

CONSELHOS DE SAÚDE, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE DA PRESIDÊNCIA NATA⁽¹⁾

HEALTH COUNCILS, PARTICIPATIVE DEMOCRACY AND THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE PRESIDENCY NATURAL

Alexandre Amaral Gavronski^()*

RESUMO

Partindo de um panorama sobre a moderna teoria democrática, especialmente no que respeita à democracia participativa, e de sua consagração na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, este artigo contextualiza a “participação da comunidade” como diretriz do Sistema Único de Saúde. Para tanto, investiga as origens dessa previsão, intimamente ligadas ao Movimento de Reforma Sanitária iniciado na década de 70. Demonstra como a importância e a legitimidade social da 8ª Conferência Nacional de Saúde restaram evidenciadas nos trabalhos constituintes, que adotaram suas diretrizes como ponto de partida e acabaram consagrando muitas delas no texto final promulgado em 1988.

Tomando por base essas premissas, o artigo procura demonstrar a inconstitucionalidade das disposições legais que prevêem os gestores de saúde (ministro e secretários de saúde) como presidentes natos dos respectivos conselhos, na medida em que elas afrontam, a um só tempo, a concepção de democracia participativa adotada pelo constituinte de 1987/88 (art. 1º, II, e parágrafo único), a *ratio legis* do art. 198, III; o princípio da

(1) Artigo baseado em monografia intitulada “Participação da Comunidade como Diretriz do SUS: Democracia Participativa e Controle Social”, apresentada pelo autor para conclusão do Curso de Especialização a distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e Magistratura Federal, oferecido pela UnB/ENSP no ano de 2002/03. O texto integral da monografia pode ser encontrado nas bibliotecas da Procuradoria Geral da República e da Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul ou no endereço eletrônico www.prms.mpf.gov.br/Info/Noticias/2003/Not0025.html
(*) Procurador da República em Campo Grande (MS), Pós-Graduado em Direitos Difusos pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (a distância). E-mail: alexandre@prms.mpf.gov.br - Recebido em 02-05-2003. Aprovado em 23-06-2003.

igualdade consagrado no art. 5º, *caput*, e o princípio da moralidade administrativa, art. 37, todos da Constituição Federal de 1988.

Descritores

Conselhos de Saúde; Democracia Participativa; Direito Sanitário; SUS (BR); Participação Comunitária.

ABSTRACT

From a panorama on the modern democratic theory, especially in relation to participative democracy, and to its consecration in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, this article examines the “participation of the community” as a guideline for the Brazilian Health System. To do so, it investigates the origins of this principle, directly linked to the Movement of the Sanitary Reformation initiated in the decade of 70. It demonstrates the importance and the social legitimacy of the 8th. National Health Conference remained present in the works of the National Constituent Assembly, which had adopted its decisions as starting point and had finished consecrating many of them in the text promulgated in 1988.

From these premises, the article intends to demonstrate the unconstitutionality of the legal disposals that make the health managers (minister and secretaries of health) “nato” presidents of their respective Councils, as they confront, at the same time, the conception of participative democracy adopted by the 1987/88 constituencies (art. 1º, II, and paragraph), the “ratio legis” of art. 198, III; the principle of equality consecrated in art. 5th, “caput”, and the principle of the administrative morality, art. 37, all of the Federal Constitution of 1988

Key-words

Health Councils; Participative Democracy; Brazilian Health System; Health Law; Health System (Brazil); Peoples’ Participation.

1. INTRODUÇÃO

Todo membro do Ministério Público que atue de forma efetiva na área de saúde terá (ou deveria ter), necessariamente, uma surpreendentemente enriquecedora e profícua interação com os conselhos de saúde, de regra desconhecidos do candidato que estuda para o respectivo concurso. Apesar da profundidade exigida para se alcançar aprovação, o objeto de estudo é diverso. Debruça-se o candidato sobre processo civil e penal, juntamente

com o direito material relativo às matérias tradicionais (constitucional, administrativo, tributário, econômico, civil, penal e eleitoral); estuda também os instrumentos legais de defesa da denominada tutela jurisdicional coletiva (ações civis públicas para defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de relevante interesse social). Todavia, a Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) continua uma ilustre desconhecida. A Lei 8.142/90 mais ainda⁽²⁾. O exercício da profissão corrige essa distorção: o aprendizado cotidiano transcende os livros e leva o membro do Ministério Público a descobrir os caminhos passíveis de concretizar o estudo teórico. Esse processo será tanto maior quanto mais intenso for o contato com a sociedade e a realidade envolvente.

Nesse contexto, o convívio com os conselheiros de saúde talvez seja o mais enriquecedor aprendizado de cidadania que pode alcançar o membro do Ministério Público. Compostos por prestadores de serviço de saúde, públicos (governo) e privados (25%), representantes dos trabalhadores de saúde (25%) e dos usuários (50%) e sendo seus membros escolhidos pela respectiva categoria⁽³⁾, os conselhos conseguem reunir todos os setores diretamente interessados no funcionamento do SUS e viabilizar, assim, uma discussão plural e qualificada sobre o sistema.

A idéia e a conformação legal dos Conselhos de Saúde é extraordinária. Fruto dos ventos democráticos que sopraram em 1988, quando a sociedade brasileira ainda exultava com o novo momento de sua história, registrado em uma Constituição avançada, dirigente, e voltada para a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade plural e democrática, a implementação, nas leis 8.080 e 8.142, de um modelo de participação social não apenas fiscalizatório (o que já é um significativo avanço), mas também deliberativo no que se refere à definição de estratégias, trata-se de um verdadeiro “choque” positivo de democracia.

Tamanha revolução, contudo — e seria ilusório acreditar que não fosse assim —, encontrou (e encontra ainda hoje) enormes dificuldades de implementação, pois estabeleceu uma nova relação de poder entre o cida-

(2) Com um conteúdo que inicialmente constava da Lei 8.080/90, tendo sido vetado e retomado em novo projeto, a Lei 8.142 disciplina a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e reconhece os respectivos conselhos, compostos por representantes da sociedade, como instância colegiada permanente e deliberativa do SUS, com competência para atuar na formulação de estratégias relativas às políticas de saúde e exercer o controle da execução dessas políticas, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros (cf. art. 1º, § 2º).

(3) A identificação dos segmentos representados e a paridade dos usuários em relação aos demais está prevista na Lei 8.142/90. Outros delineamentos referentes à composição dos conselhos constam da Resolução n. 33/02 do Conselho Nacional de Saúde (ver anexos), na qual se identifica o perfil das entidades que indicam os representantes dos usuários, incluindo sindicatos de trabalhadores urbanos e rurais, conselhos comunitários, associações de moradores, de portadores de deficiências ou patologias, de defesa do consumidor, etc. O rol dessas entidades normalmente consta da lei respectiva e o processo de escolha fica a cargo de cada qual. Após indicado o nome do conselheiro ao Poder Executivo respectivo a este, de regra, incumbe a nomeação (há vezes em que a prerrogativa é do próprio conselho), para um mandato de dois anos, prorrogável. A função, embora não remunerada, é de relevância pública.

dão e o governante. Este, tão desacostumado a ser fiscalizado e a ouvir a população durante o exercício do mandato, tende a ver como indevida qualquer ingerência do povo em seu modo de governar. É como se a condição de eleito lhe conferisse total liberdade e independência em relação àqueles que o elegeram. Inegavelmente a legitimidade advinda das urnas possui um valor intrínseco muito relevante, mas não absoluto. Primeiro, porque o titular do poder continua sendo o povo; segundo, porque nossa Constituição não consagrou apenas a democracia *representativa*, pela qual se viabiliza a eleição de *representantes*, indireta, portanto; mas também a direta, espécie em que se destaca a participação popular (parágrafo único do art. 1º da Constituição da República e, no caso da saúde, com previsão específica no art. 198, III, CF).

