



O TETO APLICADO À REMUNERAÇÃO DOS TITULARES DOS CARGOS DE MÉDICO E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE PELOS MUNICÍPIOS: ANÁLISE DOS DISCURSOS DE APLICAÇÃO NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Ana Helena Scalco Corazza¹
Jonas Faviero Trindade²

RESUMO

A remuneração e os subsídios dos agentes públicos encontram-se submetidos ao teto constitucional que, em âmbito municipal, constitui-se no subsídio do Prefeito. Essa limitação abrange, portanto, também os profissionais médicos que, na qualidade de agentes públicos, ali atuam. No que tange ao acesso de qualquer cidadão aos serviços públicos de saúde, registra-se que este é um direito a ser garantido pelo Estado, conforme previsão expressa na Constituição Federal e, relativamente à saúde básica, trata-se de competência do Ente Municipal. Dessa forma, a existência de profissionais médicos atuando em cada Municipalidade é exigência que se depura do mandamento constitucional. Ocorre que a restrição que atinge o *quantum* das remunerações dos servidores médicos é frequentemente um aspecto restritivo na captação destes profissionais pelos Executivos de algumas localidades. O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul-TCERS, não raras vezes, por meio de seu corpo de julgadores, pronuncia-se acerca de casos concretos que cotejam os estipêndios pagos aos referidos servidores em face da carência desses mesmos profissionais nos Municípios (especialmente nos de pequeno porte), situação que resulta, em última análise, no descumprimento do comando constitucional que prevê a saúde como direito de todos. Assim, à luz da Teoria Argumentativa de Klaus Günther,

¹ Ana Helena Scalco Corazza é Mestranda do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa da linha do Constitucionalismo Contemporâneo: Observações Pragmático-Sistêmicas dos Serviços Públicos – Coordenado pelo Professor Janriê Rodrigues Reck. É Auditora Pública Externa, junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Contato: <ahelenacorazza@gmail.com>.

² Jonas Faviero Trindade é Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa da linha do Constitucionalismo Contemporâneo: Observações Pragmático-Sistêmicas dos Serviços Públicos – Coordenado pelo Professor Janriê Rodrigues Reck. É Auditor Público Externo, junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Contato: <jonas_1605@yahoo.com.br>.

filiada à Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas, questiona-se: quais são os discursos de aplicação, bem como, qual é a norma que se apresenta mais adequada, frente à situação ora exposta, nos julgamentos exarados pela Corte de Contas Gaúcha?

Palavras-chave: Direito à Saúde. Discurso de aplicação. Médicos. Teto Remuneratório. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT

Remuneration and aids for public servants and agents are subjected to the salary cap ordered by the Constitution and, in the municipal sphere, it constitutes the Mayor's salary. This limitation includes also doctors working there. As for any citizen's access to public health services, it is worth noting that this right the State grants according to the Federal Constitution, and in relation to health, is the municipal government's duty. Thus, the existence of professional doctors in every municipal department is a rationale the Constitution demands. However, the restriction of quantum of public doctors' remuneration is often a restrictive aspect in the search for such practitioners for some municipal governments. The Court of Auditors in Rio Grande do Sul (TCERS), as often as not, reflects about concrete cases comparing payments for the referred public servants due to the shortage of these practitioners in especially small towns, which leads to the non-fulfilment of the Constitution that assumes health as a right for all. Therefore, in light of Günther's Legal Reasoning in tune with Habermas' communicative action, we wonder: Which are the more adequate application discourses and rule concerning this situation in the trials the Court of Auditors provides?

Keywords: Right to health; Application discourse; Doctors; Salary cap; Accountability Office in Rio Grande do Sul.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No âmbito dos discursos de aplicação – a partir de Klaus Günther e da sua Teoria da Argumentação e da matriz Habermasiana da Teoria da Ação

Comunicativa, que lhe precedeu – pressupõe-se que as normas a serem aplicadas em um determinado caso concreto já tenham tido o seu juízo de validade legitimado por meio dos discursos de fundamentação.

