

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

EPAMINONDAS DA COSTA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A expressão controle social no Sistema Único de Saúde – 3 Poder-dever do Ministério Público em participar da efetivação do controle social – 4 Alguns dos mecanismos por meio dos quais o Ministério Público contribuirá para a efetivação do controle social no Sistema Único de Saúde – 5 Execução administrativa e/ou judicial das decisões/deliberações do Conselho de Saúde: participação do Ministério Público – 6 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

No Estado de Minas Gerais, somente por meio da Lei Complementar estadual nº 61 (art. 61), de 12.07.2001, foi instituída a Curadoria da Saúde no âmbito do Ministério Público, em todas as comarcas do Estado.

Neste trabalho, com arrimo nos arts. 129, II, 197 e 198, III, da Constituição Federal de 1988 – CF/88, entre outros, propugnar-se-á por um Ministério Público participativo em tema de saúde pública. Isso implica a idéia de que será tratado aqui não apenas o fortalecimento e/ou a efetivação do controle social no Sistema Único de Saúde – SUS, mas também deverá restar subjacente a dimensão social, política e prática dessa espécie de atuação por parte da comunidade.

Em breve abordagem, falar-se-á sobre o alcance da locução *controle social* no âmbito do SUS.

Por fim, este artigo assenta-se na premissa de que o Ministério Público, ao se propor a participar da efetivação do controle social no SUS, precisa, antes de mais nada, compreender o papel histórico e institucional dos Conselhos de Saúde, até mesmo para auxiliá-los em sua atuação.

Dáí, ter havido o estudo, ainda que sujeito a novas reflexões, da legitimidade ativa ou não dos Conselhos de Saúde no que diz respeito à defesa judicial dos usuários do SUS, entre outros assuntos que serão analisados.

Em resumo, as informações reunidas neste trabalho terão por escopo propiciar a visão parcial sobre a problemática do SUS, especialmente por parte daquelas pessoas que vierem a estabelecer contato com o tema a partir deste estudo.

2 A EXPRESSÃO CONTROLE SOCIAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Inicialmente, deve-se deixar registrado que, do ponto de vista etimológico, o vocábulo *controle*, segundo Silva (1999) é:

CONTROLE. Derivado do francês *controler* (registrar, inspecionar, examinar) ou do italiano *controllo* (registro, exame), admitiu-se o vocábulo na técnica comercial para indicar a *inspeção* ou *exame*, que se processa nos papéis ou nas operações, registradas a cada instante, nos estabelecimentos comerciais.

Significa, assim, a *fiscalização organizada* dentro do próprio estabelecimento para *controlar* todos os negócios que se vão realizando, seja por meio das conferências imediatas, seja por meio de registros especiais, que vão anotando tudo o que se vai fazendo.

[...]

Assim sendo, adaptando essa definição para o presente caso, pode-se dizer que o controle social é justamente a fiscalização realizada pela comunidade e organizada dentro do próprio SUS, para controlar todas as ações e serviços que se vão realizando ou que serão realizados, seja por meio da institucionalização desse controle no plano de saúde (função deliberativa do Conselho), seja na forma da Resolução nº 33 do Conselho Nacional de Saúde, de 23.12.1992, que aprovou o documento *Recomendações para a Constituição e Estruturação de Conselhos Estaduais e Municipais*, exercendo assim, exemplificativamente, as seguintes atribuições, nitidamente de controle:

- 1) “atuar na formulação e controle da execução da política de saúde, incluindo seus aspectos econômicos, financeiros e de gerência técnico-administrativa;” [no âmbito municipal, implica a idéia de participação do Conselho na discussão e na implementação das medidas adotadas pela Prefeitura, que estejam voltadas para a proteção da saúde no município, tais como o acompanhamento diuturno do emprego dos recursos recebidos pela municipalidade do Fundo Nacional de Saúde ou provenientes do orçamento municipal para a área: em caso de irregularidades, levá-las ao conhecimento do Tribunal de Contas, da Secretaria de Estado da Saúde, do Ministério da Saúde e do Ministério Público. Deverá opinar sobre a contratação de pessoal da saúde e a política de sua remuneração e ascensão funcional, a ser concretizada mediante elaboração do ‘Plano de Car-

reira, Cargos e Salários – PCCS’, consoante exigência do art. 4º, VI, da Lei nº 8.142, de 28.12.1990. Noutras palavras, elaborado o conjunto de medidas na área da saúde, elas deverão ser submetidas à aprovação do Conselho Municipal de Saúde, para posterior homologação ou não pelo Prefeito Municipal, em se tratando do Conselho local];

- 2) “estabelecer estratégias e mecanismos de coordenação e gestão do SUS, articulando-se com os demais colegiados em nível nacional, estadual e municipal;” [indicar meios ou caminhos pelos quais a administração pública possa alcançar melhor resultado na gerência do SUS] [assessoria técnica ou parecer de especialista];
- 3) “traçar diretrizes de elaboração e aprovar os planos de saúde, adequando-os às diversas realidades epidemiológicas e à capacidade organizacional dos serviços;” [o plano de saúde será elaborado pelo Poder Executivo, contando com sugestões ou com dados levantados pelo Conselho de Saúde, cabendo a esse ator social apreciá-lo para fins de aprovação ou não, sob pena de o responsável pelo cerceamento dessa prerrogativa do Conselho (gestor público) responder por ato de improbidade administrativa];
- 4) “propor a adoção de critérios que definam qualidade e melhor resolutividade, verificando o processo de incorporação dos avanços científicos e tecnológicos na área;” [o Conselho de Saúde necessitará de suporte técnico ou de parecer de especialista, a fim de sugerir ao poder público a escolha, por exemplo, de equipamento de alto custo e complexidade];
- 5) “propor medidas para o aperfeiçoamento da organização e do funcionamento do SUS;” [dependerá, igualmente, de assessoria técnica];
- 6) “examinar propostas e denúncias, responder a consultas sobre assuntos pertinentes a ações e serviços de saúde, bem como apreciar recursos a respeito de deliberações do Colegiado;” [O processo para tal fim deverá estar previsto no Regimento Interno do Conselho, com o detalhamento do procedimento próprio, até a fase recursal, cabendo ao gestor do SUS executar, administrativamente, as deliberações do colegiado. Isto porque não compete ao Conselho de Saúde fazer as vezes da administração pública, mas apenas coadjuvar qualificadamente a ação do poder público na área de saúde] [adiante, será melhor analisada a execução das decisões do Conselho];
- 7) “fiscalizar e acompanhar o desenvolvimento das ações e serviços de saúde;” [proceder à colheita de dados junto aos usuários do SUS e junto aos prestadores de serviços, a fim de que, em caso de irregularidades, sejam tomadas as medidas legais – pelo Ministério Público (ação civil pública, inclusive de improbidade administrativa; inquérito civil ou ação penal) ou

pelo município (ação penal; ação civil pública; processo disciplinar contra o servidor faltoso, ou seja, deverá haver o trabalho preventivo por parte do conselho)];