Uma dessas dificuldades, lamentável exemplo de resistência dos governantes em repartir poder com a sociedade, são as previsões normativas relativas a cada conselho que impõem como seu presidente o próprio gestor dos recursos da saúde, seja o ministro de Estado (Decreto 99.438/90, art. 2º, *caput*), o secretário estadual ou municipal de saúde. Era assim no Conselho Estadual do Mato Grosso do Sul, onde a lei que o criara (1.152/91) conferia ao secretário de saúde a presidência nata do colegiado. Somente em 6 de novembro de 2003, quatro meses após a apresentação da monografia que serviu de base ao presente artigo, conseguiram os conselheiros — valendo-se do suporte teórico trazido pela monografia e contando com decisivo apoio de deputado estadual com destacada atuação na área da saúde — finalmente ver derrogada a nefasta previsão da presidência nata, por meio da Lei Estadual n. 2.699, que estabeleceu a eleição do presidente do colegiado dentre seus pares. Infelizmente, a mobilização não pôde se encerrar com a alteração legislativa: fez-se necessário ainda quase um ano de intensa e legítima pressão do colegiado para que, em agosto de 2004, finalmente se procedesse à eleição de novo presidente em substituição ao secretário de Estado. Para tanto, construiu-se uma chapa consensual, tendo um usuário na presidência, um trabalhador na vice e um representante do Estado na secretaria-geral. Vencia, finalmente, a democracia participativa! Todavia, ainda são poucos os conselhos que elegem seu presidente, valendo citar o pioneiro exemplo do Rio Grande do Sul que, antes mesmo da 9ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1992, e na qual se aprovou diretriz pela eleição, já adotava esse sistema.

Tal realidade é indubitavelmente muito nociva, tanto no que respeita à evolução da democracia brasileira, na medida em que mantém a tutela do Estado sobre a cidadania, quanto no que se refere à moralidade da gestão pública, visto que, como órgão fiscalizador da execução da política de saúde, inclusive nos seus aspectos econômico e financeiro (art. 1º, § 2º, Lei 8.142/90), não pode o conselho ser presidido justamente pelo agente público fiscalizado, o gestor das verbas da saúde. A par dessa nocividade, há indubitosa inconstitucionalidade em razão da afronta aos dispositivos constitucionais asseguradores da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único), da participação da comunidade como diretriz do Sistema Único de

Saúde (art. 198, III) e, igualmente, aos princípios da igualdade (art. 5º, *caput*) e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*).

Essa é a temática que se apresenta neste artigo.

2. A MODERNA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E SUA CONSAGRAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO DIRETRIZ DO SUS (ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C ART. 198, III, CF)

Talvez a definição mais conhecida, sucinta e essencialmente correta de democracia seja aquela dada pelo primeiro presidente norte-americano, Abrahan Lincoln: “governo do povo, pelo povo e para o povo”. A fórmula de Lincoln, como denomina *Canotilho*⁽⁴⁾, reconhece no povo o titular e a fonte de todo poder (todo poder emana *do* povo — art. 1º, parágrafo único, da CF), bem como que o governo se fundamenta na vontade e no consentimento popular (*pelo*). A idéia de finalidade (*para* o povo) lembra que um governo democrático só se legitima na medida em que se volta à satisfação dos interesses dos titulares do poder⁽⁵⁾. Trata-se de um regime político, vale dizer, um “complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade”⁽⁶⁾ que se opõe à autocracia e repousa sobre dois princípios fundamentais: a soberania popular (o povo é a única fonte de poder; o poder emana do povo) e a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular⁽⁷⁾. A mesma doutrina identifica duas *formas* de exercício da democracia: a indireta, por meio da eleição de representantes (democracia representativa), e a direta (com alguns institutos de democracia semidireta), que se caracteriza pela participação direta e pessoal (não eletiva) da cidadania na formação dos atos do governo⁽⁸⁾. A democracia brasileira, como ressalta *Carlos Ayres de Britto*⁽⁹⁾, Doutor em Direito Público pela PUC/SP e Ministro do Supremo Tribunal Federal, já não é exclusivamente representativa, ante o parágrafo único do art. 1º de nossa Constituição Federal, que explicitamente abre importantíssimo espaço para a democracia participativa, redimensionando a soberania popular.

Como conceito histórico que é, “um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”, a democracia de hoje não se pode comparar à da antiga

(4) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 281.

(5) Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p.139.

(6) Id. *Ibid.* p. 128.

(7) Cf. Id. *Ibid.* p. 135.

(8) Cf. Id. *Ibid.* p. 145.

(9) Cf. BRITTO, Carlos Ayres. *Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul./set. 1992.

Grécia, nem à democracia burguesa capitalista, como lembra o mesmo autor. Deve, isso sim, considerar a fase que vivemos, de sociedade de massa, e as manifestações do poder constituinte originário que, a cada momento de evolução histórica, preocupa-se em ao mesmo tempo assegurar, por escrito, alguns avanços já consagrados no meio social e outros pretendidos, futuros. A Constituição não pode nunca perder sua perspectiva prospectiva, sob pena de já nascer ultrapassada.

Não se pode desconsiderar, em conseqüência, que em uma sociedade cada vez maior e mais complexa, confiar todo o exercício do poder apenas a representantes eleitos de tempos em tempos tende a afastar o povo do governo e desconsiderar as peculiaridades locais na condução do destino dos cidadãos. Não por outra razão o constituinte de 1988 fez uma clara opção pelo reforço do poder municipal, local, e pelo incremento da participação da população na gestão da coisa pública (democracia participativa), ampliando os espaços de deliberação política e fiscalização da cidadania. E não o fez de forma dissociada da doutrina, que tem estudado cada vez mais esses fenômenos. *Norberto Bobbio*, renomado filósofo italiano, registra em seu *O Futuro da Democracia* que, “se se deseja apontar um indicador de desenvolvimento democrático, este não pode mais ser o número de pessoas que têm o direito de votar, mas o número de locais, diferentes dos locais políticos nos quais se exerce o direito de voto... deveremos procurar ver se aumentou não o número de eleitores, mas o espaço no qual o cidadão pode exercer seu próprio poder de eleitor”⁽¹⁰⁾.

Caminhamos, pois, para um novo modelo de Estado, delineado no texto constitucional de 1988 que, já no *caput* do art. 1º, declara constituir-se a República Federativa do Brasil em um Estado *Democrático* de Direito fundado na cidadania (inciso II) e no parágrafo único do mesmo artigo explicita que todo o poder emana do povo, que pode exercê-lo não apenas por meio de representantes (democracia liberal-representativa clássica), mas também diretamente. Neste modelo, cabe ao povo organizado um novo papel na condução dos destinos da nação, razão pela qual restaram asseguradas no texto constitucional inúmeras formas de participação direta da cidadania no governo, conforme abordado adiante. Estão, assim, estabelecidos pela Constituição os fundamentos de uma democracia participativa⁽¹¹⁾.

Debruçando-se especificamente sobre o texto constitucional, conclui *José Afonso da Silva*⁽¹²⁾ que “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos

(10) BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 68-69.

(11) Cf. MAUÉS, Antônio Moreira. *Ordem social: fundamentos da democracia participativa*. In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). *Ordem econômica e social: estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira*. São Paulo: LTr, *passim*.

(12) Id. *Ibid*.

(art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes na sociedade”.

Além da previsão genérica do parágrafo único do art. 1º, a Constituição Federal de 1988 prevê várias formas específicas de democracia participativa⁽¹³⁾, dentre elas a prevista no inciso III do art. 198, que estabelece como diretriz do Sistema Único de Saúde (SUS) a participação da comunidade.

A partir de todos esses pressupostos, é possível construir a compreensão de que, ao menos naqueles pontos em que a própria Constituição previu a participação direta da cidadania no exercício do poder, há uma reserva deste pelo povo que não pode ser usurpada por seus representantes. Se o povo, como fonte do poder político e titular do poder constituinte, é o titular do poder que delega a seus representantes, toda vez que resguardar a si, no próprio texto constitucional originário, o exercício do poder, essa área não pode ser exercida pelos representantes eleitos, pois não é abrangida pelo “mandato” representativo. Vale dizer, toda vez que a própria Constituição prevê a participação popular, esta deve ser entendida como uma reserva ao poder do povo em relação a seu representante, que deve ser respeitada sob pena de malferir o texto constitucional.