A justificação que consubstancia a validade das normas, tanto para Habermas quanto para Günther, ocorre em “condições ótimas, em que todos teriam o mesmo nível de argumentação, de informação, de capacidade de argumentação e, assim, chegariam a um consenso” (STRECK, 2014, p. 121), não se cogitando neste momento, portanto, as peculiaridades de uma situação fática.

Entretanto, a impossibilidade de se prever toda a variedade de situações imagináveis e futuras (quando da constituição da própria norma), orienta a teoria dos discursos dos autores alemães na sua dupla estruturação. Ou seja, após a justificação da norma, é necessária uma nova generalização, voltada agora para situações concretas e orientadas pela aplicabilidade.

Por oportuno, agrega-se o posicionamento de Lênio Streck, ao analisar a Teoria da Ação Comunicativa

Buscando resolver a questão da aplicação do direito nos casos difíceis, Klaus Günther faz uma distinção entre ‘discursos de fundamentação’ e ‘discursos de aplicação’, tese que receberá o apoio de Habermas. Veja-se que, embora nem Günther nem Habermas falem em casos fáceis e casos difíceis, a tese de Günther, a toda evidência, objetiva resolver os casos que ultrapassam aquilo que se convencionou denominar de *easy cases*. (STRECK, 2014, p. 134).

Dessa forma, ao operador da norma, a partir do discurso de aplicação, cabe, essencialmente, o juízo de adequação desta à singularidade do caso concreto. O discurso de aplicação, em suma, deve “considerar todas as características de uma situação em relação a todas as normas que poderiam remeter a elas” (BITENCOURT; RECK, 2015, p.40).

E este juízo de adequação encontra estreita consonância com a análise da situação ora proposta. Isso porque, o julgador administrativo das contas de gestão³ dos Executivos Municipais do Estado do Rio Grande do Sul⁴ –

³ Segundo o artigo 78 do Regimento Interno do TCERS, Resolução nº 1028/2015, as contas de gestão constituem o procedimento a que são submetidos os administradores dos poderes, órgãos autônomos ou entidades jurisdicionadas do Tribunal de Contas e demais responsáveis que, nos termos da lei, estatuto ou regulamento, forem nomeados, designados ou eleitos para exercer cargo ou função no âmbito do qual sejam praticados atos que resultem na utilização, na

apreciando situações concretas de médicos, agentes públicos, que percebem remuneração superior ao teto constitucional do Prefeito, em localidades nas quais a ausência desses profissionais na rede pública de saúde pode inviabilizar a prestação de serviços dessa natureza à população local – deve analisar as normas *prima facie* aplicáveis aos fatos, apurando, posteriormente, se essas são adequadas ou inadequadas à unicidade que reveste as situações concretas apresentadas.

Ocorre que, mesmo revestida de caráter essencial, a saúde pública encontra atualmente limitadores que vão muito além do famigerado orçamento público, notadamente nos Municípios pequenos: a falta de atratividade da remuneração paga nessas localidades. E, a despeito de existirem correntes doutrinárias que entendam que o direito à saúde detém um caráter meramente programático (assim como se daria com os demais direitos sociais), em verdade, “o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos” (STF, 2015).

Em suma, amparado exatamente sobre o contexto acima exposto, que ordinariamente chega à pauta dos processos administrativos que tramitam junto ao Tribunal de Contas Gaúcho, é que o presente artigo pretende discorrer. E, a partir da matriz da Teoria da Argumentação Jurídica de Klaus Gunther, filiada à teoria da Ação Comunicativa de Habermas, é que se intenta identificar e demonstrar a pertinência dos discursos de aplicação (e da adequação) nos impasses que envolvem a remuneração dos servidores médicos⁵ junto aos Municípios e os julgamentos proferidos pelo TCERS neste tocante.

arrecadação, na guarda, no gerenciamento ou na administração de dinheiros, bens e valores públicos pelos quais o órgão autônomo e a entidade responda, ou que, em nome deste ou desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

⁴ Considerando que o recorte proposto para este trabalho abrange somente as decisões proferidas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, os julgadores a quem o artigo se refere são os Conselheiros do TCERS e os Auditores Substitutos de Conselheiro, que proferem os julgamentos e/ou apreciação das contas de gestão de das contas de governo dos Responsáveis pelos órgãos públicos sob sua jurisdição.

