos vindouros o efetivo cumprimento dos percentuais mínimos de gastos com educação e saúde. Portanto, há que se pensar em meios para colocar um ponto final nesta prática imprópria, passando-se a respeitar as normas de direito financeiro – Lei nº 4.320/64 e LC 101/2000 –, assim como a Constituição.

Fica aqui uma pergunta final: até quando o fantasma dos restos a pagar indevidamente constituídos irá nos assombrar? Esperemos que sejam devidamente exorcizados em breve. Para a saúde das contas públicas e para o bem dos cidadãos.

Assim, no caso concreto em relação a saúde, sendo a dívida reconhecida inclusive para a inclusão no Regime de Recuperação Fiscal, deveria ser contabilizada de forma diferenciada pelo Governo Federal para obtenção do percentual constitucional, sendo ou (i) autorizado o cômputo dos valores como despesas em saúde no exercício; ou (ii) excluído totalmente e iniciada uma nova pauta.

O que se deve prestigiar é conduta transparente do administrador que materializa seus padrões morais. Porém, se todos somente se concentrarem nos percentuais e se esquecem no que pode ser realizado, dentro do que foi herdado, há uma grande chance que a saga se repita.

Já houve a oportunidade de escrever sobre algumas interpretações referentes à aplicação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal quanto à limitação de inscrição em restos a pagar, nos dois últimos quadrimestres do Governo (CARVALHO, 2003). Uma das posições adotadas e mencionadas foi a interpretação do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, o qual, ao editar um “Manual de Aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal”, propôs, para fins de transparência e informação contábil, que a administração demonstrasse sua situação financeira em 30 de abril, data em que se inicia o prazo dos dois últimos quadrimestres, previsto no artigo 42 da LRF. A partir desse momento, deveria demonstrar que não piorou a situação encontrada.

Embora passados tantos anos dessa interpretação, ainda é atual e pode ser utilizada, pois o caso ainda piorou, com a inscrição em restos a pagar não somente assombrando os dois últimos quadrimestres, como causando ano a ano a rolagem de uma dívida bilionária ao Governo do Estado do Rio. Portanto, ainda possível propor que, principalmente, para fins de responsabilidade pessoal do gestor, faça-se um corte do passivo existente, não podendo piorar a situação existente.

No Brasil, de acordo com o regime contábil, pertence ao exercício financeiro as receitas nele arrecadadas e as despesas nele legalmente empenhadas¹³⁴. Assim, uma das interpretações mais conhecidas é de que as receitas se regem pelo regime de caixa e as despesas pelo regime de competência.

Conforme bem elucidado por José Teixeira Machado Júnior e Heraldo Costa Reis (2015, p.102), o regime de competência das receitas governamentais tem base em vários outros textos, como nas Leis Federais nº 8.666/ 1993 e 5.172/ 1966, nos artigos 39 e parágrafos, bem como nos artigos 52 e 53 da própria Lei nº 4.320/1964. Citam-se ainda a Portaria STN nº 447/2002, que orienta as entidades governamentais

134 Artigo 35 da Lei nº 4320/ 1964.

a contabilizarem as transferências constitucionais a serem recebidas em janeiro, no mês de dezembro. Ainda é feita a distinção entre receita arrecadada e receita recebida por força do mandamento constitucional.

Porém, o que nos interessa são as despesas para fins de solução ao impasse da dívida herdada por restos a pagar. Para fins de efeitos contábeis, fazem realmente parte do exercício as despesas nele legalmente empenhadas. Portanto, a dívida herdada de 7 bilhões de reais faz parte, cada qual, do exercício que foi gerada. Mas se ela foi transposta para o atual exercício, como lidar juridicamente com essa herança que sobrecarregou a geração atual e as futuras?

Brilhante e elucidadora é a pesquisa de Mestrado de Carla Sofia Dantas Magalhães (2011), intitulada *Regime Jurídico da Despesa Pública: do direito da despesa ao direito à despesa*. Nela, a autora discorre sobre a importância da proporcionalidade na divisão dos encargos intergeracionais:

O princípio da equidade intergeracional faz parte do elenco do regime fundamental do processo orçamental, i.e., integra os princípios orçamentais da LEO, como teremos a oportunidade de analisar no Capítulo III. O Direito da Despesa define-se como o conjunto de normas que disciplina a actividade financeira do Estado na determinação das necessidades públicas ou colectivas, na provisão dos bens públicos e nos demais actos que envolvam a utilização/realização do dinheiro público, como vimos. No processo de decisão da Despesa Pública – um processo orçamental –, devem ser atendidas as necessidades públicas presentes numa relação de solidariedade na proporção sacrifício/benefícios das gerações vindouras. O princípio da equidade intergeracional reclama, desta feita, o respeito pelo princípio da proporcionalidade na repartição dos encargos e a promoção do princípio da solidariedade na maximização da Despesa Pública ou dos Direitos Fundamentais Sociais, em ordem à justa satisfação das necessidades públicas, no Meio (MAGALHÃES, 2011, p. 42).