3. O CONTEXTO DE SURGIMENTO DA PREVISÃO DA PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE COMO DIRETRIZ DO SUS: A IMPORTÂNCIA DA 8ª CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

Um dos aspectos mais relevantes da configuração constitucional do Sistema Único de Saúde está em suas origens. Provavelmente nenhuma outra seção da Constituição Federal de 1988 tenha alicerces tão sólidos e legítimos em um movimento social (no caso o “Movimento de Reforma Sanitária”) como é o caso da Seção II (Saúde) do Capítulo da Seguridade Social.

Até a aprovação da Constituição Federal de 1988, foram 20 meses de discussões que culminaram na aprovação de um texto que ficou consagrado como *Constituição Cidadã*, na feliz expressão de Ulisses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, que assim a denominou porque, diferentemente de todas as demais constituições brasileiras, começava pela consagração dos direitos e garantias fundamentais, e não pela

(13) Nesse sentido José Afonso da Silva, op. cit. p. 145/6, que também cita como exemplos de democracia participativa especificamente consagrados na Constituição: arts. 14, III (iniciativa popular de processo legislativo); referendo e plebiscito (art. 14, I e II); ação popular, art. 5º, LXXIII, 194, VII, gestão quadripartite da Seguridade Social (trabalhadores, empregadores, aposentados e governo); 206, VI, gestão democrática do ensino público.

organização do Estado, evidenciando a importância dessa matéria para a nova ordem que se instaurava. *José Afonso da Silva*, corroborando a adequação da expressão cunhada, ressalta que a Constituição de 1988 “teve ampla participação popular em sua elaboração e, especialmente, porque se voltou decididamente para a plena realização da cidadania”⁽¹⁴⁾.

Sem um projeto prévio, seu texto começou a ser configurado em 24 subcomissões temáticas, integrantes de 8 comissões temáticas⁽¹⁵⁾. A saúde foi discutida na Subcomissão B, que cuidava também da segurança e do meio ambiente, no âmbito da Comissão da Ordem Social (VII). Nessa subcomissão, composta por 24 constituintes, foram ouvidos, em 15 audiências públicas, 32 entidades e instituições das três áreas temáticas, afirmando *Eleutério Rodrigues Neto*⁽¹⁶⁾ que todos os grupos ou correntes que se dispuseram a depor foram ouvidos. O regimento da constituinte previa, no art. 24, a possibilidade de apresentação de emendas populares e foram 122 as apresentadas. Dentre estas, várias relativas à saúde, merece destaque a de número 50, apresentada por entidades representativas do Movimento de Reforma Sanitária, que tiveram decisiva participação na 8ª Conferência Nacional de Saúde (de 1986), objetivando garantir a inclusão das propostas lá aprovadas na discussão da constituinte⁽¹⁷⁾. Mas a influência da 8ª Conferência Nacional de Saúde não se restringiu à redação da referida emenda, o relatório que consolidou os debates que nela se realizaram foi a base da formatação recebida pelo Sistema Único de Saúde na Constituição de 1988, como adiante se demonstrará.

Realizada entre 17 e 21 de março de 1986, em Brasília, presidida por *Sérgio Arouca*, então presidente da FIOCRUZ⁽¹⁸⁾, a Conferência foi o ponto culminante do chamado “Movimento de Reforma Sanitária” e do amplo processo de discussão social por ele promovido. Conjugando os vários fatores democratizantes inspiradores da Nova República, tendo sido precedida por conferências preparatórias estaduais e municipais, e contando com a parti-

(14) SILVA, José Afonso. Curso, op. cit. p. 92.

(15) OLIVEIRA, Mauro Márcio. Panorama do funcionamento da Assembléia Nacional Constituinte. In: FONTES de Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987: quais são, onde buscá-las e como usá-las. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

(16) Cf. RODRIGUES NETO, Eleutério. A saúde na Constituinte: uma análise preliminar. *Caderno CEAC/UnB*, Brasília, ano 1, n. 1, p. 98.

(17) A emenda referida foi apresentada pelo Conselho Federal de Medicina, pela Federação Brasileira de Nutrição e pelo Sindicato dos Enfermeiros do Distrito Federal, e contou com 55.117 subscritores. A 8ª Conferência Nacional de Saúde e sua influência na Constituinte serão objeto de tópico próprio.

(18) Sérgio Arouca responde hoje (maio/2003) pela Secretaria de Gestão Participativa e de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, dentro da qual se inserem as questões relacionadas ao Controle Social. É de se esperar que, nesta condição, garanta todos os meios necessários à efetiva participação da comunidade tal qual preconizado na 8ª CNS.

cipação de quase 5.000 pessoas, sendo 1.000 delegados, distribuídos entre fornecedores de serviços de saúde (profissionais) e usuários (sociedade civil organizada), a 8ª CNS correspondeu a uma estratégia de ampliação do debate setorial com a inclusão da sociedade civil organizada, com vistas a alcançar o acúmulo político necessário à reforma sanitária propugnada pelo Movimento de Reforma Sanitária, como registra *Antônio Ivo de Carvalho*⁽¹⁹⁾. As propostas aprovadas na Conferência consolidaram e passaram a nortear o processo dessa reforma e a partir dela abriram-se as portas para um modelo de saúde democrático, em oposição ao modelo tradicionalmente autoritário e excludente, acordando-se que o “controle social” e a descentralização política e administrativa seriam elementos importantes para garantir o direito universal e igualitário à saúde, como registram *Eleutério Rodrigues Neto*⁽²⁰⁾ e *Águeda Wendhausen*⁽²¹⁾.

O debate que culminou no relatório final da 8ª CNS foi tão representativo e profundo que as entidades ligadas à área apresentaram documentos similares à Subcomissão de Saúde, disso resultando em uma proposta dessa subcomissão muito similar às contidas no referido relatório, como reconheceu seu relator, Deputado Carlos Mosconi⁽²²⁾.

Constava do art. 2º do projeto da subcomissão, gênese do que viria a ser o artigo 198 da Constituição, em sua redação final, que:

“As ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um Sistema Único, organizado de acordo com os seguintes princípios:

- I — comando administrativo único em cada nível de governo;
- II — integralidade e continuidade na prestação das ações de saúde;
- III — gestão descentralizada, promovendo e assegurando a autonomia dos Estados e Municípios;
- IV — participação da população através de entidades representativas na formulação das políticas e controle das ações nos níveis federal, estadual e municipal, em conselhos de saúde”.

Enquanto a proposta do relatório da 8ª CNS estabelecia, no item 3 do tema 2 (Reformulação do Sistema Nacional de Saúde), que:

(19) Cf. CARVALHO, Antonio Ivo. op. cit., p. 51.

(20) Cf. RODRIGUES NETO, Eleutério. op. cit., p. 98.

(21) Cf. WENDHAUSEN, Águeda. Micropoderes no Cotidiano de um Conselho de Saúde. 1999. Resumo de Tese (Doutorado em Enfermagem) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <<http://igspot.ig.com.br/paulo.denis/PesquisaAgueda.doc>> Acesso em: 24 maio 2003.

(22) Cf. relatório e anteprojeto nos anexos. Volumes 192 e 194 dos documentos da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88. Disponível em: <www.camara.gov.br>, seção diários.

“O novo sistema Nacional de Saúde deverá reger-se pelos seguintes princípios:

a) referente à organização dos serviços:

- descentralização na gestão dos serviços;
- integralização das ações, superando a dicotomia preventivo-curativo;
- unidade na condução das políticas setoriais;
- regionalização e hierarquização das unidades prestadoras de serviços;
- *participação da população, através de suas entidades representativas, na formulação da política, no planejamento, na gestão, na execução e na avaliação das ações de saúde;*
- fortalecimento do papel do Município;
- introdução de práticas alternativas de assistência à saúde no âmbito dos serviços de saúde, possibilitando ao usuário o direito democrático de escolher a terapêutica preferida.” (grifo ausente no original)

Independentemente dos vários registros que se fizeram não só da parte do relator, mas dos membros da subcomissão de saúde, constantes dos anais da constituinte, a simples comparação dos dois textos permite confirmar o quanto foi importante a Conferência.