⁵ O artigo não fará distinção entre as situações em que os profissionais médicos são titulares de cargos efetivos ou contratados temporariamente. Entretanto, não serão analisadas as terceirizações dos serviços médicos (e os efeitos remuneratórios daí decorrentes), já que extrapolar-se-ia o objeto ora pretendido.

1. O SUBTETO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS, O DIREITO À SAÚDE E A CARÊNCIA DE PROFISSIONAIS MÉDICOS NOS MUNICÍPIOS GAÚCHOS

O artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, estipula o teto remuneratório dos agentes públicos, bem como os respectivos subtetos, dentre os quais, o subteto remuneratório municipal, que consiste no subsídio do Prefeito⁶. Dentro dessa limitação encontra-se, portanto, os valores pagos a título de remuneração aos servidores titulares do cargo efetivo de médico e aos médicos vinculados ao Ente por meio de contratos temporários.

A ideia de se estabelecerem parâmetros para a remuneração dos servidores e agentes públicos *lato sensu* está consubstanciada, dentre outros, no princípio da moralidade, no impedimento de que em âmbito público se estabeleça qualquer tipo de privilégio ou tratamento anti-igualitário, bem como em princípios de austeridade orçamentária.

A matéria já foi (e permanece sendo) objeto de inúmeros e intensos debates em âmbito judicial, tendo o Supremo Tribunal Federal-STF se pronunciado sobre a imperatividade do teto constitucional e seus reflexos em várias oportunidades. Por oportuno, destaca-se a seguinte informação veiculada no sítio eletrônico da Corte Constitucional, porque afeta ao tema ora proposto

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a regra do teto remuneratório dos servidores públicos é de eficácia imediata, admitindo a redução de vencimentos daqueles que recebem acima do limite constitucional. A decisão foi tomada nesta quinta-feira (2) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 609381, com repercussão geral reconhecida, no qual o Estado de Goiás questionava acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-GO) que impediu o corte de vencimentos de um grupo de aposentados e pensionistas militares que recebiam acima do teto.

[...]

“Dou provimento para fixar a tese de que o teto de remuneração estabelecido pela Emenda Constitucional 41/2003 é de eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nela fixadas todas as verbas remuneratórias percebidas pelos servidores de União, estados e municípios, ainda que adquiridas sob o regime legal anterior”, concluiu o ministro Teori Zavascki. (STF, 2014).

⁶ Pontua-se que as verbas de natureza indenizatória não são computadas para fins do limite previsto pelo teto constitucional.

Inobstante a determinação acima noticiada, é sabido que a observância aos limites do teto, bem como a redução, ou não, da remuneração e/ou subsídio ao patamar estabelecido pela EC 41/2003, não se encontra pacificada em nenhuma unidade da federação brasileira. Os institutos do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos ainda são rotineiramente utilizados por aqueles que não querem ver seus vencimentos reduzidos ou limitados pela norma constitucional, podendo-se presumir que muitas demandas judiciais ainda versarão sobre a matéria.

De outra sorte, registra-se que Constituição de 1988 prevê que a saúde é um direito de todos a ser prestado pelo Estado⁷ de maneira gratuita, universal, igualitária e integral, por meio de um Sistema Único de Saúde-SUS que abrange União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal.

A atenção básica à saúde, consoante orientações do SUS, Lei nº 8.080/90, e da Portaria nº 2.488/2011⁸ do Ministério da Saúde, tem na Saúde da Família sua estratégia prioritária para expansão e consolidação da atenção básica. A referida Portaria ainda destaca que “[...] a atenção básica estruturada como primeiro ponto de atenção e principal porta de entrada do sistema, constituída de equipe multidisciplinar que cobre toda a população [...]”. E, quanto aos requisitos para as ações básicas em saúde, o mesmo ato administrativo dispõe que as equipes multiprofissionais, em âmbito local, serão compostas “[...] por médicos, enfermeiros, cirurgiões-dentistas, auxiliar em saúde bucal ou técnico em saúde bucal, auxiliar de enfermagem ou técnico de enfermagem e Agentes Comunitários da Saúde, dentre outros profissionais [...]”.

