

1.06

Direito à saúde e participação “comunitária”: limites do modelo participativo do Sistema Único de Saúde na pós-modernidade jurídico-política

Right to health and “community” participation: the limits of participatory model of the Unified Public Health System in post-modernity legal-political

Letícia Canut

Advogada e professora. Mestre e doutora em Direito. Pesquisadora Colaboradora do Programa de Direito Sanitário (Prodisa) da Fundação Oswaldo Cruz. Brasília, Brasil.

Resumo: O trabalho examina a estrutura de participação “comunitária” do Sistema Único de Saúde (SUS) com o objetivo de assinalar que essa configuração não corresponde às características da pós-modernidade jurídico-política inaugurada pela Constituição de 1988, segundo a qual o direito à saúde apresenta uma dimensão coletiva própria a ser exercida de acordo com a República Participativa.

Palavras-chave: Participação “comunitária”; conselhos de saúde; direito coletivo à saúde; pós-modernidade jurídico-política.

Key-words: “Community” participation; health councils; collective right to health; legal-political post-modernity

1 Introdução

O presente artigo analisa o modelo de participação “comunitária” do Sistema Único de Saúde – SUS frente à pós-modernidade jurídico-política inaugurada pela Carta Magna de 1988. É elaborado com o intuito de esclarecer que o atual modelo participativo do SUS não corresponde às exigências do paradigma pós-moderno.

O estudo parte da constatação de que o novo cenário jurídico-político tem como características marcantes: o reconhecimento do direito à saúde com um direito social fundamental *de todos* e a República Participativa. Um cenário em que a saúde consiste em bem coletivo autônomo – ao lado do público e do privado – de titularidade da Sociedade personalizada e que deve ser tutelado e exercido por instrumentos de participação direta da Sociedade – sujeito de direito.

A partir destes fundamentos procura apontar alguns aspectos que comprovam que a participação “comunitária” do SUS – especialmente por meio dos Conselhos – ,apesar de sua origem Constitucional como diretriz do Sistema de Saúde, atualmente não está configurada de acordo com as características do modelo inaugurado pelo texto constitucional. Ou seja, não corresponde à dimensão coletiva do direito à saúde nem à República Participativa.

Trata-se de uma abordagem diferente daquelas presentes em diversos estudos sobre participação em saúde e controle social. Ao fundamentar-se no referencial teórico que descreve o novo paradigma, partindo da teoria desenvolvida por José Isaac Pilati, apresenta um quadro complexo que implica a reestruturação jurídico-política moderna que ainda está a orientar a configuração participativa no SUS.

2. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988: um contexto jurídico-político pós-moderno

A modernidade caracterizou-se como um modelo reducionista e simplificador que, sob orientação da lógica de apropriação privada, reduziu a complexidade jurídico-política a um quadro de predominância de dois grandes sujeitos de direito – o Estado e o indivíduo – e de dois grandes regimes jurídicos – o público e o privado. Formou um cenário dicotômico que excluiu o terceiro elemento: a Sociedade e os bens coletivos.

A redução do quadro jurídico a um panorama formado apenas por sujeitos individuais – macrossujeito político e o microssujeito privado – resultou na retirada de qualquer possibilidade de manifestação ou expressão jurídica da Sociedade (Grossi, 2007a, p. 6) e na incapacidade de ela ser reconhecida como titular dos bens coletivos.

Nesse esquema, os bens coletivos esgotaram-se no âmbito do público, enquanto todo o resto era privado. O que permitiu ao Estado atuar em nome da Sociedade, como representante do interesse geral e dos bens coletivos, suprimindo a dimensão participativa sob perspectiva centralizadora e avessa à participação direta da população e ao pluralismo (Pilati, 2011, p. 92-93; 25-26).

Assim, da mesma forma que a Sociedade foi excluída dentre os sujeitos modernos, também os foram os *bens coletivos* da classificação jurídica. O Código Civil brasileiro, a exemplo dos demais códigos modernos, continua, sob tais

coordenadas, a excluir a dimensão coletiva e a dividir os bens em públicos e privados – no sentido de que aqueles são do Estado e os demais dos particulares¹. É manifesta a omissão em relação àqueles bens coletivos que pertencem à coletividade e não aos particulares nem às pessoas jurídicas de direito público. Bens que deveriam estar classificados nos códigos ao lado dos públicos e dos privados, formando uma tríade (Pilati, 2005, p. 54-58; Pilati, 2011, p. 99).

A Constituição brasileira de 1988 suprimiu essa omissão. A Carta resgatou os bens coletivos e a Sociedade, como sujeito de direito, diante do reconhecimento das propriedades constitucionais especiais da instituição da República Participativa². Inaugurou, a partir de então, um modelo jurídico-político pós-moderno (Pilati, 2011, p. 5; 15; 40-41).