Nesse contexto histórico-sociológico surgiu a Constituição de 1988 e, particularmente, o disposto no art. 198, III. Nele devem ser analisados seus dispositivos. Sendo tamanha a importância da 8ª CNS, impende dar o merecido destaque ao diagnóstico resultante das amplas discussões que nela se travaram acerca dos problemas da saúde no Brasil. Nessa perspectiva, dois tópicos merecem ser transcritos, constantes do Relatório Final, no que respeita ao Tema 1 (Saúde como Direito):

“8 — A evolução histórica desta sociedade desigual ocorreu quase sempre na presença de um Estado autoritário, culminando no regime militar, que desenvolveu uma política social mais voltada para o controle das classes dominadas, impedindo o estabelecimento de canais eficazes para as demandas sociais e a correção das distorções geradas pelo modelo econômico. ... Este quadro decorre basicamente do seguinte: ...

— *debilidade da organização da sociedade civil, com escassa participação popular no processo de formulação e controle das políticas e dos serviços de saúde; ...*

— *falta de transparência na aplicação de recursos públicos, o que contribuiu para o seu uso dispersivo, sem atender às reais necessidades da população.” (grifos ausentes do original)*

Foi buscando apresentar soluções para esses problemas que os conferencistas sustentaram a necessidade de “estimular a participação da

população organizada nos núcleos decisórios, nos vários níveis, assegurando o controle social sobre as ações do Estado” (quinto tópico do item 12 do tema 1, p. 8). Ficava evidente que o controle social e a participação da comunidade, insistentemente recomendados pela 8ª CNS, objetivavam, primordialmente, combater a má aplicação de recursos, seja em razão dos desvios, contra os quais se buscava transparência viabilizadora de efetivo controle social, seja em razão da inadequação às necessidades da população, contra o que a efetiva participação desta na formulação das políticas públicas e no planejamento das ações em saúde era o melhor remédio.

Esse diagnóstico precisa ser considerado na interpretação dos dispositivos constitucionais pertinentes à saúde, notadamente o inciso III do art. 198, que prevê a participação da comunidade dentre as diretrizes do SUS. Trata-se de *interpretação ao mesmo tempo histórica e finalística ou teleológica*. Em relação à primeira, reconhece a doutrina⁽²³⁾ ser bastante útil para captar a *ratio legis* das normas, abrangendo tanto a averiguação do histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, sua justificativa ou exposição de motivos, emendas, aprovação e promulgação, como também das circunstâncias fáticas que a precederam e lhe deram origem, as causas ou necessidades que induziram o órgão a elaborá-la; a segunda, por seu turno, goza de preponderância sobre todas as outras formas de interpretação⁽²⁴⁾, na medida em que o Direito é uma ciência *destinada* a regular adequadamente as relações sociais.

4. CONTROLE SOCIAL E PARTICIPAÇÃO POPULAR. CONCEITO E DISTINÇÃO

Devido à freqüência com que são utilizadas neste trabalho e no debate sobre as atribuições dos conselhos de saúde e para permitir a exata

(23) Cf. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 154.

(24) Nesse sentido o mestre maior dos hermeneutas brasileiros, CARLOS MAXIMILIANO, *in* *Hermeneutica e aplicação do direito*, p. 314, justamente no capítulo sobre Direito Constitucional. O mesmo autor, no capítulo referido, também reconhece a destacada importância do elemento histórico na exegese da “Código básico”, registrando que “A história da Constituição e a de cada um de seus dispositivos contribuem para se interpretar o texto respectivo. Estudem-se as origens do Código fundamental, as fontes de cada artigo, as causas da inserção das diversas providências na lei, os fins que se tiveram em mira ao criar determinado instituto ou vedar certos atos. [...] É de rigor o recurso aos *Anais* e a outros documentos contemporâneos, a fim de apurar qual era, na época da Constituinte, a significação verdadeira e geralmente aceita dos termos técnicos encontrados no texto.” — p. 310. Também LUÍS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 136-137, corrobora a preponderância que se deve dar ao método teleológico e assevera que “A Constituição e as leis, portanto, visam a acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada”, deve-se buscar a *ratio legis*. O mesmo autor lembra que a importância da interpretação teleológica é tamanha que o legislador brasileiro, nas raras exceções em que editou uma lei de cunho interpretativo, a Lei de Introdução ao Código Civil, dispôs que “na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que a ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º)”.

compreensão da mensagem que se pretende transmitir, cumpre registrar o conceito adotado para as expressões *controle social* e *participação popular*, sem que tal distinção prejudique de qualquer forma o entendimento de que ambas encontram amparo no já citado inciso III do art. 198 da Constituição Federal.

Quanto ao *controle social* é preciso, primeiramente, registrar que neste trabalho não se dá à expressão o sentido tradicional do discurso sociológico, de “conjunto de meios de intervenção, quer positivos, quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam”⁽²⁵⁾, ou seja, de sujeição do indivíduo diante do Estado ou do grupo social que integra. Adota-se, pelo contrário, o sentido de “fiscalização que nasce de fora para dentro do Estado, exercida por particulares ou por instituições da sociedade civil”. Nesse sentido, é, como bem conclui *Carlos Ayres de Brito*, *direito subjetivo da cidadania* e não expressão do poder político (como é o caso da participação popular, abordada mais adiante). Como direito público subjetivo, “implica a assunção de uma conduta privada que se quer respeitada pelo Poder Público ... o que se busca não é exatamente traçar uma conduta futura para o Estado, mas ... impor ao Estado a vontade dele, particular, de penetrar na intimidade das repartições públicas para reconstituir fatos ou apurar responsabilidades”⁽²⁶⁾. Por óbvio que, no exercício dessa prerrogativa, não pode estar o cidadão jungido a uma presidência estatal. Esvazia-se, neste caso, o direito à cidadania, controla-se-o para impedir-lhe a plena efetividade.

Outro é o sentido de *participação popular*. Esta é uma forma de exercício do poder político, vale dizer, uma forma de influir diretamente na formação da vontade do Estado. É consagração da soberania popular pela via direta, tal qual consagra a Constituição Federal de 1988 no parágrafo único do artigo primeiro (“Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”). Esclarece *Brito*⁽²⁷⁾ que o “diretamente” do parágrafo único significa “o povo assumindo-se enquanto instância deliberativa, tanto quanto se assumem como instância deliberativa os ‘representantes eleitos’ por esse mesmo povo”. Não por coincidência a Lei 8.142/90 é explícita em conferir “caráter deliberativo” aos conselhos de saúde. Há, ademais, várias passagens do texto constitucional em que o vocábulo “participação” aparece enlaçado com outros nitidamente denotadores de ingerência decisória da comunidade. É o que ocorre, por exemplo, nos arts. 7º, XI, e 194, VII (com “gestão”) e no art. 204, II (com “formulação de políticas”).

(25) Cf. verbete in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, 8ª ed., Brasília: Editora da UnB, 1995.

(26) BRITO, Carlos Ayres. op. cit., p. 116-117.

(27) Id. Ibid., p. 119.

Feita a distinção e evidenciado, da simples leitura, que a redação do art. 198, III, da Constituição Federal, é inequívoca consagração da possibilidade de participação enquanto exercício do poder político na formulação das políticas públicas, poder-se-ia pensar que o controle social restaria prejudicado. Não é assim. Isso porque o controle social é um *minus* em relação à participação, dela decorre, pois quem pode exercer diretamente o poder, participar de suas escolhas políticas, pode controlar a respectiva execução. Ademais, a transparência e a possibilidade de fiscalização na gestão dos recursos públicos são inerentes à forma republicana e à conformação do Estado Democrático de Direito.