- 8) “propor a convocação e estruturar a comissão organizadora das Conferências Estaduais e Municipais de Saúde;”
- 9) “fiscalizar a movimentação de recursos repassados à Secretaria de Saúde e/ou ao Fundo de Saúde;” [saber sobre o emprego dado aos recursos e, em caso de irregularidades, levá-las ao conhecimento de quem de direito] [assessoria técnica, se for o caso, deverá auxiliar os conselheiros a encontrar o melhor encaminhamento em cada situação analisada] [assessoria contábil];
- 10) “[...] estimular a participação comunitária no controle da administração do Sistema de Saúde;” [por exemplo, convidando a população para participar das reuniões do Conselho, conclamando-a a apresentar sugestões ou eventuais reclamações, divulgando amplamente as decisões porventura tomadas];
- 11) “propor critérios para a programação e para as execuções financeira e orçamentária dos Fundos de Saúde, acompanhando a movimentação e destinação de recursos;” [assessoria contábil];
- 12) “estabelecer critérios e diretrizes quanto à localização e ao tipo de unidades prestadoras de serviços de saúde públicos e privados, no âmbito do SUS;” [sugerir ou opinar sobre as regras estabelecidas pela Administração, que consultem o interesse dos usuários do SUS relativas à localização e ao tipo de unidade prestadora de serviço de saúde público e privado];
[...]

Como se vê, não cabe ao Conselho de Saúde substituir a administração na formulação e na execução das políticas públicas, independente da área de atuação do Estado.

O escopo do legislador constitucional foi o de forjar a participação popular nos negócios públicos, especialmente naqueles setores onde mais sensivelmente o cidadão é afetado.

Neste diapasão, na Oficina de Trabalho sobre Questões Jurídicas do SUS,¹ a Dr^a Cleide Previtali Cais, ao responder à questão “quais os limites político-institucionais da atuação dos Conselhos de Saúde (nacional, estadual e municipal) em relação ao Ministro de Estado ou ao Secretário de Saúde, estadual e municipal?”,² disse:

¹ Realizada no Auditório da Organização Panamericana de Saúde – OPAS, em Brasília, no período de 2 a 3 de agosto de 1993, promovida pelo Conselho Nacional de Saúde do Ministério da Saúde – CNS/MS.

² Questão 22, item “g”, p. 145-147.

São órgãos deliberativos e consultivos, mas não podem deliberar sobre assuntos privativos de decisões de chefes de Executivo — isso está na própria lei — ou até do dirigente local do Sistema Único de Saúde.

Os Conselhos podem, por exemplo, enunciar planos municipais ou nacionais de saúde. Eles podem preparar um plano, mas o prefeito e o secretário, em nível municipal, e o Governador e o Secretário de Saúde e Ministro de Estado, em nível superior, tomarão as decisões de suas alçadas. O que eu acho é que os conselhos têm que agir no sistema de colaboração às entidades do Poder Executivo fundamentalmente de fiscalização também, mas sempre respeitando os próprios limites da lei que diz “sem prejuízo das funções do Poder Legislativo.” O Conselho não pode usurpar funções do Poder Legislativo, e o Conselho tem que ter as suas decisões homologadas pelo chefe do Executivo.

São dois parâmetros que, ao meu modo de ver, não impedem o exercício das atividades altamente importantes que lhe foram cometidas.

É uma questão de se respeitar esferas de competência. Como eu disse há pouco, pior do que ter atribuição é exorbitar dela. Acredito que têm que ser respeitados os limites das outras entidades do Poder Legislativo e Executivo.

Se não der certo em tentativas conciliatórias, políticas, eu acredito que o único acesso é o Poder Judiciário. Parece-me que a lei é clara em identificar os limites da atribuição dos Conselhos. Essa matéria é da lei, é privativa da lei. Vamos supor que a lei não identifique claramente que essa lei se revele inadequada porque ela não pegou algum ângulo que vocês, na implantação dos conselhos, estão encontrando. Então a elaboração tem que ser legislativa, não constitucional. À Constituição cabe ditar normas principiológicas. À legislação cabe identificar os objetos daquelas normas principiológicas. Então, penso que, para a implantação desses conselhos, um caminho é o caminho político, mantendo contatos com as entidades que estão esbarrando na composição desses entes. Caso não conseguindo o entendimento político, eu entendo que se deve recorrer ao Poder Judiciário através do próprio conselho que eu acho que está legitimado para propor uma ação civil pública. É questão de se estudar melhor, ou atra-

vés do Ministério Público mediante representação, estadual ou federal, conforme o nível de problema. A atribuição do Ministério Público Federal é voltada a bens e direitos de ordem federal e a do estadual, no mesmo sentido. E, se assim também não der certo, é lutar por uma alteração legislativa, obtendo uma maior autonomia, afastando essa necessidade de homologação pelo chefe do poder legalmente constituído, afastando essa necessidade da lista tríptica na composição, identificando melhor isso, mas por uma lei. (BRASIL, 1993).

Essa perplexidade quanto ao real papel e alcance da atuação dos Conselhos de Saúde decorre, em grande parte, do fato de que tais Conselhos são fruto do movimento de redemocratização brasileira dos anos 80, composto de forças sociais antagônicas que acorreram à Assembléia Nacional Constituinte e cujas principais reivindicações vieram a ser incorporadas ao texto constitucional. Noutras palavras, o consenso foi estabelecido no sentido da incorporação das principais reivindicações dos vários segmentos sociais, pouco importando a sua coerência com os sistemas jurídico e econômico então implantados.

Com extremada acuidade e numa visão crítica deveras salutar, ao tratar do tema *a validade jurídica das decisões dos Conselhos de participação popular*, Lopes (2000, v. 1, p. 23-35) deixou registrado, entre outras assertivas eloqüentes, as seguintes:

[...] A questão da validade das deliberações dos Conselhos que contam com a participação popular ou da comunidade coloca-nos diante de um dos mais complexos problemas da teoria jurídica atual. Validade de determinada forma quer dizer ao mesmo tempo sua pertença ao ordenamento jurídico e, por consequência, sua obrigatoriedade, ou seja, sua capacidade de criar direitos e obrigações, sua capacidade para criar deveres jurídicos. Nestes termos, se os Conselhos estão incluídos na ordem constitucional e legal, suas decisões pertencem de algum modo ao ordenamento. Pertenceriam na mesma qualidade que uma decisão judicial, ou uma decisão parlamentar com forma de lei, ou um ato administrativo (seja de execução, como os atos de política, seja regulamentação, como os decretos e atos normativos)? Creio que o centro da discussão deve ser temporariamente deslocado para o que fazem os Con-

selhos e para a maneira como deliberam.

[...]