A autora ainda desenvolve o Direito da Despesa Pública, no qual defende:

No Direito da Despesa Pública encontramos a máxima concretização do Princípio da prossecução do interesse público, a plena realização do interesse da colectividade na obrigação da relação jurídica de despesa

pública: o justo gasto público. O carácter extrafinanceiro é manifestamente patente na feitura de um orçamento público, em especial na programação da Despesa. O legítimo “poder de gastar” do Estado não se basta em simplesmente gastar o dinheiro público, mas reclama o justo gasto: como gastar o dinheiro público? (MAGALHÃES, 2011, p. 86).

E, também, nos faz pensar de uma forma interessante a relação do Direito à Despesa com os Direitos Fundamentais:

Se admitíssemos não encontrar o direito fundamental à boa despesa pública tipificado no catálogo dos direitos fundamentais, não poderemos indubitavelmente excluí-lo da matéria de direitos fundamentais, enquanto estatuto fundamental das pessoas na sociedade política. É uma função geral da despesa pública tutelar a título principal os direitos a determinados bens jurídicos dos sujeitos ou de categorias abertas de sujeitos numa colectividade (MAGALHÃES, 2011, p. 117).

Portanto, voltamos ao primeiro tópico da transparência e a densidade valorativa, na qual a despesa pública não se encontra alijada. Desta feita, deve-se criar um divisor de águas entre a busca do equilíbrio financeiro e a gestão fiscal responsável com a pura metodologia contábil. As despesas para pagamento de dívidas passadas não podem ser ignoradas no discernimento jurídico. Mesmo diante na norma expressa no artigo 26 da Lei Complementar n.141/2012, que diz:

Para fins de efetivação do disposto no inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal, o condicionamento da entrega de recursos poderá ser feito mediante exigência da comprovação de aplicação adicional do percentual mínimo que deixou de ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde no exercício imediatamente anterior, apurado e divulgado segundo as normas estatuídas nesta Lei Complementar, depois de expirado o prazo para publicação dos demonstrativos do encerramento do exercício previstos no art. 52 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

§ 1o No caso de descumprimento dos percentuais mínimos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, verificado a partir da fiscalização dos Tribunais de Contas ou das informações declaradas e homologadas na forma do sistema eletrônico instituído nesta Lei Complementar, a União e os Estados poderão restringir, a título de medida preliminar, o repasse dos recursos

referidos nos incisos II e III do § 2º do art. 198 da Constituição Federal ao emprego em ações e serviços públicos de saúde, até o montante correspondente à parcela do mínimo que deixou de ser aplicada em exercícios anteriores, mediante depósito direto na conta corrente vinculada ao Fundo de Saúde, sem prejuízo do condicionamento da entrega dos recursos à comprovação prevista no inciso II do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal.

Propõe-se, assim, que, no caso da dívida herdada pelo Estado do Rio de Janeiro, essa despesa possa ser computada, juridicamente, como demonstração do princípio da moralidade administrativa materializado pelo princípio da transparência.

Tal tarefa não exclui a responsabilidade do administrador público em comprovar que está em efetiva melhora das condições pretéritas, em prol da saúde, levando em consideração a despesa pública como um direito ao justo gasto, sem onerar tanto a geração atual como as futuras com a má gestão de recursos.

Esse, por fim, é o maior desafio na saúde que vive o Estado do Rio de Janeiro, que, aliado ao desafio da atual base orçamentária da saúde e ao desafio da escassez de recursos, só conseguirá ser vencido, se o administrador público aplicar corretamente o princípio da transparência como prova de sua moralidade administrativa.

As conseqüências? Um mundo melhor e mais honesto para todos.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ABRAHAM, Marcus. *O fantasma dos restos a pagar*. 12 dez. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/o-fantasma-dos-restos-a-pagar-12122019. Acesso em: 18 dez. 2019.
- ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, p. 67-79, 2017.
- _____. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 25, p. 455-467, 1951.
- CARVALHO, Vanessa Cerqueira Reis. A interpretação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal: dos restos a pagar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, n. 57, 2003. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc5OQ%2C%2C>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- _____. Transparência Fiscal. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 54, 2001.
- DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Coimbra: Almedina: 2012.
- _____. *Taking Right Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.
- ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.
- GIGERENZER, G. *Bauchentscheidungen – Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition*. Munique, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HAN, Byung-Chul Han. *Sociedade da transparência*. Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Recueil Sirey, 1925.
- HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

- LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A Saga do Zangão: Uma Visão sobre o Direito Natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MACHADO JÚNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/ 2001.
- _____. *A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 35. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: IBAM, 2015.
- MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas. *Regime Jurídico da Despesa Pública: do direito da despesa ao direito à despesa*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário e Fiscal) – Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga, 2011. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20398/1/Tese_Carla%20Sofia%20Dantas%20Magalh%C3%A3es.pdf. Acesso em: 19 dez. 2019.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar 2000.
- _____. Princípios da Licitação. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, Nova Dimensão Jurídica, n. 7, [s.d.]. p. 369-381.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RIBEIRO, José Mendes. *Saúde Digital: Um sistema de saúde para o século XXI*. Fundação Francisco Manuel dos Santos, set. 2019.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social*. Paris: GF Flammarion, 2001.
- SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.