Vê-se, assim, que os conteúdos de “controle social” e “participação da comunidade” não se confundem, estando aquele mais ligado à idéia de fiscalização e esta à idéia de deliberação. A distinção, contudo, em nada interfere no poder dos conselhos, que detém ambos, como explicitamente se extrai dos termos do § 2º do art. 1º da Lei 8.142/90, consagrador do mandamento constitucional inserto no inciso III do art. 198 nestes termos:

“§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias [participação popular no exercício do poder] e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros [controle social], cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo” (as explicações entre colchetes foram acrescentadas pelo autor desta monografia).

Cumprido neste ponto registrar que o poder de fiscalização dos conselhos de saúde ganhou *status* constitucional com a edição da Emenda n. 29, de 14 de setembro de 2000, que acrescentou ao ato das disposições transitórias da Constituição Federal o art. 77, § 3º, onde se lê que “os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal”.

Como já visto, com base na análise sucinta da origem do dispositivo, a participação da comunidade como diretriz do SUS teve como principal razão garantir a adequada aplicação dos recursos, assim entendida aquela em que os desvios são reduzidos ao mínimo possível, daí a importância de transparência e do controle social, e que atende às reais necessidades da população envolvida, daí a importância da participação popular na elaboração das políticas públicas e no planejamento estratégico, para posterior execução pelo gestor (secretários municipais e estaduais de saúde). São as duas vertentes-chave da democracia participativa da qual os conselhos são exemplo notável em nossa sociedade.

Tendo essas funções, não podem os conselhos ser presididos justamente pelo gestor dos recursos que fiscalizam, sendo inconstitucionais as leis que assim dispõem, pelos fundamentos adiante apresentados.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PREVISÕES LEGAIS QUE ESTABELECEM OS GESTORES COMO PRESIDENTES DOS CONSELHOS

Como já referido, infelizmente, ainda são comuns previsões normativas que prevêm o gestor como presidente nato dos conselhos de saúde, merecendo citação o art. 2º do Decreto 99.438/90 (estabelecendo o Ministro da Saúde como presidente nato do Conselho Federal) e a Lei Estadual 1.152/91 do Mato Grosso do Sul, recentemente alterada no particular mas ainda não implementada.

Tais dispositivos são inconstitucionais por afronta aos arts. 1º, II e parágrafo único c/c art. 198, III (democracia participativa e participação da comunidade como diretriz do SUS), 5º, *caput* (princípio da igualdade), interpretado à luz do princípio da proporcionalidade e 37, *caput* (princípio da moralidade administrativa).

5.1. A Inconstitucionalidade por contrariedade aos arts. 1º, II, e parágrafo único (cidadania e democracia participativa) e ao art. 198, III (participação da comunidade como diretriz do SUS)

Muito do raciocínio até aqui desenvolvido procura colacionar elementos capazes de demonstrar a inconstitucionalidade abordada neste tópico. Não seria razoável repeti-los agora, cabendo, todavia, dar-lhes organicidade e conformação constitucional em sucintas palavras.

As disposições normativas que prevêm os gestores de saúde (secretários e ministro) como presidentes dos respectivos conselhos afrontam a cidadania e a democracia participativa na medida em que há invasão, sob a forma de ingerência, dos governos sobre espaço reservado pelo constituinte originário (vale dizer, pelo próprio povo, seu titular) ao exercício direto do poder pela cidadania organizada.

Prevê a Constituição que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito que tem dentre seus fundamentos a cidadania. Igualmente prevê a Carta que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único). No caso, está-se diante de uma hipótese de exercício direto nela previsto: a participação da comunidade como uma das diretrizes do SUS. O “diretamente”, como ensina *Brito*, significa o próprio povo assumindo-se

como instância deliberativa⁽²⁸⁾. Se há duas instâncias deliberativas: o povo, no conselho de saúde, e o seu representante, na gestão, uma não deve se confundir com a outra, impondo-se mútuo respeito e independência de instâncias. Não pode, por isso, o governo eleito (*representante, mandatário* do povo) exercer ingerência no espaço de exercício direto do poder, sob pena de esvaziar (senão anular) a participação popular prevista constitucionalmente. Tanto mais porque, na constituição desse conselho, os usuários são paritários a todos os outros grupos nele representados (governo, prestadores de serviço e trabalhadores na área de saúde), conforme previsto no art. 2º, § 3º, Lei 8.142/90, ou seja, ocupam metade das vagas.

Se o poder *emana* do povo, nos casos em que a Constituição prevê o exercício direto restringe-se o “mandato” dos representantes. São esferas diferentes com atribuições diferentes. O conselho de saúde é um espaço da cidadania — possivelmente o mais amplo de nosso ordenamento jurídico — e esta é a expressão da soberania popular, que, como o próprio nome diz, é soberana como fonte de poder.

Por outro lado, analisando o controle social exercido pelo mesmo órgão de participação popular, o conselho de saúde, vimos que ele é um direito subjetivo da cidadania⁽²⁹⁾ e, como tal, impositor de uma vontade do cidadão ao Estado que resta esvaziada quando o representante do governo preside o conselho, comprometendo sobremaneira o exercício da cidadania.

Cumpram também lembrar que a participação pressupõe igualdade de voto e o direito de concorrer a cargos eletivos⁽³⁰⁾, como é o caso do presidente, que deve ser aberto a todos os conselheiros.

A afronta aos dispositivos 194, VII e 198, III, além do que já se disse da combinação proposta com os arts. 1º, II, e parágrafo único, também se revela buscando a origem das disposições na constituinte (interpretação histórica), para dela extrair sua finalidade, vale dizer, a *ratio legis*, e, assim, assegurar a mais festejada das interpretações, a teleológica. Este tema já foi bem explorado no item 3, onde ficou evidenciado que a origem de ambas as disposições, especialmente do art. 198, III, converge para as conclusões da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em cujo relatório se registrou que uma das principais preocupações dos conferencistas era com a eficiência, a transparência e a probidade no sistema único de saúde que se pretendia ver criado, para o que se tornava imprescindível a participação popular na fiscalização da aplicação dos recursos públicos. Permitir com que o fiscalizado presida o órgão fiscalizador afronta diretamente essa finalidade, razão pela qual devem ser tidas por inconstitucionais tais disposições.

(28) BRITO, Carlos Ayres. op. cit., p. 110 (v. Seção III.a).

(29) Cf. Seção III.a desta monografia.

(30) Nesse sentido, MAUÉS, Antônio Moreira. op. cit., p. 34.

5.2. Inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade e ao da proporcionalidade ou razoabilidade

As normas disciplinadoras dos Conselhos de Saúde, ao imporem o Ministro ou os secretários de saúde como presidentes necessários, afrontam o princípio da igualdade na medida em que criam uma discriminação em relação aos demais conselheiros, impossibilitados sequer de disputar o cargo, sem que o *discrímen* encontre justificativa no direito ou nas características inerentes aos gestores, pelo contrário, o critério utilizado afronta o ideário constitucional.

Inserto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que inaugura o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” anunciando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o princípio não se restringe a nivelar os cidadãos perante a norma legal posta, ou seja, não se volta apenas ao aplicador da lei, mas também — e principalmente — ao legislador. É o ensinamento de *Celso Antônio Bandeira de Mello* em sua concisa mas preciosa monografia sobre o tema, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*⁽³¹⁾.

Ocorre que a igualdade material pressupõe o tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais, na medida dessa desigualdade, cabendo à lei — grande regulador social no Estado de Direito — estabelecer essa distinção, para cujo mister deve sujeitar-se a critérios fora dos quais as discriminações são juridicamente intoleráveis. É sobre o estabelecimento desses critérios que se debruça o célebre doutrinador na obra referida, em raciocínio que pode ser resumido com a transcrição destas suas palavras:

“Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles”⁽³²⁾.