Por causa disto, embora se possa dizer que as decisões dos Conselhos são vinculantes para a Administração, talvez o mais adequado seja dizer que são vinculantes na esfera de autonomia do próprio Conselho e não quando se tratar de esfera em que se exija coordenação de diferentes níveis e esferas de governo.

[...]

Nestes termos, os Conselhos de participação popular poderiam ser um avanço, pois introduziriam em nosso Estado a cunha das grandes massas de marginalizados. Mas para que isso fosse possível duas condições institucionais se apresentam: em primeiro lugar, que a participação nos Conselhos seja limitada aos usuários ou consumidores dos setores produtivos sobre os quais tais Conselhos têm ou podem ter competência. Em segundo lugar, que os mecanismos de participação e eleição estimulem efetivamente a alternância nos cargos ou pelo menos permitam arejar os Conselhos, de modo a evitar que as oligarquias se formem e dominem (lembrando a célebre lei de ferro das oligarquias partidárias expressa por Robert Michels). Tais dispositivos tenderiam a evitar que os Conselhos caíssem na concepção organicista e na cultura do consenso típica do corporativismo (pois os sujeitos da regulação estariam excluídos do Conselho, dificultando a troca dos votos) e dificultariam a consolidação de minorias não representativas.

Não só o corporativismo (facciosismo) é uma ameaça ao desenvolvimento democrático das políticas públicas. O autoritarismo é sua outra face. O autoritarismo tem muitas vezes a face doce do paternalismo (a dominação pelo amor, de que fala José Comblin) e do comunitarismo. A face doce do paternalismo dificulta o surgimento do cidadão autônomo e capaz (Offe e Preuss, 1993). O comunitarismo tende para uma confusão entre o ideal de relações comunitárias próximas (o sonho perdido com a urbanização industrial) e a realidade das opressões cotidianas do pequeno mundo dos horizontes homogêneos. Uma concepção comunitária da vida humana não pode levar-nos a uma concepção comunitarizante de instituições de sociedades comple-

xas: 'a polis pode talvez servir de metáfora à sociedade política moderna; não pode servir-lhe de modelo' (Hirsch, 1992, p. 257). A comunidade tampouco pode ser, do ponto de vista moral, a comunidade real. Ela é um ideal, uma comunidade de sujeitos transparentes e bem-intencionados, ela também é um fim. Não se pode tomar o fim como o dado do qual se parte para a organização dos conselhos. O comunitarismo também pode ser um autoritarismo.

A regulamentação dos Conselhos precisa levar em conta, portanto, dois aspectos contrastantes do fenômeno. Em primeiro lugar, o caráter democrático da experiência, ao dar visibilidade, transparência e publicidade a certos temas que de outra forma ficariam relegados a gabinetes e sujeitos à maior influência dos interesses organizados e consolidados sob a capa da neutralidade do direito adquirido (*status quo*). Impondo a discussão, os Conselhos trazem a paralisia decisória, a corporativização dos espaços de participação e a estreiteza do comunitarismo e do particularismo. Os Conselhos, embora essenciais, só realizam um papel democrático efetivo, se houver instâncias de articulação capazes de propor medidas universais e igualitárias, inclusivas e não exclusivas das massas marginalizadas economicamente ou das minorias oprimidas social e culturalmente.

Pois bem, conforme afirmado anteriormente, o controle social no SUS, a ser feito por meio dos Conselhos de Saúde (nas esferas federal, estadual, distrital e municipal), surgiu, pela primeira vez, na Carta Magna de 05.10.1988, estando previsto no art. 198, III, que estabelece, como uma das diretrizes desse sistema, justamente a participação da comunidade.

Por sua vez, a Lei nº 8.142/90, e o Decreto nº 99.438, de 07.08.1990, disciplinam, em linhas gerais, a composição dos Conselhos de Saúde e a obrigatoriedade de sua implantação para o recebimento de recursos do Fundo Nacional de Saúde por parte dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 4º da Lei nº 8.142/90).

Conseqüentemente, o controle social visa, em última análise, a dar efetividade aos princípios do SUS, especialmente os seguintes: "[...] saúde como direito; universalidade; equidade; integralidade; resolutividade; intersetorialidade; humanização do atendimento e participação (ARANHA; TOJAL, 2002, p. 135-137)."³

Schier, (2002, p.115) destacou, incisiva, que:

Assim, os Conselhos são instrumentos que auxiliam a concretização da democracia na medida em que são 'locus' de debate de questões relevantes para a comunidade, servindo, portanto, a 'instrumentalizar as mais diversas vozes sociais'.

De qualquer modo, uma das mais relevantes questões colocadas em relação aos Conselhos refere-se à sua representatividade. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ressalta que, 'para que esse caráter fosse assegurado, seria necessário que seus integrantes fossem eleitos pela própria sociedade e, de preferência, entre pessoas estranhas ao corpo dos Poderes do Estado, o que nem sempre acontece'. De qualquer modo, a autora reconhece que os Conselhos contribuem para uma maior aproximação entre a Administração e o particular.

A observação *supra* vale quanto ao Conselho de Saúde, sendo certo que o servidor público da correspondente esfera de governo, que figurar como conselheiro no segmento dos usuários, conforme o caso, certamente se sentirá inibido em sua atuação, numa espécie de temor referencial em relação ao superior hierárquico.

3 PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PARTICIPAR DA EFETIVAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL

O poder-dever do Ministério Público em participar do controle social decorre do disposto nos arts. 127 e 129, II, da CF/88. Vejamos:

.....
Art.127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
.....

Art.129. São funções institucionais do Minis-

³ Alguns desses princípios estarão definidos adiante, de acordo com as palavras de Carvalho (2002), no tópico denominado "a questão do fornecimento de medicamentos aos usuários do Sistema Único de Saúde e a atuação do Conselho."

tério Público:

.....
II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia
.....

A propósito, o magistério do insigne Mazzilli (1989, p. 52) é no sentido de que:

Ora, a Constituição destina o Ministério Público, de forma prioritária, ao zelo dos mais graves interesses da coletividade, ou seja, o dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em outras palavras, ora o interesse a zelar se relaciona de *modo indeterminado com toda a coletividade, ora está ligado a pessoas determinadas, mas sempre na medida em que isto consulte o interesse geral e desde que observada a norma da compatibilidade prevista no inc. IX do art. 129 da Constituição Federal.* (grifo nosso).

Em outra obra, Mazzilli (1993, p. 78) sustenta que:

Em suma, o objeto da atenção do Ministério Público se resume nesta tríade: a) ou zela para que não haja disposição alguma de um interesse que a lei considera indisponível; b) ou, nos casos em que a indisponibilidade é apenas relativa, zela para que a disposição daquele interesse seja feita conforme as exigências da lei; c) ou zela pela prevalência do bem comum, nos casos em que não haja indisponibilidade do interesse, nem absoluta nem relativa, mas esteja presente o interesse da coletividade como um todo na solução do problema.⁴

Apenas para exemplificar, na primeira categoria se insere o zelo pelo direito à vida, à liberdade, à educação e à saúde; na segunda, a fiscalização da venda de um bem de um incapaz; na última, podemos citar a defesa de interesses coletivos ou até mesmo individuais homogêneos, quando haja extraordinária dispersão

⁴ Este item “c” relaciona-se com a aplicação da terceira metodologia de análise de um sistema de saúde. Cf. Rezende (2002).

dos lesados, *ou quando seja necessária para assegurar o funcionamento de todo um sistema econômico, social ou jurídico* (grifo nosso).