Sem desconsiderar ainda a existência de uma vasta gama de normas e orientações que regulam a tripartição das competências em relação à saúde pública, uma simples análise das disposições inseridas na Portaria acima mencionada já permite a compreensão de que a existência de profissional médico junto ao Sistema Único, visando o atendimento das primeiras necessidades dos usuários, é pressuposto básico para o funcionamento do SUS em qualquer Município.

⁷ A expressão aqui tem sentido *lato*, abrangendo União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

⁸ Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS).

Entretanto, são notórias as dificuldades dos Municípios brasileiros, dentre os quais os gaúchos, neste tocante. Os obstáculos se acentuam nos Municípios pequenos e afastados geograficamente da capital. Inclusive, reportagem jornalística veiculada pelo jornal Zero Hora, já em 2013, assim dispôs acerca da (in)existência de profissionais médicos em algumas localidades do Estado do Rio Grande do Sul: **“Municípios fazem verdadeira ginástica legal para garantir a presença dos profissionais”**.

Por oportuno, leia-se o seguinte trecho da matéria

Hoje, os médicos das cidades pequenas recebem quase o triplo do que os de grandes centros. E até o dobro do que os próprios prefeitos, o que exige uma verdadeira ginástica legal na hora da contratação – a Constituição Federal determina a remuneração dos prefeitos como o teto para pagamento dos servidores municipais.

[...]

Vice-presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado (Cremers), Fernando Weber Matos não interpreta as remunerações do Interior como supersalários. Ele argumenta que os profissionais têm dedicação exclusiva. Segundo ele, nos grandes centros, as remunerações adicionais de plantões e consultas particulares garantem renda melhor. Auditor do Tribunal de Contas do Estado (TCE-RS), Paulo Luiz Squeff Conceição admite que é comum ter pequenas cidades escolhendo entre deixar a população sem atendimento médico ou passar por cima da legislação. Ele explica que muitos prefeitos ganham em torno de R\$ 5 mil e fica quase impossível contratar médicos por essa remuneração. (ZERO HORA, 2013).

Nesse contexto, percebe-se que a permanência de médicos atuando em pequenos Municípios constitui-se em uma prioridade da gestão pública local. Esta passa a não observar os limites legais de remuneração desses profissionais e/ou busca alternativas por meio de terceirizações, por exemplo (situação que, ao cabo, tende a resultar igualmente em violação aos limites estipendias legais). Tudo isso visando aplicar a Constituição Federal no que tange ao acesso dos cidadãos aos serviços médicos.

No âmbito do TCERS, no Pedido de Orientação Técnica (Processo nº 01927-02.00/11-9), julgado pelo Tribunal Pleno da Corte, sessão em 18/12/2103, o Conselheiro-Relator assim se manifestou sobre essa matéria

Os Municípios, considerando o comando constitucional, além das questões materiais, estão adotando providências para atender as demandas da saúde constituindo suas estruturas com a realização de concursos, buscando contratações de médicos e demais servidores. Os relatos trazidos pelas administrações municipais dão conta, o que a experiência tem confirmado, em vários casos concretos, que

inviabilizadas estão diversas das tentativas de dotar o atendimento médico nas cidades menores e menos estruturadas, face ao obstáculo trazido pela remuneração ofertada, visto comando disciplinado pela Constituição Federal, a qual é considerada de baixo valor.

Ocorre que, em diversas situações fáticas, as remunerações ofertadas - limitadas ao subsídio do Prefeito - não tem atraído profissionais da medicina, circunstância que tem acarretado insuportáveis prejuízos à cidadania, posto que envolvem comandos de ordem constitucional.

[...]