Para se analisar se há fundamento lógico para a desigualdade, impende, por primeiro, responder uma questão, sem o que não se poderá aferir a relação lógica do *discrímen*: quais as características do gestor e qual seu papel no conselho? A essa resposta deverão somarem-se as funções da presidência desse conselho. Só então poder-se-á analisar a validade da correlação lógica entre o fator de *discrímen*: a condição de ges-

(31) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 9-10.

(32) Id. *Ibid.*, p. 21-22.

tor, e a desequiparação procedida: exclusividade na condição de presidente do conselho, em prejuízo de todos os demais conselheiros que, diante da disposição legal, não podem assumir a presidência.

O secretário de saúde, como gestor dos recursos do fundo de saúde (quando se tratar de ente público com gestão plena, condição alcançada pela maioria dos secretários de saúde, ao menos no que respeita à atenção básica), autoriza praticamente todos os pagamentos do SUS na área de sua responsabilidade, pelo que conhece bem os gastos com o setor; de regra, é um profissional da área (médico, na maior parte das vezes); conhece bem a estrutura da secretaria. É, sempre, pessoa de confiança do Chefe do Executivo. No Conselho, ocupa uma das vagas destinadas aos prestadores de serviço, visto que o poder público encontra-se sempre nessa condição, cabendo lembrar que, ao menos nos termos do art. 24 da LOS, a iniciativa privada desempenha um papel *complementar* no SUS. É, sem dúvida, profundo conhecedor da área.

Demais, para o caso. Reside justamente na razão de ser do profundo conhecimento do gestor uma grave contradição interna nesta aparente lógica justificadora da sua condição de presidente nato do conselho: conhece muito bem *porque é o responsável pela gestão*, vale dizer, por toda (ou quase) aplicação das verbas do SUS de sua área de abrangência. Ocorre que é justamente essa gestão o objeto de fiscalização do conselho que preside! Essa contradição afasta qualquer correlação lógica justificadora do *discrímen*. Justificaria, ao revés, discriminação ao contrário, ou seja, que a lei proibisse o gestor de assumir a presidência do conselho que o fiscaliza, visto ser princípio básico de qualquer sistema de fiscalização que esta seja externa ou, no mínimo, independente. Com efeito, é de todo incompatível que o gestor, como presidente, possa manipular as pautas de reunião dos conselhos, sonegar documentos que lhe são encaminhados em razão da condição de presidente (tais como ofícios do Ministério Público requisitando informações sobre possíveis irregularidades na gestão) e responder pelo acompanhamento direto da movimentação financeira que ele próprio gere, recebendo os extratos das contas que o banco deve fornecer ao Conselho⁽³³⁾.

Vê-se que, por isso, compatível com o princípio da igualdade (por absoluta correlação lógica com o fator escolhido para *discrímen*) seria uma norma que proibisse essa ocorrência, que lamentavelmente não existe. Devemos, então, confiar no amadurecimento da democracia participativa e do controle social para que os próprios conselheiros — especialmente os usuários que detêm, por lei, a metade das vagas no conselho (art. 1º, § 4º,

(33) Justamente para assegurar esse direito básico dos conselhos, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública objetivando obrigar o Banco do Brasil a fornecer esses extratos, tendo havido sentença favorável do Juiz Federal Odilon de Oliveira, da 3ª Vara Federal de Campo Grande.

Lei 8.142/90) — tomem essa consciência e evitem eleger como presidente o secretário que, por sua vez, deve entender que tal situação não afeta sua legitimidade como gestor nem lhe diminui os poderes que lhe são próprios, pelo contrário, garante maior transparência e propicia uma participação mais efetiva da sociedade, na medida em que esta se sente mais valorizada em seu papel, o que tende a contribuir sobremaneira para a eficiência das políticas de saúde implantadas pela pasta.

Normalmente referido pela doutrina e pela jurisprudência na análise do princípio da igualdade, também o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade não recomenda, ao contrário condena, a discriminação contestada. O princípio, que é decorrência natural do Estado Democrático de Direito e do princípio do devido processo legal, possui ínsita parceria com o princípio da igualdade e é aceito e estudado em nossa doutrina⁽³⁴⁾, sendo também de aplicabilidade reconhecida e cada vez mais consagrada pelo Supremo Tribunal Federal⁽³⁵⁾. *Luiz Roberto Barroso*, que reconhece a referida parceria, identifica no princípio “o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo”⁽³⁶⁾ e assim resume o conteúdo do mesmo:

“O Princípio da Razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: (a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.”⁽³⁷⁾

As normas que impõem o gestor como presidente do conselho afrontam o princípio da razoabilidade tanto pela inadequação entre o meio (considerar como presidente nato o gestor) e o fim (assegurar ao conselho maior efetividade e melhor funcionamento⁽³⁸⁾), visto que há, ao contrário,

(34) Luiz Roberto Barroso, em sua obra *Interpretação e aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, 3ª ed., dedica ao princípio um tópico específico no Capítulo II, que trata dos “Princípios de Interpretação Especificamente Constitucional”. p. 209-234.

(35) Na ADIn 2019-MS, julgada em 02-08-2001, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a Lei Estadual n. 1.949/99, do Mato Grosso do Sul, por violação ao princípio em comento, por falta de necessidade da medida, que criava benefício assistencial à criança gerada a partir de estupro, independente da necessidade do beneficiário. Luiz Roberto Barroso, *op. cit.* p. 229/30, cita inúmeros outros julgados em que o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio: ADIn 526/DF (Min. Sepúlveda Pertence), RE 174.548-7/AC (Min. Carlos Velloso), ADIn 855-2/PR (Min. Sepúlveda Pertence), ADIn 1.158-8/AM (Min. Celso de Mello).

(36) BARROSO, Luiz Roberto. *op. cit.*, p. 234

(37) *Id.* *Ibid.*

(38) Sequer cabe cogitar dentre as finalidades da norma assegurar uma ingerência, qualquer que seja, do governo sobre o conselho, pois tal finalidade afrontaria diretamente o preceito constitucional do art. 198, III.

uma contradição interna na medida em que, ao menos no que respeita à função fiscalizatória, a disposição é contrária ao fim; quanto pela falta de necessidade, visto que há outras formas de se assegurar efetividade ao funcionamento do conselho sem o prejuízo identificado, tais como garantia de secretaria executiva independente e apoio técnico especializado.

Voltando à violação do princípio da igualdade e à doutrina de *Bandeira de Mello*, ainda que restasse superado o segundo critério (necessária correlação lógica entre o fator do *discrimen* e a desequiparação procedida), o mesmo não ocorreria com o terceiro (exigência de que a diferenciação de tratamento jurídico seja fundada em razão valiosa, à luz do texto constitucional, para o interesse público). Como pontifica o autor: “não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais [...] as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema [...] não podem ser colocadas em desvantagem pela lei situações a que o sistema constitucional empresta conotação positiva [...] a lei não pode atribuir efeitos valorativos ou depreciativos, a critério do especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional”⁽³⁹⁾.

Como visto em vários trechos anteriores deste trabalho, a Constituição de 1988, fruto maior do processo de abertura democrática vivido após o regime militar, preocupou-se especialmente em assegurar efetiva participação popular na gestão da coisa pública, vale dizer, no exercício direto do poder, a ponto de ter sido apelidada de “Constituição Cidadã”. No que se refere especificamente à saúde, previu a participação da comunidade dentre as diretrizes do SUS em decorrência de amplo debate público sobre o modelo de saúde traduzido na 8ª Conferência Nacional de Saúde, na qual ficou explicitado que era necessário garantir ampla participação da sociedade não apenas para democratizar as discussões sobre a condução de uma política pública de tamanha grandeza, mas também — e especialmente — como forma de garantir uma adequada fiscalização capaz de reduzir a malversação das verbas aplicadas na saúde.