A questão da saúde, sem sombra de dúvida, enquanto direito fundamental do ser humano, não deixa de dizer respeito também ao interesse social, o que já bastaria para justificar a atuação do Ministério Público⁵. Alie-se a isso o fato de que compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, conforme estatui o art. 127, *caput*, da CF/88.

Ora, viu-se alhures que tanto a Constituição Federal quanto a Lei nº 8.142/90 determinam a participação da comunidade na gestão do SUS.

Em consequência, impõe-se ao *Parquet* a tarefa institucional de zelar para que o desiderato do legislador seja efetivamente cumprido, sobretudo se for considerado que a “Constituição Federal de 1988 é uma constituição dirigente, nos moldes da noção desenvolvida pelo constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho,” citando-se as lições de Tojal.

Portanto, essa atuação ministerial concretizará a defesa da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CF/88).

Lado outro, a atuação do Ministério Público visando a garantir a real participação da comunidade na gestão do SUS ensejará, subjacentemente, a efetivação do comando emergente do art. 129, II, da CF/88. Isso porque, estando o Conselho de Saúde funcionando regular e legitimamente, isto é, sem subserviência ao poder público (segmento dos usuários, em particular), é de se supor que no campo administrativo haverá a adoção de medidas preventivas com vistas ao efetivo respeito dos Poderes públicos e dos serviços de relevância pública ao direito à saúde, com o alcance dado a esse direito pelo legislador constituinte.

Essas medidas preventivas estão enunciadas, de certa forma, na Resolução nº 33/92 do Conselho Nacional de Saúde, consoante destacado linhas atrás. Porém, há necessidade de ser estudada aqui a forma de entrosamento da atuação do Ministério Público com a do Conselho de Saúde, quando houver a necessidade de se adotarem medidas administrativas ou judiciais contundentes no resguardo da efetividade do direito à saúde, entendido como direito fundamental do ser humano, estando ainda na categoria dos chamados direitos sociais (art. 6º da CF/88).

Aliás, ao tratar do assunto *O Conceito Constitucional de Relevância Pública*, o autor deste artigo (COSTA), no bojo de outro trabalho⁶, asseverou,

⁵ A atuação do Ministério Público ora enfocada não se confunde com o exercício do direito de ação. O assunto será melhor tratado no capítulo 5, denominado “Execução administrativa e/ou judicial das decisões/deliberações do Conselho de Saúde: participação do Ministério Público.”

entre outras coisas, o seguinte:

O que são, então, serviços de relevância pública?

São aqueles serviços que, à guisa de exemplo, materializam o resguardo da dignidade da pessoa humana, que garantem o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais etc.

Portanto, a sua relevância pública, nos termos da Constituição Federal, quer significar o atributo da essencialidade do serviço para o bem-estar ou para a sobrevivência da sociedade, pouco importando que ele esteja sendo prestado pelo setor público ou pelo setor privado.

Nisso reside a função institucional do Ministério Público de zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição, que tenham relação com esses serviços considerados como sendo de relevância pública. Assim como é atribuição sua de zelar pelo efetivo respeito pelos Poderes Públicos a tais direitos.

Principais conseqüências:

Tratando-se, pois, de serviço de relevância pública, é forçoso concluir que, mesmo prestado pela iniciativa privada, haverá a intervenção estatal visando à sua conformação com os ideais do Estado Democrático de Direito.

Outra conseqüência: o Ministério Público tem o poder-dever de adotar as medidas judiciais e extrajudiciais/administrativas necessárias ao efetivo ou ao visível respeito aos direitos constitucionais a que se refiram esses serviços, podendo propor ações civis públicas – e isto tem sido feito –, celebração de termos de ajustamento de conduta, expedição de recomendações, instauração de ações penais etc.

Além disso, “[...] o serviço de saúde, sendo de relevância pública, será considerado, por conseqüência, serviço essencial, para fins do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, não podendo ser simplesmente interrompido.” (DALLARI, 1992, p. 44).

Vê-se, assim, que o Ministério Público, na condição de responsável pela defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, precisa engen-

⁶ Trata-se do primeiro trabalho do Curso de Especialização à Distância em Direito Sanitário.

drar meios de, efetivamente e a olhos vistos, participar das questões cruciais relacionadas com a saúde em nosso País.

Entretanto, é preciso que o Ministério Público aja de tal maneira a incentivar a organização da sociedade civil, a fim de que os próprios cidadãos, através de associações ou individualmente, por exemplo, façam a defesa administrativa ou judicial de seus direitos, combatendo-se, assim, o paternalismo estatal, responsável por tantas mazelas em nosso País.

É que, apesar da atuação diferenciada do Ministério Público contemporâneo, não se pode perder de vista que ele, como órgão do Estado, está subordinado aos mesmos condicionamentos ideológicos, políticos e socioculturais a que se submete o Estado.

Por conseguinte, se não cabe ao Estado impulsionar de *per si* as grandes transformações esperadas pela sociedade, idêntica conclusão há de ser apon-tada em relação ao Ministério Público, mesmo porque se afigura imanente às instituições sociais e/ou jurídicas o papel ideológico de conservação da situação histórico-social então vigente.

Com efeito, as mudanças de rumo, que historicamente as instituições às vezes experimentam, destinam-se muito mais à conservação delas próprias, não se traduzindo propriamente em impulsão das transformações na sociedade.

Nesse sentido, as mudanças sociais verificam-se, grosso modo, pela relação dialética estabelecida entre o papel conservador desempenhado pelas instituições referidas e os movimentos sociais que se opõem a isto.

Por isso, é forçoso estimular a participação popular no controle da administração pública, especificamente nos Conselhos de Saúde, a título de exemplo, a fim de que o estabelecimento das políticas públicas não esteja divorciado dos interesses verdadeiros da população em geral.

De fato, somente aquelas pessoas mais direta e duramente prejudicadas pela ineficiência e/ou pela má formulação das políticas públicas em tema de saúde, à guisa de ilustração, poderão redirecioná-las em prol da coletividade como um todo.

Daí, a importância do controle social no SUS, o qual encarna o ideário do Movimento da Reforma Sanitária norteador da 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília-DF, de 17 a 21 de março de 1986. Tal conferência precedeu, pois, à instalação da Assembléia Nacional Constituinte, encarregada da elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988. Está aqui a fonte histórica e sociológica do princípio inserto no art. 198, III, da CF/88.