Por enquanto, considerando a realidade fática atual, face as disposições constitucionais aplicáveis à espécie, cabe a este Órgão de Controle Externo examinar caso a caso, sempre atento aos princípios constitucionais e, em especial, ao comando contido no artigo 196 da Constituição Federal. (TCERS, 2013).

Como se percebe, a orientação do órgão Pleno da Corte de Contas para o julgamento de matérias análogas a ora abordada (no seu âmbito de jurisdição), é no sentido de sopesamento das peculiaridades existentes em cada Município, sempre tendo como norte a concretude do direito à saúde.

Cabe salientar, ademais, que a vigente Constituição Federal é, nas palavras de Paulo Bonavides (2016, p. 379) “uma Constituição do Estado Social”. Nessa linha, o referido jurista, ao tratar da crise dos direitos sociais na Constituição de 1988, pontua que “não há outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado” (2016, p. 387) e que “os direitos sociais básicos, uma vez desatendidos, se tornam os grandes desestabilizadores das Constituições” (2016, p. 389).

Em suma, vislumbra-se que, a despeito da saúde financeira dos cofres públicos municipais, é a garantia da saúde à população que parece traduzir o verdadeiro ideal social que reveste a atual Constituição brasileira.

2. OS DISCURSOS DE APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E A UTILIZAÇÃO DA NORMA MAIS ADEQUADA.

Segundo Jürgen Habermas e Klaus Günther, há que se distinguir “a imparcialidade que se expressa em um procedimento de justificação que se projeta para o futuro e para todos a partir de situações imagináveis”, de um outro processo “voltado para a todas as situações relevantes possíveis da situação, regidas por um juízo de ‘aplicabilidade’” (RECK, 2006, p. 211-212).

Mais especificadamente, Günther, em sua obra Teoria da Argumentação no Direito e na Moral, explica que os discursos de fundamentação

[...] devem [...], em disposição hipotética, para além da situação concreta, generalizar uma norma adequada proposta em consonância com o estágio do nosso conhecimento, com a finalidade de examinar se, para os interesses de cada um individualmente, as consequências e os efeitos colaterais da observância geral poderão ser aceitos por todos, em conjunto e sem coação. (GÜNTHER, 2011, p. 38).

Já os discursos de aplicação, para o mesmo jurista alemão, “combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada” (2011, p. 38), ou seja, segundo Günther os discursos de aplicação

‘recontextualizam’ a norma, extraída de seu contexto, quanto à sua validade, à luz de um interesse comum, ligando a sua aplicação à consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo”. (GÜNTHER, 2011, p.38).

Destarte, os Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiros do TCERS, ao apreciarem e/ou julgarem as contas dos Administradores Públicos sob a sua jurisdição, valem-se de discursos de aplicação, com base em normas válidas *prima facie* nos discursos de justificação. Ou seja, deparam-se com situações e interesses concretos e com diferentes interpretações da situação, devendo produzir uma interpretação que seja coerente à luz de tais fatos e interesses.

Sobre o discurso de aplicação, leia-se elucidativo excerto

A relação de uma norma com todos os demais aspectos de uma circunstância precisa ser definida, de novo, em cada situação de aplicação, porque não é possível prever a alteração de constelações de sinais característicos. Evidentemente, a opção por uma determinada norma sujeita à aplicação passa novamente a ser seletiva, e essa seletividade é reforçada ainda mais pelo fato de que a norma, a ser aplicada, precisa ser não apenas adequada à situação, mas para ser fundamentada, requer também representar um interesse geral. Entretanto, a seleção pode ser considerada *adequada*, se tiver sido precedida da consideração de todos os sinais característicos da situação de aplicação. (GÜNTHER, 2011, p. 62).