Nesse cenário, as propriedades especiais constitucionais “[...] despontam sob a égide jurídica do coletivo e a aura política da participação”, estando divididas em particulares³ e coletivas. Estas se subdividem em propriedades especiais: patrimoniais (ética)⁴ e extrapatrimoniais (coletivas propriamente ditas) (Pilati, 2011, p. 50-66).

Por propriedades coletivas compreendem-se todos aqueles bens que a Carta Magna “[...] garante a todos como fundamentais; que não pertencem a ninguém individualmente e dos quais só se pode dispor coletivamente, tais como patrimônio arqueológico e histórico, ambiente, **saúde**, cultura. São bens que se guiam por fim próprio” (Pilati, 2011, p. 123, grifo nosso) e que *exigem formas específicas de exercício e tutela* condizentes com a república participativa, ou seja, com a participação direta estipulada no parágrafo único do artigo 1º da Constituição, ao lado da participação indireta.

¹ O artigo 98 do Código Civil estabelece que: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencem.”. O Código inclui, nos incisos I a III do artigo 99, dentre os bens públicos: “I – os de uso comum do povo, tais como mares, estradas, ruas e praças; os de uso especial e os dominicais; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias” e “III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.”.

² Art. 1º, parágrafo único: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos *ou diretamente*, nos termos desta Constituição” (grifo nosso)

³ Nesta categoria estariam: a propriedade urbana, a propriedade especial rural, a propriedade intelectual, a propriedade especial público privada.

⁴ Estas abrangem três espécies: a propriedade indígena, a propriedade quilombola e propriedade de reservas extrativistas por populações tradicionais.

A análise do direito à saúde a partir desse contexto revela que o marco essencial do modelo pós-moderno não se resume em garantir a saúde como um direito social fundamental⁵ (art.6º). Abarca, especialmente, o seu reconhecimento como um direito de todos (art. 196), um direito coletivo extrapatrimonial⁶ que rompe com o paradigma dicotômico e representativo da modernidade e que está a exigir dos doutrinadores novas classificações (Pilati, 2011 p. 5; 15; 40-41), percepções e práticas. Algo possível de se alcançar fora do modelo moderno, a partir da experiência da República Romana como contraponto, conforme teoria de José Isaac Pilati⁷.

Nessa perspectiva, que não será aprofundada no presente trabalho⁸, percebe-se que a saúde como um bem coletivo – autônomo e com mesmo peso do público e do privado – tem titular próprio: a Sociedade, como “atriz e protagonista”, como sujeito de direito com capacidade *própria* de manifestação jurídica e atuação ao lado do Estado e do indivíduo.

Trata-se de cenário em que a Sociedade⁹ deve ser compreendida à luz do *populus* e da *res publica* romanos, ou seja, como organização jurídico-política de uma universalidade de cidadãos que se manifesta *em procedimentos participativos organizados*, estruturados por meio da articulação equilibrada com as demais autoridades, com escopo de salvaguardar os bens coletivos. Sob esta perspectiva, a

⁵ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

⁶ Anote-se, ainda, que “os bens coletivos são extrapatrimoniais e em diversas situações jurídicas apresentam interface com direitos públicos e privados; e assim são afetados por função social” (Pilati, 2011, p. 101). Nesse sentido: “O reconhecimento da autonomia do bem coletivo e do seu titular à Sociedade reflete-se no exercício e na tutela dos direitos privados de forma tão significativa que imprimirá nova realidade jurídica a institutos como o condomínio, a responsabilidade civil, o contrato, o enriquecimento sem causa; e a aspectos, como o do risco nas atividades econômicas – com *inegável força de alteração do sistema*. Assim como se passou do papel para o computador, do analógico para o digital interativo, também se superará a via única individualista do direito público-estatal – em nova *ágora social*, sob a multifuncionalidade dos direitos fundamentais.” (Pilati, 2011, p. 119).

⁷ Desenvolvida em diversos artigos do autor e especialmente na obra *Propriedade e função social na pós-modernidade* (Pilati, 2011).

⁸ Esse resgate é feito a partir da teoria de José Isaac Pilati (2011, p. 41), segundo a qual se alcança a recuperação da dimensão coletiva suprimida pela modernidade por meio do contraponto do direito romano clássico como metodologia. O que significa “o resgate de uma experiência histórica em que a estruturapolítica e jurídica formalizava o coletivo em outro perfil – desestatalizado”. A análise do direito à saúde sob essa perspectiva foi elaborada pela autora do presente artigo em sua tese de doutorado (Canut, 2013)

⁹ O sentido aqui atribuído à Sociedade em nada se identifica com a ideia moderna de sociedade nem com aquela de sociedade civil ressignificada e espaço público não estatal. Por isso, passa-se a grafar Sociedade com a inicial maiúscula para identificá-la como realidade do contexto jurídico-político pós-moderno.

Sociedade consiste em corpo com direitos e deveres, com titularidade própria, a qual não se desvincula da ideia de coletividade nem dos interesses coletivos.