Admitir, então, que os governantes, na sua natural resistência em repartir com o povo o poder, garantam subterfúgios para manter conselhos populares sob seu controle, como é o caso das normas que estabelecem os secretários como presidentes natos, é afrontar os fins maiores do ordenamento constitucional. Fazer isso criando situações de desigualdade entre os conselheiros afronta diretamente o princípio constitucional da igualdade. Isso porque, no caso telado, a distinção instituída em lei (autorizando somente o secretário a ocupar o posto de presidente) não apenas não

(39) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 41-42.

encontra fundamento em *razão valiosa* à luz do texto constitucional, para utilizar as palavras do doutrinador, como confronta seus valores maiores, dentre os quais a cidadania e a moralidade administrativa.

Vê-se, pois, sob vários aspectos, que o impedimento aos demais conselheiros para disputar a presidência, afronta diretamente o princípio constitucional da igualdade. Como se não bastassem tantas inconstitucionalidades, com as disposições combatidas afronta-se também o princípio da moralidade, objeto do próximo tópico.

5.3. Inconstitucionalidade por contrariedade ao princípio da moralidade (art. 37, caput)

A moralidade é um dos princípios a que deve obediência a Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, a primeira a referi-lo expressamente, garantindo autonomia do mesmo em relação ao princípio da legalidade. Assim, ampliou-se a relação entre o Direito e a Ética⁽⁴⁰⁾ e superou-se a idéia que antes prevalecia de associá-lo ao desvio de poder (vício inserto na análise da legalidade), dispensando, em conseqüência, a análise da finalidade.

Esse entendimento vem sendo consagrado pelo Supremo Tribunal Federal que reconhece como corolário do princípio constitucional da moralidade a necessária observância de parâmetros ético-jurídicos na atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, admitindo, dessa forma, o controle de constitucionalidade das leis que afrontam o referido princípio. Nesse sentido, o lapidar voto do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento da ADIn n. 2.662-MA, de onde se extrai o seguinte excerto:

“A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa.

Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o

(40) Cf. BANDEIRA DE MELLO. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed. 1995. p. 59: “De acordo com ele (princípio da moralidade administrativa) a Administração e seus agentes tem de atuar na conformidade de princípios éticos”. FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros Ed. 1999. p. 68 e DI PIETRO, Maria Sílvia. Discricionariedade administrativa na Constituição. São Paulo: Atlas, 1991.

controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais.

Na realidade e especialmente a partir da Constituição promulgada em 1988, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qualificar-se como pressuposto de validade dos atos que, fundados ou não em competência discricionária, tenham emanado de autoridades ou órgãos do Poder Público, consoante proclama autorizado magistério doutrinário (cita)”.⁴¹⁾

Na referida ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu, à unanimidade, suspender, com eficácia *ex tunc* (retroativa), a Lei do Estado do Maranhão n. 7.493/99, onde se autorizava o Governo do Estado a incluir no edital de venda do Banco Estadual as disponibilidades de caixa do tesouro estadual, ou seja, autorizando o depósito dos recursos públicos em bancos não oficiais. Interessante notar, a partir dos julgados referidos, que nem mesmo emenda constitucional estadual (tanto menos lei) está dispensada da observância do princípio da moralidade. Afasta-se, assim, qualquer alegação de que o princípio só se destina ao controle dos atos administrativos do Estado.

Ora, a toda evidência, ofende à ética jurídica — e por conseqüência o princípio da moralidade — o fiscalizado presidir o órgão que o fiscaliza. É princípio básico de uma fiscalização independente a isenção de seus integrantes, razão pela qual nosso direito é farto em exemplos de proibições nesse sentido⁽⁴¹⁾.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADIn n. 1.723-6/RS, proposta pela Confederação Nacional dos Transportes contra dispositivos da Lei n. 10.848/96 do Rio Grande do Sul, que dispôs sobre autorização e concessão dos serviços públicos de inspeção e segurança veicular vedando, em seu art. 7º, a participação de empresas do ramo automobilístico (dentre as quais as transportadoras) e outras direta ou indiretamente a ele relacionadas nos processos licitatórios a serem realizados para a concessão dos serviços previstos na lei.

(41) Exemplificando: a Lei 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), cuja finalidade é “fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica”, em seu artigo 6º impede de exercer cargo de direção na agência a pessoa que for acionista ou sócio, membro de conselho de administração ou empregado das empresas sob regulamentação ou fiscalização da ANEEL. No mesmo sentido, a Lei 9.782/99, que criou a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) que veda aos dirigentes da agência, em seu artigo 13, § 1º, terem interesse direto ou indireto em empresa relacionada à área de atuação da Vigilância Sanitária. Na área dos tribunais de contas destaca-se o Código de Ética dos membros do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, instituído pela Resolução 557/2000, que em seu art. 7º, VI, proíbe seu membro de “aceitar participar de conselhos ou comissões de órgãos ou entidades jurisdicionadas pelo Tribunal de Contas”. Como esses exemplos existem vários outros, todos com uma preocupação em comum: garantir isenção daquele que fiscaliza.

O Ministro Carlos Velloso, após referir os fundamentos trazidos pela Assembléia e pelo Governo do Estado, assim sustentou seu entendimento de que a restrição se adequava aos parâmetros constitucionais:

“Ora, se a licitação tem por finalidade a escolha de concessionária dos serviços públicos de inspeção de segurança de frota de veículos do Estado, parece-me adequada a exclusão da licitação de empresas do ramo automobilístico e das transportadoras, dado que estas comumente são proprietárias de muitos veículos. *A elas seria possível vistoriar seus próprios veículos e os veículos de empresas transportadoras concorrentes?* Com tal providência, não me parece ocorrer ofensa ao princípio da igualdade, mesmo porque está-se tratando desiguais desigualmente (CF, art. 5º, *caput*) e é exatamente assim que se realiza o princípio isonômico” (o destaque não consta do original)

No mesmo julgamento, o Ministro Nelson Jobim, ao acompanhar o voto do relator, assim se manifestou: “[...] No caso das transportadoras, estar-se-ia atribuindo à própria transportadora inspecionar seus próprios veículos para viabilizá-los, produzindo um laudo dizendo se podem ou não continuar circulando. [...] Imagine-se o que poderia daí ocorrer!”. Na hipótese ora estudada, as leis contestadas atribuem ao fiscalizado a presidência do órgão que aprova ou não suas contas, inclusive para fins de recebimento de mais recursos. Imagine-se o que daí ocorre!

Vê-se da análise do julgado trazido à colação que, como já registrado no tópico anterior, admitir-se-ia, a julgar pelo julgado acima transcrito, inclusive lei que proibisse o gestor de presidir o Conselho. Mas até lá há um longo caminho a ser trilhado pela cidadania.

Depois de tantas críticas um registro se impõe. Toda a oposição que neste estudo se faz a respeito da moralidade refere-se à “presidência nata”, não à simples participação do gestor como conselheiro. Não há inconveniente nela ou, se há, a ponderação própria do princípio da razoabilidade (referido no tópico anterior) lhe assegura a subsistência. Primeiro, porque os conselhos de saúde não possuem tão-só funções fiscalizatórias (relacionadas ao controle social), fonte das incompatibilidades, mas também funções deliberativas na formulação de estratégias das políticas de saúde (participação). Para estas últimas é extremamente conveniente a participação do gestor no órgão colegiado e, por conseqüência, nos debates que em seu seio são travados. Seja em razão de seus conhecimentos na área, de sua legitimidade advinda do Chefe do Executivo (eleito pelo voto popular), seja em razão de sua função executiva (é ao gestor que caberá a implementação das políticas estabelecidas no Conselho), o gestor tem muito a contribuir para essas deliberações, inclusive para assegurar-lhes a maior efetividade possível, sempre em benefício da comunidade envolvida. Ademais, o conselho é órgão colegiado, sendo assegurada a paridade dos usuários em relação aos demais segmentos. Nesse contexto, é perfeitamente pos-

sível garantir a independência e efetividade do controle social se o presidente não for o gestor, ainda que participe do Conselho.