Com efeito, o Tribunal de Contas do Estado, ao analisar o Processo de Contas⁹ nº 10634-0200/07-9, exercício de 2007, do Município de Barra do Rio Azul, analisou pormenorizadamente a aplicabilidade da limitação do *quantum* remuneratório dos servidores médicos em cotejo com a (precária) prestação de serviços de saúde básica. No julgamento do Processo, a Conselheira-Relatora, em substituição, Heloisa Piccinini, dispôs em seu Voto que

Consoante ao item 2.3 - pagamentos aos detentores do cargo de médico em valores superiores ao subsídio do Prefeito, afrontado o disposto no art. 37 da Constituição, no valor de R\$ 24.008,70 [...]. Por esta razão permanece a falha a necessária e restituição ao erário municipal do valor pago indevidamente". (TCERS, 2008).

Na sequência, o Conselheiro César Miola, sustentando a complexidade dos temas destacados no feito, solicitou vista dos autos e proferiu Voto, cujo excerto junta-se abaixo

Com efeito, em que pesem o zelo e a acuidade com que se estruturou o diligente trabalho técnico no enfrentamento do tema, bem como o não menos judicioso entendimento manifestado pela nobre Relatora, não posso deixar de considerar, no exame do caso concreto, a realidade presente em muitos Municípios brasileiros. Um dos maiores problemas atualmente enfrentados pelas administrações locais reside exatamente em como conciliar o encargo de oferecer atendimento médico aos munícipes com a dificuldade (quase impossibilidade) de atrair profissionais interessados na prestação de tais serviços por oferta pecuniária (principalmente nas comunas de menor porte, e em razão dos limitadores já conhecidos), fixada em patamares freqüentemente inferiores aos padrões remuneratórios alcançados pela classe médica no mercado. E não vai, aqui, uma crítica às conquistas da categoria, mas apenas uma leitura do cenário atual, em que os altos custos da formação e especialização na área acabam refletindo na pretensão de ganhos, não raro superiores aos subsídios de agentes políticos.

[...]

Sobressai, aqui, a propósito, a evidente impropriedade de se estabelecer como "teto remuneratório" o valor dos estípedios fixados a detentores de mandato eletivo (in casu, o Prefeito - art. 37, inc. XI, da CR/1988, na redação dada pela EC nº 41/2003). Na espécie, configura-se injustificável assimetria (com origem no próprio Texto Constitucional), na medida em que na União o referencial é o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e nos Estados e DF abre-se um leque de limitadores, facultando-se, inclusive, quanto a estes (por força da EC nº 47/2005), o estabelecimento de um "teto único" (o subsídio dos Desembargadores). Com isso, como regra, as respectivas definições não passam pelas intercorrências típicas da periódica renovação dos mandatos e das correspondentes remunerações.

Diante disso, sem perder de vista a regulação atinente à matéria, mas interpretando-a à luz das especificidades do caso concreto, entendo

⁹ Os processos de contas existiram no âmbito da Corte de Contas até 2012. A partir de então os processos na casa se subdividem em contas de gestão e contas de governos.

possível relevar a prática isolada, até mesmo pela boa-fé que nela se denota, determinando-lhe, contudo, que implemente medidas voltadas à adequação do caso concreto aos ditames constitucionais que o disciplinam.

II - Ante o exposto, divergindo, respeitosamente, da eminente Relatora, manifesto-me pelo afastamento do débito relativo ao subitem nº 2.3, no valor de R\$ 24.008,71 (vinte e quatro mil, oito reais e setenta e um centavos), acompanhando-a quanto aos demais aspectos. É o meu voto. (TCERS, 2008).

O Voto do Conselheiro, em divergência do da Relatora, foi, após ser proferido, seguido por esta última que, por meio da Decisão nº 2C-0922/2008, sessão em 16/10/2008, dentre outras determinações, afastou a proposta técnica de restituição ao erário dos valores pagos acima do teto aos detentores do cargo de médico. Foi mantido, no entanto, o posicionamento dos julgadores quanto à existência de inconformidade no ato, o que culminou na imposição de multa em desfavor do Gestor.

Ressalta-se que a fundamentação do Voto divergente deste *decisum*, amparou, posteriormente, o julgamento do Processo de Contas de Gestão nº 08399-0200/12-7, Executivo Municipal de Jacutinga – quanto ao item que consignava que médicos contratados temporariamente perceberam remuneração superior ao subsídio do Prefeito. Foi afastada, igualmente, a indicação de restituição de valores aos cofres municipais e mantida a irregularidade para fins de multa.