Não obstante, é imperioso que a exigência legal da representação paritária (comunidade versus poder público e outros) não seja resguardada apenas *pro forma*, dando ensejo, assim, aos *Conselhos de fachada*. Tal espécie

de conselho caracteriza-se pela circunstância de que a sua composição é feita por gestores de saúde ou pelo chefe do Poder Executivo, escolhendo aqui e acolá os membros que melhor atendam às suas pretensões políticas pessoais, e não aos interesses públicos.

Na verdade, os *Conselhos de fachada*, além de servirem para viabilizar o recebimento das verbas do Fundo Nacional de Saúde, têm a função de, pela ação ou omissão de seus membros, legitimar politicamente a opção pessoal exclusiva do administrador público, ao passo que a Constituição Federal preconizou o envolvimento efetivo da comunidade no estabelecimento das políticas públicas de saúde.

A rigor, o enfoque do legislador constituinte sobre a questão da saúde, positivado por intermédio dos arts. 6º, 129, II, 197 e 198, III, da CF/88, assentou-se na mudança de paradigma no que diz respeito a tal assunto. Noutros termos, a saúde até então era vista como:

[...] estado de ausência de doença no indivíduo, sua manutenção carecia apenas da oferta de ação específica, nos casos de agravo à saúde ou de risco de adoecimento. A partir da Constituição de 1988, a saúde é um estado que se garante a todos 'mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.'⁷ (REZENDE, p. 31-32).

Conseqüentemente, perdendo a saúde o seu caráter individual, ou seja, a cura do doente, para ser uma questão de bem-estar de todos, justifica-se, pois, que haja a *participação direta* da sociedade no estabelecimento das prioridades, em cada momento histórico, no atingimento desse bem-estar, que deve ser físico, mental e social.

Com efeito, se o Ministério Público conseguir contribuir para a participação real da comunidade na gestão do SUS e, ao mesmo tempo, para que não haja desvirtuamento desta participação, terá correspondido, certamente, em boa parte, à confiança nele depositada pela sociedade brasileira, por meio dos constituintes que elaboraram a Constituição de 1988.

4 ALGUNS DOS MECANISMOS POR MEIO DOS QUAIS O

⁷ Art. 196 da CF/88.

MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRIBUIRÁ PARA A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

- 1) Constatação da existência ou não do Conselho de Saúde no âmbito de sua atuação. Isto deverá ser feito através da requisição, ao gestor do SUS, da lei própria instituidora de tal Conselho;
- 2) constatação da existência ou não do plano de saúde, do Relatório de Gestão, bem como do Fundo Municipal de Saúde, mediante o mesmo procedimento acima citado;⁸
- 3) requisição, ao gestor do SUS dos nomes, endereços e telefones dos membros do Conselho de Saúde, com a especificação dos segmentos que representam;
- 4) cópias das atas das reuniões do Conselho ao longo de determinado ano, por exemplo, a fim de que seja verificado o índice de participação nas reuniões (aferição do grau de representatividade em relação às deliberações tomadas), bem como se, ainda que formalmente, o segmento dos usuários teve papel relevante nas deliberações levadas a efeito;
- 5) audiência com os integrantes do Conselho e com o gestor do SUS, a fim de que seja apurado o grau de motivação dos mesmos, bem como a análise da forma de sua escolha, se diretamente pelos segmentos interessados ou se

⁸ “*Plano Municipal de Saúde*: é o documento que expressa a política de saúde do gestor municipal, onde devem estar explicitados os objetivos, as prioridades e as estratégias a serem atingidas. É plurianual e de duração equivalente ao mandato da administração municipal, devendo ser aprovado pelo Conselho Municipal de Saúde. Consiste na eleição de um elenco de ações e operações com repercussão sobre a melhoria da população abrangida. Para tanto, deve ser realizada uma análise da situação de saúde atual (condições de saúde da população, recursos disponíveis, etc.) para então identificar os problemas prioritários e propor a solução. O plano deve sofrer revisões periódicas para se ajustar às mudanças ocorridas na realidade do Município.

Relatório de Gestão: o documento de controle, avaliação e auditoria que equivale a uma prestação de contas, onde são avaliados os resultados das ações desenvolvidas pelo órgão gestor da saúde no Município. Tem como referência o Plano municipal de saúde e deve estar articulado com relatórios financeiros, de modo a permitir a avaliação da aplicação dos recursos.

Conselho Municipal de Saúde: é requisito para habilitação dos municípios nos níveis de gestão do SUS. Trata-se de instância consultiva, deliberativa e fiscalizadora da gestão do SUS no nível municipal. O Conselho deve ser criado por lei municipal, que definirá suas atribuições e composição, respeitando o critério de paridade: 50% usuários e os 50% restantes divididos entre trabalhadores de saúde, prestadores de serviço e governo, bem como as instâncias de deliberação. As decisões dos conselheiros são tomadas através de deliberações que devem ter a homologação do Chefe do Poder Executivo.

Fundo Municipal de Saúde: assim como o Conselho, deve ser criado por lei municipal, que especificará, entre outras coisas, as receitas que o compõem, seus objetivos, a destinação dos recursos, bem como os instrumentos de acompanhamento e controle. Segundo a Lei nº 4.320, de 17.03.1964: “constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”. Assim, o Fundo Municipal de Saúde representa uma Conta Especial, atualmente aberta no Banco do Brasil, única instituição financeira autorizada a repassar os recursos do SUS. A administração do Fundo é realizada pelo Secretário Municipal de Saúde, responsável legal pela sua gerência, com a fiscalização do Conselho Municipal de Saúde”. (In: *Manual de atuação do SUS* – Elaborado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul).