Ressalta-se, no entanto, que o reconhecimento da saúde como bem coletivo e da Sociedade como titular de tal bem não são suficientes se não forem criados *procedimentos próprios* – no nível dos três poderes: executivo, legislativo e judiciário – para o *exercício* e a tutela desse *bem coletivo extrapatrimonial*. Procedimentos de participação direta da Sociedade¹⁰ que independam do voluntarismo do indivíduo e do Estado, mas que se organizem com a participação de ambos, embora com novos papéis.

Isso significa que somente a Sociedade – a coletividade personalizada – poderá, por procedimento próprio, dispor do bem coletivo saúde. Este procedimento não se identifica nem se confunde com os processos voltados para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, definidos no Código de Defesa do Consumidor (Pilati, 2011, p. 124; 95).

É que a dimensão de república participativa, em que se situam politicamente tais bens [coletivos próprios], exige um processo diferenciado, *em que os sujeitos não disputam a titularidade do bem, mas a sua preservação, restauração, recuperação perante toda a coletividade, inclusive o autor da lesão, particularmente responsabilizado*. Não se trata do processo estatal tradicional e sim do processo em dimensão de *ágora*, presentes comunidade e autoridades, destinado a construir soluções de interesse coletivo, em face de bens fundamentais (Pilati, 2008, grifo nosso).

Tudo isso indica que as questões em torno do direito coletivo à saúde não se solucionam apenas por meio do poder de polícia do Estado, pelo modelo atual de políticas públicas nem por qualquer ação de governo tradicional (Pilati, 2008; Pilati, 2011, p. 37; 100).

O Direito de todos à saúde está a exigir completa (re)configuração do modelo jurídico-político moderno. Uma (re)configuração inclusiva que considere as conquistas desse modelo ao lado de desenhos e configurações compatíveis com o pós-modernidade inaugurada pela Constituição de 1988. O que significa a necessidade de se reconhecer a saúde como um bem coletivo de titularidade da Sociedade que o exercerá e tutelará por meio de procedimentos próprios, de participação direta.

¹⁰ Trata-se da atuação da Sociedade aos moldes romanos quando da deliberação das assembleias populares em questões relativas à *res publica*: o cidadão, *por ele mesmo e não por meio de representantes*, formava parte da assembleia popular e, por meio do voto participava, *diretamente*, da atividade política (Buján, 2010a, p. 63).

3. Breve olhar sobre o modelo de participação “comunitária” do Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde-SUS brasileiro foi arquitetado como mecanismo fundamental para viabilizar o cumprimento da previsão constitucional do artigo 196, segundo a qual é dever do Estado garantir saúde a todos por meio de políticas econômicas e sociais.

A Carta Magna não só instituiu o SUS, por meio do artigo 198 *caput*, como previu os seus princípios e diretrizes. No artigo 196 estabeleceu três grandes princípios: a universalidade, a integralidade e a equidade, que formam a base do Sistema e lhe conferem ampla legitimidade (Vasconcelos; Pasche, 2008, p. 535)

No artigo 198, *caput* e incisos I e III, a Carta estipulou as diretrizes que devem orientar a organização e operacionalização do Sistema. Nesse sentido, as ações e os serviços de saúde deverão ser implementados de acordo com as diretrizes¹¹ de regionalização e hierarquização – artigo 198, *caput*, da descentralização, com direção única em cada esfera de governo – artigo 198, II; e da participação da “comunidade”¹² – artigo 198, III.

Esta última diretriz, que consiste em uma das grandes propostas do movimento sanitário, exige a criação, pelo poder público, de mecanismos que permitam a participação da “comunidade” na formulação e implementação das políticas de saúde (BRASIL, 2006, p. 76).

Apesar de não ter sido contemplada na Lei 8.080/90, a participação “comunitária” em saúde, prevista pela Carta Magna, foi estabelecida pela Lei 8.142/90. De acordo com a qual, em seu o artigo 1º, *caput*, “o Sistema Único de Saúde, [...] contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder

¹¹ Tendo em vista que as Leis 8.080/90 e 8.142/90 foram insuficientes para a implementação do SUS, ao longo dos anos foram sendo editadas normas operacionais (NOBs) e normas de atenção à saúde (NOAs), mais tarde o Pacto pela Saúde de 2006 e mais recentemente o Decreto 7.508, de 2011, que regulamenta a Lei 8.080/90, normas que foram somando-se ao arsenal do direito sanitário, tendo como escopo a operacionalização do SUS de acordo com as diretrizes acima citadas. Verifica-se que há grande preocupação com a descentralização em todas elas, assumindo em alguns momentos o sentido da municipalização e desde as NOAs de 2001 e 2002 até o recente Decreto 7.508/11, o da regionalização.

¹² A participação em saúde, no presente trabalho, será referenciada como participação “comunitária” em função de este ser o termo mãe, apresentado no texto constitucional. Por isso ele seguirá destacado entre aspas para identificar a escolha da autora pelo termo em detrimento de outras opções possíveis.

Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I – a Conferência de Saúde; e II – o Conselho de Saúde” (Brasil, 1990a).

Estes dois foros – nos níveis municipal, estadual e nacional – são considerados elementos fundamentais de controle e participação da sociedade na formulação e implementação das políticas de saúde.

Às Conferências de Saúde cabe “propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes” (art. 1º, § 1º) e aos Conselhos de Saúde cabe a atuação “[...] na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente” (Brasil, 1990a).

As deliberações das Conferências não têm caráter vinculativo. Essa característica não retira a relevância de tais arenas para o SUS mas conduz à afirmação de que elas não são deliberativas (Escorel; Moreira, 2008, p. 1.006; Correia, 2000, p. 68) e de que funcionam mais como mecanismo de escuta da sociedade, já que seus debates e propostas finais nem sempre são transformados em ações do poder Executivo (Escorel; Moreira, 2008, p. 1.006).

Esse é um dos pontos distintivos entre o papel das Conferências e aquele desempenhado pelos Conselhos. A Lei 8.142/90 foi clara ao estipular o poder deliberativo dos Conselhos de Saúde. No § 2º, do artigo 1º, está previsto que:

O Conselho de Saúde, em caráter *permanente e deliberativo*, órgão colegiado composto por *representantes do governo, prestadores de serviços profissionais de saúde e usuários*, atua na formulação de *estratégias* e no controle 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. (Brasil, 1990a, grifo nosso)

A criação dos Conselhos como foros deliberativos que compõem a “engenharia” política e institucional do SUS representa grande e essencial mudança para a democratização das decisões no setor saúde (Labra, 2005, p. 35). Por isso o presente trabalho dará foco a esses espaços decisórios.

No texto do parágrafo 2º, do artigo 1º, ora transcrito, verifica-se que a Lei estabelece que os Conselhos de Saúde serão formados por “representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários” (Brasil, 1990a). No § 4º, do mesmo artigo, a Lei determinou a representação paritária dos usuários em relação ao conjunto dos demais elementos. Regra aplicável tanto aos Conselhos quanto às Conferências. (Brasil, 1990a).

Ao vincular o repasse de recursos – para os estados, municípios e Distrito Federal – à criação de Conselhos de Saúde¹³, a Lei estabeleceu que a paridade fosse organizada de acordo com o Decreto 99.438/90, que dispunha sobre a organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde (Brasil, 1990a).

Apesar da menção a esse Decreto, que foi revogado pelo Decreto 5.839/06¹⁴, a paridade rigorosa entre os segmentos “só foi proposta na Resolução 33/1992, do Conselho Nacional de Saúde (mais tarde ratificada pela Resolução 333, de 2003), e nas Recomendações da 10ª e da 11ª Conferências Nacionais de Saúde”. A partir de então a paridade passou a estabelecer que “50% dos conselheiros deve ser representantes do segmento dos usuários, 25% dos trabalhadores de saúde e os demais 25% formados por gestores e prestadores de serviços”¹⁵ (Escorel; Moreira, 2008, p. 1002).

Importante ressaltar que os conselheiros *representam* as entidades que os indicaram. Assim, “a vaga no conselho de saúde é da entidade e não do conselheiro, podendo esta o substituir a qualquer tempo”. Por isso a paridade pode ser colocada da seguinte forma: “50% das vagas são destinadas às *entidades* do segmento usuário. Os outros três segmentos terão a seguinte divisão: 25% para as *entidades*

¹³ “As leis do SUS acima mencionadas [8.080/90 e 8.142/90] e a edição das Normas Operacionais Básicas (NOB) de 1991, 1993 e 1996, relativas à descentralização, fomentaram a criação dos CS. Particularmente a última, implementada a partir de 1998, deu impulso definitivo à disseminação dos colegiados em todo o país devido, sobretudo, à exigência do funcionamento destes para o Ministério da Saúde repassar recursos financeiros a estados e municípios para diversos programas. [...]” (Labra, 2005, p. 365)

¹⁴ Este Decreto revogou também outros que dispunham sobre o Conselho Nacional de Saúde: 4.878, de 18 de novembro de 2003, 5.485, de 4 de julho de 2005, e 5.692, de 7 de fevereiro de 2006 (Brasil, 2006b).