Em outro julgamento, Processo nº 08121-0200/12-6, Executivo de Cambará do Sul, relativo ao exercício de 2012, sessão de julgamento em 05/03/2015, o Conselheiro-Relator Estilac Xavier, assim se pronunciou

Portanto, sem delonga, alinho-me a posição expedida pela Supervisão, na qual se esclarece de forma inconteste a imperatividade do teto no caso em análise. Mais, anuo ainda com o afastamento do débito em virtude do alcance da finalidade pública do gasto, eis que os serviços foram prestados e por ser notória a dificuldade de se contratar profissionais na área da saúde no interior do Estado. Mais, tal veredicto perfila-se a precedente (4) desta Corte de Contas, sobre caso idêntico, no qual se afastou a glosa invocando, para tal, os motivos acima relacionados. Logo, como houve a prestação dos serviços, afasto a sugestão de débito, mantenho a falha com aplicação de multa pecuniária e recomendo ao atual Gestor que evite a reincidência no caso. (TCERS, 2015).

Vê-se que novamente é afastada a necessidade de o Gestor restituir valores ao erário (que tenham extrapolado os limites constitucionais), mesmo o

julgador sustentando serem cogentes os limites do teto. Entende a Corte, nos casos apontados como paradigma, que para dar coerência ao ordenamento jurídico, a disponibilização de serviços médicos à população é questão relevante ante os “sinais característicos para a situação” (RECK, 2006, p. 214).

Nas situações analisadas, conforme afirma Reck

A seleção dos fatos é que justamente servirá para a concretização da norma, daí a importância deste momento que geralmente passa despercebido pelos juristas. Mas o que são os sinais característicos para a aplicação? São todos os fatos relevantes para o deslinde do caso. (2006, p. 214-215).

Ou seja, as peculiaridades situacionais que se apresentam – ausência de médicos em municípios pequenos e falta de interesse desses profissionais em atuar no interior do Estado – levam o Conselheiro (julgador), a partir de uma aplicação imparcial da lei, a confrontar as normas válidas e decidir a respeito da adequação dessas às situações nas quais o direito à saúde corre o risco de não se efetivar.

Destarte, todas as normas integrantes de um ordenamento, que se fizeram válidas a partir de um discurso de fundamentação, não perdem a sua validade nos discursos de aplicação, “mas sim são ‘inaplicáveis’ conforme o caso; não concorrem entre si, pelo contrário, mantêm sua validade neste nível [...]” (RECK, 2006, p. 216).

Tal constatação se vislumbra de forma cristalina nos casos em que o TCERS aplica os ditames do artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, mesmo quando as remunerações dos servidores médicos ultrapassam o teto constitucional. Dessa forma, não são levantados questionamentos acerca da validade na norma constitucional que institui o subteto dos servidores municipais; pelo contrário, ela é exaltada exatamente pela dimensão do seu alcance e pelos reflexos que gera em termos de moralidade e austeridade.

Assim, considerando a necessidade de coerência entre a norma, os fatos e o ordenamento, o intérprete *in casu*, aplica aquela norma considerada a mais adequada – aquela que, ao cabo, vai viabilizar a existência de médicos nos Municípios.

Registra-se que o TCERS tem se orientado, quando da apuração da efetividade, ou não, dos serviços de saúde em cada Município, por realizar uma

verificação “caso a caso”, já que podem ocorrer variações em cada localidade. E, essa forma de proceder parece garantir a imparcialidade dos discursos de aplicação pela Casa.

Isso porque, “a necessidade de considerar novas interpretações de uma situação só poderá ser deduzida a partir da ideia de uma aplicação imparcial” (GÜNTHER, 2011, p. 63). Acerca da necessidade de imparcialidade nos discursos de aplicação, reitera-se a sua imprescindibilidade já que “enquanto a aplicação de normas permanece sob a vigilância da ideia da imparcialidade, uma violação das características específicas da situação fica excluída” (2011, p. 61).