- pelo gestor do SUS. Se ficar constatado tratar-se de *Conselho de fachada*, o gestor deverá ser instado a imediatamente proceder à devida composição do Conselho, sob pena de responder pela prática de ato de improbidade administrativa, na forma do art. 11, *caput* e II da Lei nº 8.429, de 02.06.1992;
- 6) verificar se a lei instituidora do Conselho de Saúde segue o princípio da paridade, de acordo as diretrizes da Resolução nº 33/92 do Conselho Nacional de Saúde. Em caso negativo, empreender esforços no sentido de que seja feita a alteração pertinente, através de representação ao Poder Legislativo estadual ou municipal competente, por analogia ao art. 6º, XIX, “b”, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993, combinado com o disposto nos arts. 80 e 26, VII, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993;
 - 7) estabelecer contatos formais ou informais regulares com o Conselho, com vistas à motivação de seus membros e para manter presente a idéia de fiscalização de sua atuação pelo Ministério Público, como forma de desestimular a omissão na atuação dos conselheiros de saúde;
 - 8) envidar esforços no sentido de que os membros do Conselho de Saúde recebam orientação e treinamento freqüentes e com periodicidade regular por parte da Secretaria de Estado da Saúde (art. 17, III, da Lei nº 8.080, de 19.09.1990 – “apoio técnico e financeiro...”) e do Ministério da Saúde (art. 16, XIII, da Lei nº 8.080/90 – “cooperação técnica e financeira...”);
 - 9) esforçar-se, no sentido de que haja a elaboração de manuais/roteiros de atuação do Conselho, detalhando questões práticas corriqueiras de *cada localidade*, com a visualização da seqüência dos atos para resolvê-las, inclusive com a participação de outros atores sociais. O ideal é que este manual seja elaborado pelas Secretarias de Estado e Municipal de Saúde, Ministério da Saúde e Ministério Público, a partir de dados colhidos por meio de questionário junto aos Conselhos de Saúde. Entre as perguntas já recebidas nesta Comarca de Araguari-MG, destacam-se: “como fiscalizar sem ‘mandar na Secretaria?’ ”; “que espécie de atos pode editar o conselho?”; “qual a conduta a ser adotada pelo conselheiro nas visitas que fizer a estabelecimentos de saúde, no exercício de suas funções institucionais?”. Estas perguntas necessitam de respostas relativamente seguras, que somente serão obtidas por meio de um guia prático de orientação do conselheiro de saúde;
 - 10) o Ministério Público deverá propor o debate ao Conselho de Saúde o debate de questões relacionadas com a saúde na área de sua atuação funcional, como forma de estimular a participação dos membros do Conselho na gestão do SUS;
 - 11) assegurar que o Conselho tenha sede própria, bem como, que ele divulgue ampla e regularmente as suas reuniões e deliberações, garantindo assim a

participação dos interessados nas reuniões para fins de controle da própria atuação do Conselho por parte da comunidade (interessados);

- 12) empreender esforços ou estabelecer mecanismos ou incentivos (gestor do SUS com a participação do Ministério Público) no sentido de que os empregadores dos conselheiros de saúde os dispensem do trabalho, sem prejuízo da remuneração, por duas horas semanais, a título de exemplo, a fim de que eles possam visitar estabelecimentos de saúde ou fazer contato físico mais amigável com a sede do Conselho, gerando assim maior estímulo no exercício desse múnus.

5 EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA E/OU JUDICIAL DAS DECISÕES/ DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE SAÚDE: PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Basicamente, o Conselho de Saúde poderá tomar duas espécies de decisões: uma delas, cujo conteúdo diga respeito ao acesso concreto a ações e/ou serviços de saúde como, por exemplo, a edição de uma resolução, impondo ao poder público custear determinado tratamento, levando-se em conta as diretrizes do plano de saúde e/ou as disponibilidades orçamentárias/financeiras na área da saúde (balizamento jurídico-institucional para a atuação prática dos conselheiros). A outra relacionar-se-ia com a salvaguarda das prerrogativas e/ou condições materiais para o funcionamento do Conselho.

A propósito, o Conselho de Saúde poderá chegar a essa espécie de decisão, tendo em vista que o art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90, estatui que o Conselho de Saúde é órgão colegiado, permanente e deliberativo.

Além do mais, o art. 198, III, da CF/88, garante a participação da comunidade na gestão do SUS. Logicamente, então, que essa participação não poderá ser apenas simbólica ou de mera ratificação dos atos do gestor do SUS.

Nesse sentido, ao definir o alcance semântico do vocábulo *deliberativo*, Silva (1999) assevera que:

DELIBERATIVO. De *deliberar*, serve para indicar ou atribuir a qualidade ou o caráter da pessoa ou do órgão que possa validamente tomar qualquer deliberação ou decidir sobre questões e matérias trazidas a seu conhecimento.

Pelo *poder deliberativo*, então, que legalmente se confere, a pessoa ou o órgão *delibera*, tendo semelhante ato ou *resolução deliberativa* eficácia jurídica para obrigar e criar direitos.

Bem verdade que a autoridade deliberativa concedida

deve apresentar-se segundo as regras legais, respeitando suas exigências.

Assim, por exemplo, as *assembléias*, de qualquer natureza, para que possam tomar *deliberações* com validade jurídica, devem atender às regras legais acerca do *quórum* deliberativo. Sem este, validade não terá a deliberação, porque constituído legalmente não foi o poder deliberativo da assembléia.

Pois bem, quanto à primeira espécie de decisão, suponha-se que o chefe do Poder Executivo não venha a homologá-la ou a disponibilizar os recursos para cumpri-la.

Nesse caso, o Conselho poderá provocar o Ministério Público (Curadoria da Saúde da Comarca), apresentando-lhe a documentação pertinente (original ou cópia autenticada da resolução tratada; cópia da ata da reunião em que tenha havido a devida deliberação; documento comprobatório de que o agente público, por ação ou omissão, tenha descumprido a decisão do conselho etc), enfim, ministrando ao Ministério Público todas as informações necessárias à sua atuação administrativa ou judicial.

Essa provocação do Ministério Público enquadrar-se-á na regra genérica do art. 6º da Lei nº 7.347, de 24.07.1985, uma vez que inexistente norma específica para a hipótese em estudo.

Estatui o artigo supracitado:

Art 6º – Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm mantido divergências quanto à qualificação do direito à saúde como sendo interesse difuso, até porque em muitas situações concretas há um titular/paciente identificável.⁹

Por isso, tem-se cogitado que a legitimidade do Ministério Público somente existiria nas hipóteses de interesses individuais homogêneos (art. 82 c/c art. 91 da Lei nº 8.078 de 11.09.90). Veja-se:

⁹ Cf. art. 7º da Lei nº 8.142/90, o qual prevê que a integralidade da assistência à saúde abrange um conjunto de “[...] ações e serviços preventivos e curativos, *individuais e coletivos*, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (grifo nosso).

Com efeito, consoante a *Súmula CSMP N. 07*:

‘O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão de lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.’

[...]

Já a *Súmula de Estudos CENACON N. 05* pondera o seguinte:

‘Tratando-se da tutela, em última análise, de interesses individuais manifestos, mas tratados de forma coletiva, os chamados ‘interesses individuais homogêneos de origem comum’ (art. 81, III, do CDC) somente poderão ser suscetíveis de ação civil pública pelo órgão do Ministério Público, quando houver evidência de interesse público quanto à sua abrangência, e social quanto à sua qualificação (junho/92 – atualizada em julho/97).’ [...] (ALVES; RUFINO; SILVA, 2001, p. 259).

A bem da verdade, a função institucional do Ministério Público estabelecida no art. 129, II, da Carta Magna, não se confunde com o exercício do direito de ação, porquanto o art. 81 do CPC exige que, para isto, o *Parquet* detenha autorização expressa, logicamente por meio da legislação ordinária. Assim, por exemplo, para atuar como substituto processual na ação de investigação de paternidade, essa autorização explícita provém da Lei nº 8.560, de 29.12.1992. Quer dizer, a Constituição Federal apenas enunciou incumbir ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais indisponíveis, entre eles, o direito à paternidade legítima (art. 27 da Lei nº 8.069, de 13.07.1990).