¹⁵ É o que consta no Decreto 5.839/06, que dispõe sobre a organização, atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde: “Art. 3º. O CNS é composto por quarenta e oito membros titulares, sendo: I – cinquenta por cento de representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS; e II – cinquenta por cento de representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde, de representantes do governo, de entidades de prestadores de serviços de saúde, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS e de entidades empresariais com atividade na área de saúde. § 1º O percentual de que trata o inciso II do *caput* deste artigo observará a seguinte composição: I – vinte e cinco por cento de representantes de entidades de profissionais de saúde, incluída a comunidade científica da área de saúde; II – vinte e cinco por cento de representantes distribuídos da seguinte forma: a) seis membros representantes do Governo Federal; b) um membro representante do CONASS; c) um membro representante do CONASEMS; d) dois membros representantes de entidades de prestadores de serviços de saúde; e e) dois membros representantes de entidades empresariais com atividades na área de saúde. § 2º Os representantes de que tratam as alíneas “b” à “e” do inciso II do § 1º serão indicados respectivamente pelos presidentes das entidades representadas. § 3º Os membros titulares terão primeiros e segundos suplentes, indicados na forma do regimento interno. (Brasil, 2006b)

de Profissionais de Saúde e 25% para governos e prestadores de serviço”¹⁶ (Balsemão, 2002, p. 183, grifo nosso).

Tendo em vista que as atribuições dos conselhos, definidas por lei, “[...] contemplam as funções de definir as prioridades de saúde para cada nível de governo, aprovar o orçamento da saúde e receber e aprovar a prestação de contas dos gastos efetuados – isto é, passam por praticamente todas as fases da política pública” (Franzese, 2011, p. 30) – é importante ressaltar que os Conselheiros, especialmente na fase de formulação da política, *representam* a comunidade na definição da ação do Estado para a área da saúde e, especificamente, na definição do “interesse público” ou “interesses públicos” para a o setor saúde¹⁷ (Bucci, 2006, XLII).

O panorama traçado releva que a criação e o funcionamento dos Conselhos inovam ao garantir uma configuração para o exercício do direito de todos à saúde que não se restringe à atuação e vontade do Estado. Nesse modelo, a participação “comunitária” na formulação das políticas e, assim, na definição do conteúdo do interesse coletivo para o setor, fez com que o *exercício* de tal direito saísse do âmbito do voluntarismo estatal, de seu poder tecnobrocrata e migrasse para o seio dos Conselhos de Saúde. Estes que são inovação para a gestão pública¹⁸.

Hodiernamente há conselhos atuantes nos três níveis de governo. Mas é importante esclarecer que a atuação dos diferentes conselhos não se dá da mesma forma. Há grande diversidade em relação ao funcionamento efetivo dos mesmos. Isso assinala grandes desafios a serem enfrentados em busca da sua concretização como arenas de gestão participativa e de controle social (Noronha; Lima; Machado, 2008, p. 453).

¹⁶ Lista das representações que poderão ter assento no Conselho de Saúde está incluída em diretriz da Resolução 333/2003 (Labra, 2005, p. 374).

¹⁷ Ressalta-se que a autora mencionada fala da formulação da política pública em aspecto geral. Ela não se atém ao setor saúde – do qual não faz menção nem às suas políticas nem aos seus Conselhos.

¹⁸ Diante do reconhecimento da relevância de tais decisões é preciso mencionar que o mesmo § 2º, do artigo 1º, da Lei 8.142/90 que lhes concedeu caráter deliberativo também exigiu que tais deliberações fossem homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada nível de governo (Brasil, 1990a). Para Correia (2000, p. 67) isso evidencia que a lei, de um lado, aumentou o poder do conselho e, de outro – e de forma concomitante –, o restringiu ao exigir que as deliberações fossem homologadas pela autoridade competente, o que a autora chamou de “permissão” do dirigente do Sistema de Saúde.

4. O modelo de participação comunitária do SUS frente à pós-modernidade jurídico-política

Não há dúvidas de que o modelo participativo do SUS representa inovação para gestão mais democratizada do Sistema de Saúde e de suas políticas. No entanto, questiona-se, com atenção especial aos Conselhos de Saúde, se a atual configuração desses foros deliberativos corresponde às características do modelo jurídico-político pós-moderno inaugurado pela Carta Magna de 1988.

Procura-se observar se o desenho e funcionamento de tais espaços decisórios comportam: o tratamento do direito à saúde como um bem coletivo próprio; a Sociedade como sujeito desse direito coletivo; e os processos coletivos próprios para seu exercício. Ou, em outras palavras, se os Conselhos, da forma como estão institucionalizados, realmente consistem em mecanismos de participação pós-moderna, de democracia participativa, que permitem a *atuação direta da Sociedade* nos processos decisórios, especialmente aqueles de formulação das políticas, desenvolvidas para efetivação do direito coletivo à saúde.

A apresentação elaborada no tópico anterior evidencia que os Conselhos de Saúde são espaços institucionais nos quais a *participação* se dá por meio de *representantes*, como claramente disposto nos parágrafos 1º, 2º e 4º, do artigo 1º, da Lei 8.142/90. Não é por acaso que tais foros são referenciados como exemplo de inovação para o aprofundamento da participação por consistirem em espaços com caráter *deliberativo* que *representam* os sujeitos (Escorel; Moreira, 2008, p. 955).