6. SUGESTÕES À GUIA DE CONCLUSÃO

Desde meados da década de 80, o Brasil vem-se transformando em um Estado Democrático de Direito por meio de um projeto que se legitimou e ganhou juridicidade na Constituição de 1988. A preocupação do texto com a cidadania e a participação popular foi tamanha que tais institutos foram consagrados já no seu primeiro artigo, anunciando de forma inequívoca o destacado valor que a democracia participativa deveria assumir na construção de uma sociedade justa e solidária, bem como na promoção do bem de todos, objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º), para o que a efetiva implementação dos preceitos consagrados no Título da Ordem Social se faz imprescindível.

Nesse contexto, a trajetória da elaboração do modelo de atenção à saúde custeado pelo Estado, por meio de um sistema único com diretrizes previstas no texto constitucional, está dentre as mais democráticas e legítimas mobilizações cidadãs da história brasileira pós-ditadura militar, com reflexos nas relações sociais e políticas de nossa nação ainda não inteiramente assimilados. O Movimento de Reforma Sanitária e seu ponto culminante, a 8ª Conferência Nacional de Saúde, com seus quase cinco mil participantes, reunindo lado a lado profissionais da área e representantes da sociedade civil organizada, realizada em 1986, alvorecer da abertura democrática, asseguraram na Constituição Federal de 1988 conquistas que ainda hoje não foram inteiramente efetivadas, fundamentais na edificação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. A participação da comunidade como diretriz do SUS é uma dessas conquistas, cumprindo àqueles que acreditam na nova maneira de conceber o Estado Brasileiro idealizado em 1988 empenhar todos os esforços possíveis para que ela se consolide em toda sua plenitude.

Essa mesma Constituição que estabeleceu tais diretrizes fez do Ministério Público uma instituição a um só tempo comprometida com a defesa do regime democrático (art. 127, CF) e incumbida de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de saúde (públicos ou privados) aos direitos assegurados na Constituição, dentre os quais o da participação da comunidade como diretriz do SUS (artigos 129, II, c/c 197 e 198, III, todos da Constituição da República). Por tais razões, tem a Instituição uma missão destacada no implemento dos princípios norteadores do SUS e, em especial, no que se refere a sua democratização. Deve buscar, com os instrumentos de que dispõe, contribuir para a efetivação da participação popular e do controle social na formulação e execução das políticas públi-

cas de saúde, equivale dizer, contribuir para a implementação da participação da comunidade como diretriz do SUS nos termos da regulamentação levada a efeito pela Lei 8.142/90. Nunca se alcançará esse objetivo sem conselhos de saúde atuantes, independentes e estruturados, vale dizer, com capacidade efetiva de funcionamento, tanto no que respeita a recursos econômicos quanto humanos.

Em vários lugares de nosso país — e o Mato Grosso do Sul é um deles — combativos e exemplares cidadãos dão inúmeras provas de amadurecimento democrático e consciência do fundamental papel que desempenham na construção do Sistema Único de Saúde consagrado na Carta de 1988. Sentem-se, todavia, cerceados nessa missão por uma mentalidade estatal anacrônica que lhes restringe os meios necessários ao seu pleno funcionamento e lhes proíbe (!) de disputar, no voto, a presidência dos conselhos.

A restrição dos meios necessários deve ser combatida em várias frentes. A falta de informações sobre a estrutura do Sistema e os direitos por ele assegurados demanda constantes capacitações dos conselheiros, difusoras de conhecimentos que tendem a se espalhar pelas respectivas comunidades assegurando conscientização cidadã e viabilizando efetiva fiscalização dos serviços prestados, sendo de todo recomendável que o Ministério Público interaja com os conselheiros nesse processo. Contra o cerceamento de informações contábeis sobre a aplicação dos recursos públicos, são plenamente cabíveis ações civis públicas como a ajuizada pelo Ministério Público Federal no Mato Grosso do Sul para obrigar as instituições bancárias a fornecer ao Conselho de Saúde mensalmente os extratos bancários das contas vinculadas ao Sistema Único em Saúde⁽⁴²⁾, visto que em se tratando de recursos públicos descabe falar em sigilo bancário, não se descartando o ajuizamento de ações de prestação de contas ou mesmo de obrigações de fazer (ou não fazer) objetivando livre acesso dos conselheiros a dados contábeis, assegurando-se assim a necessária transparência. Se o entrave referir-se à falta de dotações orçamentárias ou destinação de pessoal mínimo de apoio ao conselho (e não a seu fiscalizado, o secretário de saúde), impende buscar a edição de leis ou a destinação de recursos que assegurem esse mínimo fundamental, seja por legítima pressão política dos conselheiros com amparo na sociedade eleitora dos representantes do povo, tanto no Executivo como no Legislativo, seja em um processo de negociação com esses mesmos representantes. Ações judiciais com tal finalidade, embora não sejam impossíveis juridicamente, não são, a princípio, a forma mais adequada de solucionar a questão, visto que nosso Poder Judiciário ainda não firmou posição pela possibilidade de se

(42) A ação foi ajuizada pela Procuradora da República Maria Cristina Manella Cordeiro, em 1999, perante a 3ª Vara Federal de Campo Grande, autuada sob o número 1999.60.07541-9 e julgada procedente pelo Juiz Federal Odilon de Oliveira, confirmando a antecipação de tutela antes concedida.

discutir em juízo a destinação de verbas orçamentárias. Todas essas providências não apenas contribuirão sobremaneira para o aprimoramento de nossa democracia, como tendem a assegurar transparência e probidade no trato da coisa pública, o que, espera-se, seja um compromisso de todo governante.

Por sua vez, a proibição de qualquer conselheiro disputar a presidência do órgão colegiado, estabelecida em dispositivos normativos que estabelecem a condição de presidente nato do ministro ou secretário de saúde, pode e deve ser objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, pelos fundamentos antes expostos, para as quais são legitimados o Procurador-Geral da República (autoridade máxima do Ministério Público Federal) perante o Supremo Tribunal Federal contra leis estaduais em confronto com a Constituição Federal ou contra leis ou decretos federais na mesma hipótese, e os Procuradores-Gerais de Justiça (Ministério Público Estadual), quando o confronto for de lei estadual ou municipal perante a Constituição Estadual. Essa atuação pode ser provocada por qualquer membro da Instituição que identifique tais situações nas localidades em que atue. O presente estudo objetivou subsidiar tais providências e fornecer elementos de discussão que não descartem a possibilidade de que os próprios parlamentos revejam as normas respectivas, como ocorreu no Mato Grosso do Sul.

Nessa cruzada, não se deve esperar nem temer o conflito, tampouco pressupor que os conselhos não funcionarão ou não serão respeitados sem que o secretário ou ministro os presidam ou que estes não comparecerão às reuniões ou não valorizarão o papel dos conselhos se participarem apenas como conselheiros. Tais preocupações menosprezam o estágio da democracia brasileira e a capacidade dos conselheiros de, sempre que necessário e cabível, garantirem com os gestores uma relação de respeito e cooperação. Por outro lado, não se pode esquecer que as leis — e agora a própria Constituição Federal (art. 77, § 3º, do ADCT), que “constitucionalizou” o poder fiscalizatório desses colegiados — conferem tantos e tão importantes poderes aos conselhos, muitos deles imprescindíveis ao repasse de verbas (tão necessárias aos gestores), que também ao gestor é fundamental manter um bom e cooperativo relacionamento com os Conselhos. Ou seja, não se trata de contar com a boa vontade dos gestores, mas de verdadeira negociação democrática, onde os conselhos só terão a ganhar, inclusive quanto à conquista de uma estrutura adequada.

A construção de um efetivo Estado Democrático de Direito onde seja ouvida a voz da participação cidadã supõe evolução e aprendizado constantes em nossa ainda incipiente democracia. Cumpre a toda sociedade contribuir com este processo, possuindo o Ministério Público destacada missão, seja participando de capacitações de conselheiros e, assim, difundindo informações, seja manejando seu instrumental jurídico para viabilizar o efetivo e independente funcionamento dos conselhos.