Sobre o tema, cabe a ainda considerar que “A perspicácia nos discursos de aplicação deve estar relacionada à habilidade em selecionar os fatos, pois serão os fatos selecionados que servirão de base para a concretização da norma na situação exigida” (BITENCOURT; RECK, 2015, p.43).

Por todo exposto e, seguindo na Teoria de Günther, ressalta-se que nas situações em que são relevantes as questões de “aplicabilidade” da norma “somos inicialmente confrontados com as necessidades e os interesses de pessoas concretas, bem como com diferentes interpretações da situação [...]” (2011, p. 63).

Destarte, com amparo exatamente nos interesses e necessidades de pessoas concretas, é que nos discursos de aplicação do TCERS, quando da apreciação da responsabilidade dos Gestores Municipais por seus atos de gestão, tem-se julgado mais adequada e coerente com o ordenamento jurídico a norma constitucional que estabelece a saúde como direito de todos – e, conseqüentemente, não aplicável a norma que prevê a limitação da remuneração de servidores municipais médicos através do subteto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se, como visto, de situação que, além de ser complexa, está rotineiramente presente nos atos de gestão dos Prefeitos, bem como nas pautas de julgamento do TCERS.

Aos Administradores Públicos (muitas vezes com vencimentos pouco expressivos, que refletem a própria situação orçamentaria do Ente que representam), restam as tentativas, em geral por meio de concursos públicos,

de, por sorte, atrair profissionais médicos para seus Municípios, sem desrespeitar os limites constitucionais do teto. Entretanto, essa realidade raramente se verifica na prática.

Assim sendo, os discursos de aplicação utilizados pelos julgadores da Corte de Contas, nos processos analisados acima, embora demonstrem a apreciação individual das peculiaridades de cada Executivo Municipal, registram obstáculos em comum entre eles, consistente na dificuldade em captar profissionais médicos.

Em síntese, percebe-se que o órgão julgador ora analisado, a partir dos seus discursos de aplicação, avaliando as situações fáticas apresentadas (tamanho do município, distância da Capital do Estado, orçamento, dentre outros), profere sua decisão que, nesses casos, tende pela não aplicação do texto constitucional que prevê o limite remuneratório dos servidores vinculado ao teto do Prefeito, por interpretá-lo não adequado aos casos propostos.

Até porque, a carência de profissionais de saúde, em âmbito fático, constitui-se, na verdade, em um dos “sinais característicos”, nas palavras de Günther, que o intérprete deve considerar para aplicar a norma em um caso concreto, já que a ausência de médicos, na prática, resulta na ineficácia do direito à saúde nestes locais.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C.M.; RECK, J.R. O papel dos discursos de fundamentação, de aplicação e pragmáticos para a decisão e controle em matéria de políticas públicas. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (organizadores). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.
Acesso em 19 Abr. 2016.

_____. Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011. Disponível em:
<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html>.
Acesso em: 19 Abr. 2016.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RECK, Janriê Rodrigues. *A Construção da Gestão Pública compartilhada: O uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público*. 2006. 320 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

STF. Supremo Tribunal Federal. A G .REG. no Recurso Extraordinário 831.385 Rio Grande do Sul. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3492209>>.
Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Teto constitucional deve ser aplicado sobre valor bruto da remuneração de servidor*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289578>>

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TCERS. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Pedido de Orientação Técnica-Processo nº 01927-02.00/11-9. Data da sessão: 18/12/2013. Disponível em:
<<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/jurisprudencia>>.
Acesso em 20 abr. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº 10634-0200/07-9. Data da sessão: 16/10/2008. Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº. 08399-0200/12-7. Data da sessão: 04/02/2015. Disponível em: <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº. 08121-0200/12-6. Data da sessão: 05/03/2015. Disponível em <<http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

ZERO HORA. *Médicos do interior chegam a ganhar mais do que os prefeitos das cidades*. Porto Alegre, 19 mai. 2013. Acesso em 21 abr. 2016.