A estruturação atual da participação nos Conselhos, que é o grande referencial participativo no SUS, enfrenta muitas dificuldades. Para Labra (2005, p. 380), a questão da representação e da representatividade são dilemas muito difíceis de resolver. Além disso, há quem considere que são tantos os obstáculos e tão poucos avanços – ou lentos e sem muita expressão – que se os Conselhos não alcançarem o efetivo e necessário apoio da sociedade, mediante contato constante com a sua base, para garantir a representatividade, nem tiverem assegurado os repasses financeiros regularmente, estarão passando por sério risco de perderem seu caráter de espaço de “democracia de alta intensidade”. E correm, assim, o risco de sofrerem a cooptação de seus membros, a colonização pela lógica burocrática e, enfim, da conversão em espaço para a legitimação da política governamental (Bento, 2003, p. 233).

Frente a esse cenário, que evidencia a questão da representatividade no seio dos Conselhos, acrescentam-se outras indagações: os Conselhos de Saúde realmente apresentam-se como forma de participação direta dos cidadãos? Não seria contrassenso falar em participação direta dos sujeitos nos conselhos já que a própria lei que os institui dispõe sobre sua composição por representantes de cada segmento e, ainda mais, de conselheiros que ocupam vaga destinada às entidades do segmento desses sujeitos?

Mesmo diante destes questionamentos e das constatações acima efetuadas, elaboradas com base no conhecimento da composição paritária dos Conselhos – com 50% de representantes dos cidadãos, 25% de representantes dos trabalhadores de saúde e 25% de gestores e prestadores de serviços –, costuma-se considerá-los como mecanismos de democracia participativa por meio dos quais há *intervenção direta dos cidadãos* na política de saúde (Franzese, 2011, p. 23; 29; Maués; Simões, 2002, p. 63).

Esse tipo de reflexão leva alguns autores a reconhecer que ao lado do sistema de democracia representativa moderna, no qual se tem eleições periódicas para a escolha dos *representantes* do povo, existe, ao menos no setor saúde, sistemática participativa instrumentalizada pelos Conselhos, denominada por vezes de democracia direta ou democracia participativa.

Apesar de se reconhecer que os Conselhos representam democratização e novas conquistas sociais na gestão do SUS e das políticas de saúde, não se corrobora com os posicionamentos que enquadram as deliberações participativas nos Conselhos como formas de participação direta dos cidadãos no Sistema de Saúde e, assim, no exercício do direito de todos à saúde.

Tais espaços, nos moldes sob os quais se organizam atualmente, se identificam mais com a democracia representativa moderna do que com a democracia direta. Observando as peculiaridades da representação paritária no âmbito desses Conselhos e, assim, suas características participativas, considera-os como mecanismos de participação que se adequam ao que poderia denominar-se *democracia representativa alargada*, na qual se abre o espaço institucional para representação de interesses sociais por meio de outros atores que não os estatais.

Diante da identificação da representatividade como um dos grandes problemas a serem resolvidos no âmbito dos Conselhos, como apontado anteriormente, fica

claro tratar-se de modelo participativo que, por um lado, inova em relação à democracia indireta ou representativa ao prever a atuação de novos atores para a intermediação dos interesses da sociedade e do Estado, mas que, de outro, ao recorrer a categorias modernas e, especialmente, à representação como meio de manifestação da vontade da sociedade acaba enfrentando, sob novas vestes, problema identificado como típico da crise da modernidade: a exclusão da Sociedade como sujeito de direito e a consequente crise de representatividade e de legitimidade do Estado, do direito e, também, das políticas públicas.

Percebe-se que a representação por interesse nos Conselhos de Saúde, apesar de avançar em relação à representação política moderna, que se dá particularmente por meio do voto e dos partidos políticos, segue lógica e orientação similar a essa. Aqui é importante recordar que a representação política e a própria representação da vontade geral são fruto da organização de modelo social tipicamente liberal e individualista que se estruturou em conformidade com a proteção da propriedade privada. Configuração que contou com dois grandes sujeitos, o Estado e o indivíduo, com a dicotomia público x privado e da qual resultou, a “engenhosa teoria do Estado liberal-democrático” (Bonavides, 2009, p. 51-42; 44) e a exclusão da Sociedade do cenário jurídico-político, como explicado no tópico 2.

Em verdade, tais constatações revelam situação paradoxal na qual a criação dos Conselhos gestores, e dentre eles os de saúde, ao mesmo tempo que emergem no contexto do novo constitucionalismo e de propostas participativas, acabam por padecer dos mesmos vícios que estão na base de tais crises. Isso porque a estruturação da deliberação em tais espaços de acordo com preceitos e categorias modernas condiciona e delimita a organização participativa ao modelo previsto para a realidade jurídica e política deste paradigma.