Por conseguinte, ao legislador ordinário foi deferida a tarefa de definir se essa função institucional do *Parquet* efetivar-se-á por meio de sua atuação como parte ou como fiscal da lei (*custos legis*). Some-se a isto que o direito à saúde não se qualifica como interesse difuso, a ser tutelado na forma da Lei nº 7.347/85. Isso porque a definição da saúde como direito fundamental e, mais ainda, como direito social, tem o sentido de apenas torná-lo uma obrigação positiva do Estado em relação à sociedade, ou seja, todo e qualquer cidadão poderá exigir do poder público a concretização desse direito a seu favor.

Portanto, não significa que o direito à saúde deva ser qualificado como *interesse difuso*, até porque a saúde envolve necessariamente dois planos: a

saúde enquanto direito a ser assegurado genérica e abstratamente a todos, por meio de ações e serviços próprios (envolvendo aqui a noção de interesse público); e a saúde, como direito individual e fundamental, a ser defendido, de regra, pelo próprio titular desse mesmo direito.

A questão pode, então, ser posta nos seguintes termos: se o poder público, de alguma forma, por medidas administrativas ou legislativas, restringir o acesso às ações e serviços de saúde ou, mais diretamente, instituir obstáculos à efetivação desse direito, o Ministério Público deverá atuar de pronto, podendo, inclusive, ajuizar ação direta de inconstitucionalidade ou ação civil pública, conforme o caso, na defesa do interesse social, visto que:

À evidência, todavia, que se a proteção ao patrimônio público e social não é um interesse difuso ou coletivo, também não é individual. Resta-nos, com a compreensão da lição de Antônio Hermann V. Benjamin, alhures explicitada, classificá-lo como interesse público. Um interesse público distinto dos interesses difuso, coletivo e privado (individual). (ALVES; RUFINO; SILVA, 2001, p. 359-360).

No plano individual, quando a situação fática não for capaz de produzir repercussão direta e imediata para a coletividade como um todo (interesse público primário), prevaleceria a regra do art. 129, IX, da CF, que veda o exercício, pelo Ministério Público, de funções incompatíveis com sua finalidade, “[...] já que sua missão institucional, como visto, é voltada para a *tutela coletiva, lato sensu*, dos interesses e direitos previstos pelos incisos do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.” (ALVES; RUFINO; SILVA, 2001, p. 258).

Em resumo, se a atuação envolver a defesa em juízo, por exemplo, do direito individual à determinada ação ou serviço de saúde, caberá, de regra, ao interessado fazê-lo através de advogado.¹⁰

A aparente antinomia existente entre os incisos II, III e IX do art. 129 da CF/88 deve ser solucionada por meio do *princípio da unidade da Constituição*, o qual tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs, conforme palavras do insigne Barroso (1996, p.182), expressando-se nos seguintes termos:

‘[...] uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma

¹⁰ O art. 201, VIII e IX, da Lei nº 8.069/90, autoriza a atuação do Ministério Público como substituto processual em favor de crianças ou adolescentes. Vide anexo IX.

conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna'. Invoçando tal acórdão, Konrád Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. E acrescenta: 'Todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com esse princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais.'

Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: 'O princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal'. O fim primário do princípio da unidade é procurar determinar o ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir na aplicação das normas constitucionais, cuidando de administrar eventuais superposições. A tarefa, todavia, pode revelar-se mais complexa do que parece à primeira vista.

Admita-se que o Ministério Público, ao ser provocado pelo Conselho de Saúde, entenda que o caso não desafie a sua atuação, por se tratar de questão interna da administração pública, ou porque a situação envolva a chamada discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade em função de outros interesses igualmente relevantes e limitação financeira ou orçamentária); aí, então, caberá ao órgão do Ministério Público promover o arquivamento das peças informativas oriundas do Conselho de Saúde, fazendo-o, porém, na forma do art. 9º da Lei nº 7.347/85, ou seja, submeterá tal promoção de arquivamento à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público.

Desse modo, estarão resguardados os princípios da independência funcional dos membros do Ministério Público (art. 127, § 1º, da CF/88) e do controle administrativo no exercício dessa independência funcional (art. 9º da

Lei nº 7.347/85). No caso de ofensa ao direito individual à saúde, e, havendo provocação do Conselho de Saúde, o interessado deverá ser orientado a constituir um advogado para intentar as medidas judiciais pertinentes ou a recorrer à Defensoria Pública, caso não possa pagar os honorários advocatícios.

Quanto à possibilidade ou não do próprio Conselho de Saúde fazer valer judicialmente as suas decisões, a Dr^a Cleide Previtali Cais (BRASIL, 1993) esposou o ponto de vista de que, em princípio, esse órgão podia propor alguma ação em juízo, mormente para contestar o Executivo pela atuação na imposição de regras para o Conselho.

Para tanto, a ilustre professora supracitada partiu do raciocínio de que o Conselho é um ente não personalizado, tendo acrescentado que os entes não personalizados “[...] também podem entrar com ação civil pública.” Ora, a meditação profunda em torno desse assunto conduz à conclusão de que os Conselhos de Saúde não detêm legitimidade ativa para agir judicialmente na defesa de usuários do SUS, por meio da figura da substituição processual.

É que os entes despersonalizados somente podem agir em Juízo, de regra, na defesa de interesses próprios ou que sejam inerentes à sua própria existência: a chamada capacidade judiciária, de que cuidam a doutrina e a jurisprudência.

Por outro lado, o art. 2º da Lei nº 8.078/90 estatui que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Assim sendo, o titular de direitos no SUS enquadra-se, sem dúvida, nesse conceito legal de *consumidor*, já que o SUS envolve *ações e serviços* destinados à salvaguarda do direito à saúde, considerado direito social e fundamental do ser humano.

Com efeito, a questionada legitimidade do Conselho de Saúde deve ser analisada à luz do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor — CDC, mais precisamente com base no parágrafo único desse mesmo artigo de lei, em que estaria abrigada a chamada substituição processual.

Nesse diapasão, o art. 82 do CDC prevê expressamente quem está legitimado, concorrentemente, para agir em juízo por meio da figura da substituição processual.

Curiosamente, tanto para as associações de proteção dos consumidores quanto para os órgãos da administração pública, direta ou indireta, o legislador exigiu que eles tivessem por missão institucional *específica* a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, ainda que cuidem, ao mesmo tempo, de direitos ou interesses de outra natureza.

Por conseguinte, apesar de haver a previsão legal expressa de que

órgãos da administração pública, *ainda que sem personalidade jurídica*, possam agir em Juízo na defesa *coletiva* dos consumidores, coexiste, todavia, a determinação de que tais órgãos estejam “[...] especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código CDC.”