Esse breve exame acerca da participação “comunitária” nos Conselhos de Saúde permite constatar que apesar dos avanços na área,

[...] não podemos afirmar que o setor saúde constitui-se de fato das formas mais democráticas de decisão política, sendo necessário avançar em estudos que possibilitem uma análise mais precisa dos processos decisórios e das intermediações de interesses que envolvem o setor em pauta. (Viana; Baptista, 2008 p. 102)

O presente trabalho visa contribuir para tais debates. Para tanto, parte-se da constatação de que o caráter democrático das decisões no âmbito do SUS será viabilizado quando se ultrapassarem as propostas e ideias representativas, o que só

será possível de se conceber sob a orientação do paradigma participativo descrito no tópico 2.

O primeiro passo a ser dado nesse empreendimento consiste em recordar e reforçar que, de acordo com a descrição do tópico inicial, o direito de todos à saúde insere-se num modelo jurídico-político pós-moderno inaugurado pela Carta Magna de 1988.

A partir desta perspectiva é possível verificar que a atual participação “comunitária” no SUS, especialmente por meio dos Conselhos, não se ajusta ao modelo participativo pós-moderno, ideal para o exercício e tutela do direito coletivo à saúde.

Essa inadequação comprova a necessidade de (re)estruturação do modelo jurídico e político moderno que ainda impera no setor saúde em plena pós-modernidade. A nova ordem exige o resgate da atuação da Sociedade enquanto coletividade com capacidade de manifestação jurídica¹⁹ e, conseqüentemente, que instrumentos participativos no setor saúde funcionem e se operacionalizem sob a lógica da complexidade e da participação direta deste novo sujeito de direito.

O SUS comporta a dimensão coletiva pós-moderna do direito à saúde. Não pode, por isso, ser tratado com o instrumental moderno. Deve-se ter em vista que ele

[...]não é uma pessoa jurídica, nem se confunde com seus entes e órgãos públicos isolados. É um Sistema. **Inclui público-estatal, serviços privados e coletivo social** em função do atendimento integral à saúde de todos. O atendimento implica *não regras de Direito Administrativo tradicional, e sim procedimentos de exercício de direito coletivo: SUS atua como SUS, que é mais do que Estado.* [...] (Pilati, 2011, p. 141, grifo nosso)

O exercício e tutela do direito coletivo à saúde exigem que *a participação no SUS* corresponda a esses requisitos da República Participativa. Torna-se necessário ultrapassarem-se as limitações que condicionam as leituras e propostas atuais sobre a temática. É preciso livrar-se das amarras modernas quando esteja em foco o direito coletivo à saúde e o SUS.

Isso indica a necessidade de novo tratamento teórico e prático para os instrumentos e espaços participativos do Sistema Único de Saúde. Tratamento inclusivo que: não exclui as estruturas atuais; está exigir novos procedimentos que se organizem a partir reconhecimento da saúde como bem coletivo próprio; apresentema

¹⁹ A mesma constatação pode ser estendida para as Conferências.

participação direta da Sociedade personalizada como elemento inerente das relações no âmbito do SUS e, também, de todas aquelas que, mesmo fora dele, o envolvam.

Assim, se por um lado, e sem dúvida, os Conselhos de Saúde representam grandes avanços para a relação estabelecida entre Estado e “sociedade” nos procedimentos relativos às políticas de saúde, por outro, percebe-se que tais avanços baseiam-se em sentido *restrito* de “comunidade”, apoiado na representatividade.

Por isso, na pós-modernidade jurídico-política brasileira não basta reconhecer o direito de todos à saúde tomando-se por base o texto constitucional. É necessário garantir-lhe autonomia e reconhecer, conseqüentemente, a sua dimensão coletiva nos três planos: dos bens, dos sujeitos e dos processos.

5. Conclusão

Dentro dos limites de desenvolvimento de um artigo científico, o trabalho apresentou o contexto constitucional pós-moderno de tratamento do direito de todos à saúde no Brasil e explicou o modelo participativo do Sistema Único – especialmente por meio dos Conselhos de Saúde – com intento de explicitar a configuração hodierna dessa forma de exercício do direito de todos à saúde e os seus limites frente à pós-modernidade jurídico-política.

Demonstrou que na pós-modernidade jurídico-política foram institucionalizados a República Participativa e a saúde como direito social fundamental *de todos* a ser viabilizado e concretizado por um Sistema Único.

Ressaltou como o Sistema Único inovou no exercício do direito de todos à saúde, já que, em virtude de sua diretriz de participação, foi contemplado como um modelo participativo, formatado pela edição da Lei 8.142/90, no qual o exercício do direito coletivo à saúde por meio das deliberações das políticas do setor passou a ser competência dos Conselhos de Saúde. O trabalho destacou os avanços desse modelo por retirar do voluntarismo estatal e individual o exercício desse direito e por introduzir um sistema de *representação alargada*.

Procurou demonstrar que, apesar de a estrutura de participação “comunitária” do SUS indicar inovações em relação ao exercício do direito coletivo à saúde, ela não condiz com o paradigma pós-moderno. Isso porque ela mantém-se orientada e organizada segundo a lógica moderna em que cabe ao Estado e ao indivíduo o exercício e a tutela dos bens coletivos que continuam sem autonomia e,

consequentemente, sem processos e mecanismos apropriados para que o seu sujeito de direito, a Sociedade personalizada, possa exercê-los.

O quadro apresentado demonstrou que o modelo participativo do SUS localiza-se entre modernidade e pós-modernidade. Isso porque, ao mesmo tempo em que o direito de todos à saúde e o SUS consistem em categorias pós-modernas, o tratamento a eles dispensado ainda se pauta em preceitos e na lógica moderna e, por isso, não viabilizam um tratamento autônomo à dimensão coletiva do direito à saúde e ao Sistema Único. Não se abre espaço para o terceiro elemento – o coletivo – que foi excluído do paradigma moderno para conformar a propriedade privada.

Diante da análise da dimensão coletiva do direito à saúde sob a perspectiva pós-moderna apontaram-se limitações modernas do modelo atual de participação “comunitária” por meio dos Conselhos de Saúde do SUS. Foi explicado que, apesar de realidade introduzida no cenário jurídico-político pela Constituição Federal de 1988, o direito coletivo à saúde e o Sistema Único continuam sendo tratados e organizados sob a lógica moderna que inviabiliza a abordagem condizente com sua dimensão coletiva prevista no texto constitucional.

De onde se conclui que a participação “comunitária” do SUS, especialmente por meio dos Conselhos, tem sido analisada e colocada em prática sob a perspectiva moderna e representativa. Em verdade, essa constatação revela uma situação paradoxal, na qual a criação dos Conselhos, ao mesmo tempo em que emerge no contexto participativo do novo constitucionalismo, como alternativa para contornar as crises modernas - de legitimidade e representatividade do direito e da política - acaba por padecer dos mesmos vícios que estão no alicerce de tais crises.

Referências

BALSEMÃO, Adalgiza. Competências e rotinas de funcionamento dos conselhos de saúde no Sistema único de Saúde do Brasil. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde, 2003.

BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização*. Barueri: Manole, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde* / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. DALLARI, Sueli Gandolfi. (coord.) e AITH, Fernando (redação e pesquisa) – Brasília: Ministério da Saúde, 2006. 132 p. – (Série E. Legislação de Saúde). Disponível em: http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_direito_sanitario.pdf .

BRASIL. Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990a. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm .

BRASIL. Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006b. Dispõe sobre a organização, atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm .

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUJÁN, Antonio de Fernández de. *Historia del derecho romano*. Madrid: Civitas; Thomson Reuters, 2010a.

CANUT, Leticia. *Exercício do Direito Coletivo à Saúde na pós-modernidade jurídico-política brasileira: nova estrutura participativa para a formulação das políticas do Sistema Único*. Tese de doutorado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito- PPGD da Universidade Federal de Santa-Catarina, Florianópolis, 2013.

CORREIA, Maria Valéria Costa. *Que controle social? Os conselhos de saúde como instrumento*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

SCOREL, Sarah e MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação social. Em: GIOVANELLA, Lúgia *et al.* (Orgs.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 979-1.010.

FRANZESE, Cibele. Administração Pública em contexto de mudança: desafios para o gestor de políticas públicas. Em: IBÁÑEZ, Nelson e ELIAS, Paulo Eduardo Mangeon e SEIXAS, Paulo Henrique D'Ângelo (Orgs.). *Política e gestão pública em saúde*. São Paulo: Hucitec, 2011. p. 19-53.

GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno*. Tradução de Marcelo Fonseca. In: Congresso Brasileiro de História do Direito. 3. Curitiba: Digit, 2007a.

LABRA, Maria Eliana. Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel (Orgs.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. p. 353-383.

NORONHA, José Carvalho e LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. Em: GIOVANELLA, Lúgia *et al.* (Org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio e Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 435-471.

MAUÉS, Antonio G. Moreira e SIMÕES, Sandro Alex de Souza. Direito Público Sanitário Constitucional. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Curso de extensão em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*.

Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. Programa de Apoio e fortalecimento do Controle Social no SUS, 2002.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PILATI, José Isaac. Função social e tutela coletiva: contribuição do direito romano a um novo paradigma. *Seqüência*, Florianópolis, 50:49-69, 2005.

PILATI, José Isaac. *A função social da propriedade a partir da Constituição de 1988: o resgate da dimensão coletiva*. VII Congresso Anual do Curso de Direito da ULBRA. Gravataí, 2008.

VASCONCELOS, Cipriano Maia de e PASCHE, Dário Frederico. O sistema único de saúde. Em: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al.* (Org.). *Tratado de Saúde Coletiva*. 2. ed. São Paulo: Hicitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 531-562.

VIANA, Ana Luiza D'Ávila e BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. Análise de políticas de saúde. Em: GIOVANELLA, Lúgia *et al.* (Org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 65-105.