Assim sendo, embora o Conselho de Saúde possa ser qualificado como órgão da administração pública direta, sem personalidade jurídica, ele não foi originariamente instituído para o desempenho daquela missão, ou seja, para a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC.

Realmente, a própria lei instituidora dos Conselhos de Saúde – Lei nº 8.142/90 – delimitou o seu campo de ação, dizendo que se trata de órgãos permanentes, deliberativos e colegiados, que atuam “[...] na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive, nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.” (art. 1º, § 2º). O legislador disse somente isso!

Conseqüentemente, os Conselhos de Saúde não estão legitimados a agir em juízo na defesa do titular de direitos junto ao SUS ou, noutras palavras, na defesa dos usuários do SUS, especialmente porque o art. 6º do CPC estabelece que somente será permitida a substituição processual nos casos autorizados por lei.

Não obstante, o Conselho de Saúde, mesmo não possuindo personalidade jurídica, poderá agir em juízo na defesa de prerrogativas próprias, isto é, no resguardo das condições necessárias ao cumprimento de sua função legal.

Enfim, em relação a essa espécie de decisão do Conselho de Saúde, ou seja, que vise à salvaguarda das prerrogativas e/ou condições materiais para o seu funcionamento, não havendo aquiescência por parte do gestor do SUS ou pelo chefe do Poder Executivo, poderá haver a provocação do Ministério Público (Curadoria de Saúde da Comarca) para a adoção das medidas próprias, assim como ocorre em face da decisão cujo conteúdo diga respeito ao acesso concreto a ações e/ou serviços de saúde.

Considerando que o conteúdo de tal modalidade de decisão do Conselho de Saúde não envolveria, diretamente, direito a ser tutelado na forma da Lei nº 7.347/85, a provocação do Ministério Público, por conseguinte, não se daria com base no art. 6º da mesma Lei.

Destarte, a suscitação da atuação do Ministério Público pelo Conselho de Saúde estará assentada, em termos gerais, na norma do art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88, que diz respeito ao “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.”

De fato, se a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.142/90 resguardam o direito da comunidade de participar da gestão do SUS, é evidente

que os membros do Conselho, em razão dessa previsão legal, têm o direito de obter do poder público as condições mínimas para o funcionamento, a contento, desse órgão colegiado, permanente e deliberativo (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90).

Suscitada, pois, a atuação do Ministério Público, a qual, aliás, poderá dar-se de ofício, isto é, bastando a simples notícia pela imprensa ou mediante constatação do fato, direta e/ou pessoalmente pelo próprio Curador da Saúde (órgão do Ministério Público), as medidas a serem empreendidas estarão legitimadas graças ao disposto no art. 127 da Carta Magna, que comete ao Ministério Público a função institucional de zelar pela ordem jurídica. Noutros termos, o Ministério Público, na defesa das normas legais que instituam o controle social com a missão de funcionar adequadamente (defesa da ordem jurídica), adotará as medidas administrativas ou judiciais necessárias a isso, tendo em vista o disposto no art. 129, II, da CF/88.

6 CONCLUSÃO

É indispensável que o Ministério Público contribua decididamente para a concretização e o aprimoramento constante do controle social no SUS.

Nesse sentido, a primeira medida a ser adotada pelo *Parquet* consistirá na *verificação tangível* da forma de composição do Conselho de Saúde, de tal forma a combater os chamados *Conselhos de fachada*, em que todos os membros são escolhidos pelo chefe do Poder Executivo ou pelo gestor do SUS, inclusive os do segmento dos usuários que, não raro, sequer sabem de sua condição de conselheiros de saúde.

É fundamental que o Ministério Público empreenda esforço no sentido de estimular a atuação eficaz dos conselheiros de saúde, evitando que os mesmos, por se sentirem desprestigiados no exercício do múnus, abandonem-no paulatinamente.

Ademais, afigura-se imperioso que seja despertada a consciência de que os conselheiros de saúde não podem agir com subserviência ao gestor do SUS ou ao chefe do Poder Executivo, sob pena de esvaziamento do papel do controle social ou da participação da comunidade no SUS, conforme contemplado no art. 198, III, da CF/88.

Daí, ser de grande importância que todas as ações do Conselho de Saúde tenham ampla divulgação, como forma de propiciar o acompanhamento e o apoio da sociedade, inclusive, coibindo que prevaleçam propostas corporativistas às propostas de interesse da coletividade.

O Ministério Público poderá celebrar termo de ajustamento de conduta com a administração pública, a fim de que as reivindicações inerentes ao funcionamento regular do Conselho de Saúde sejam devidamente atendidas.

Outrossim, afigura-se cabível, em tese, a chamada ação cominatória, com vistas a compelir o poder público a dotar o Conselho de Saúde das condi-

ções indispensáveis ao seu regular funcionamento, por força do disposto nos arts. 81 e 287 do CPC, combinados com o disposto no art. 5º, V, “b”, da Lei Complementar nº 75/93, tendo em vista o disposto no art. 80 da Lei nº 8.625/93.

Enfim, o Ministério Público deverá atuar em permanente parceria com o Conselho de Saúde, de modo que qualquer obstáculo criado pelo gestor público ao funcionamento regular do Conselho de Saúde deverá desafiar a adoção de medidas administrativas e/ou judiciais aptas a afastá-lo, destacando-se, em última análise, a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com força no art. 11, *caput* e II, da Lei nº 8.429, de 02.06.1992.

Referências Bibliográficas

ALVES, Airtton Buzzo; RUFINO, Almir Gasquez; SILVA, José Antônio Silva da (Org). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARANHA, Márcio Iório; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (Org). *Manual de apoio conceitual*. Brasília: Universidade de Brasília. Faculdade de Direito. Núcleo de Estudos em Saúde Pública.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Oficina de trabalho sobre questões jurídicas do Sistema Único de Saúde – SUS*. Brasília: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 1993. Texto impresso.

CARVALHO, Gilson de Cássia Marques de. *O financiamento público federal do Sistema Único de Saúde 1988-2001*. 2002. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo.

COSTA, Epaminondas da. *Manual do patrimônio público*: responsabilidade dos agentes políticos e administrativos na gestão do dinheiro público: teoria e prática. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

DALLARI, Sueli Gandolfi (Org.). *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: Organização Panamericana de Saúde, 1992.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões. *Revista de Direito Sanitário*, v. 1, n. 1, p. 23-35, nov. 2000.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo:

Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1997.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei nº 8.429/92*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Mário Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira. *Manual de atuação jurídica em saúde pública: programa de apoio ao fortalecimento do controle social no SUS*. Brasília, 2002. Não publicado.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar 2002.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. CD-ROM.

SILVA, Mônica Sofia Pinto Henrique. Petição inicial de ação civil pública visando a assegurar direito à saúde em favor de criança. *Minas Gerais: Órgão Oficial dos Poderes do Estado de Minas Gerais*, 13 nov. 2002.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito civil e ação civil pública: instrumentos da tutela coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.