

Judicialização ou juridicização?

As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde

| ¹ Felipe Dutra Asensi |

Resumo: A história da formação do campo da saúde no Brasil foi feita de incontáveis disputas. Em 1988, a Assembleia Constituinte, no rastro do processo de redemocratização do país, foi a principal arena desses embates, cujo resultado, lavrado na Carta Magna, apontava finalmente para a transformação das políticas sociais no Brasil. Obtivemos o direito de cidadania como estatuto essencial de nossa nacionalidade, e o direito à saúde como princípio de cidadania. No contexto de efetivação de direitos, observa-se a discussão sobre as instituições jurídicas, com especial destaque para o Ministério Público, Defensoria Pública e Judiciário. Observa-se que a efetivação do direito à saúde envolve a preservação da continuidade das políticas públicas por meio do diálogo. Deste modo, os conflitos políticos sofrem muito mais uma *juridicização* (conflitos são discutidos sob o ponto de vista jurídico) do que uma *judicialização* (ao máximo, se evita levá-los ao Judiciário), pois a intenção consiste em evitar a via judicial e adotar múltiplas estratégias e pactuações extrajudiciais. A possibilidade de atuar de forma independente permite o destaque político do MP como mediador na saúde. A própria ideia de direito à saúde passa a receber um novo significado, que engloba um caráter interdisciplinar, o que amplia as possibilidades de atuação do MP em sua garantia e auxilia na própria defesa de uma política de saúde duradoura que vise a aproximar o *mundo do direito do mundo dos fatos*.

► **Palavras-chave:** Juridicização da saúde, Ministério Público, Direito à saúde, Judicialização da saúde.

¹ Cientista social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre e Doutorando em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Aperfeiçoamento em Derechos Fundamentales y Globalización pela Universidad Complutense de Madrid (UCM). Pesquisador do Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ), da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ). Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e dos cursos de férias da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Membro efetivo da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Endereço eletrônico: felipedml@yahoo.com.br

Recebido em: 15/01/2010.
Aprovado em: 22/02/2010.

Introdução

No estudo da trajetória dos sentidos que a saúde adquiriu no Brasil, é possível identificar três concepções que emergiram ao longo da história: no Império e na República Velha (até início da década de 30 do século XX), a saúde se apresentava como uma verdadeira benesse do Estado, notadamente marcada por relações patrimonialistas de poder que a caracterizavam como um *favor* do Estado à população. Não havia qualquer instrumento jurídico-legal que garantisse a universalidade deste direito, sendo concentrada no Estado a possibilidade e a discricionariedade de realizar ações em saúde em benefício de uns em detrimento de outros. Diante desse cenário, a saúde é vista como um *favor*.

Após, principalmente a partir da Era Vargas, na década de 30 em diante, ao período de redemocratização (na década de 80), houve um crescente movimento de mercantilização a saúde no Brasil, de modo que seu acesso esteve diretamente ligado à capacidade do indivíduo de pagar pelos planos privados, ou à sua própria condição de trabalhador, na medida em que a saúde se caracterizou como um serviço ou um benefício trabalhista. A saúde, conforme salienta Madel Luz, “passou então a ser vista como um bem de consumo. Especificamente, um bem de consumo médico” (LUZ, 1991, p. 82). Porém, ainda havia uma atuação estatal no âmbito da saúde, principalmente porque os trabalhadores regulares, ou seja, aqueles que possuíam carteira de trabalho assinada e contribuía com a previdência social, possuíam o direito à assistência médico curativa pública.

Por essa razão, o acesso aos serviços de saúde era possibilitado por duas formas: a) ser um trabalhador em sentido estrito, ou seja, possuidor de carteira de trabalho assinada e contribuinte da previdência social; b) ser capaz de suportar os custos dos planos privados de saúde que surgiram a partir da década de 70. Deste modo, principalmente entre as décadas de 40 e 70, o acesso à assistência médico-curativa estava condicionado à existência de vínculo empregatício. A partir de 70, mesmo com a emergência de alguns planos privados, parte significativa da população brasileira ainda não possuía poder aquisitivo para suportar as despesas desses planos. Trata-se, portanto, de uma concepção de saúde *restrita* a um grupo de pessoas, cujo critério é o *vínculo empregatício*. Aqui, a saúde é vista como um *serviço* decorrente de um *direito trabalhista* ou como um *serviço privado*.

Em contraposição a esta concepção não-universal de saúde, recebeu destaque, a partir da década de 70, o movimento da Reforma Sanitária brasileira, cuja

bandeira se concentrou na defesa da *saúde como um direito de todos*. Este movimento preconizou que as ações em saúde deveriam ser formuladas não somente pelo Estado, mas em conjunto com espaços públicos de participação social, na medida em que é a sociedade que vivencia o cotidiano das instituições de saúde e, portanto, conhece de forma mais próxima suas mazelas e avanços. A “percepção social da saúde como direito de cidadania” seria “um dado novo na história das políticas sociais brasileiras”, uma vez que “essa percepção é fruto dos movimentos sociais de participação em saúde da segunda metade dos anos 70 e do início dos anos 80” (LUZ, 1991, p. 87), o que permite uma relativa problematização da concepção *Estado-centrada* de saúde típica dos contextos anteriores em prol de uma relativa abertura estatal às demandas sociais.

Deste modo, com a Constituição de 1988 e as intensas reivindicações de uma pluralidade de grupos, a saúde tomou seu lugar como um direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos. Em seu artigo 196, observa-se que a saúde é um “direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1998), o que denota a pretensão universalizante deste direito. Aqui, a saúde é caracterizada como um *direito fundamental e dever do Estado*, o que denota uma dupla-dimensão (direito-dever) em sua natureza.

O direito à saúde, em virtude do seu atributo de direito fundamental, recebeu a qualificação de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, possui força normativa suficiente para sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação. O caráter pleno de eficácia de uma norma diz respeito à ideia de que, desde a entrada em vigor da Constituição, tais normas produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativos aos interesses, comportamentos e situações, que o constituinte direta e normativamente quis regular, sendo garantida a existência de um aparato jurídico-institucional para a sua efetivação. Neste contexto, atribuiu-se às ações e serviços de saúde o caráter de *relevância pública*, o que implica dizer que a alteração de tal preceito depende de amplo e rígido processo legislativo, o que cristaliza justamente sua relevância jurídica, política e social no ordenamento brasileiro. O direito à saúde ainda se constitui como *clausula petrea*¹ no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, não pode ser excluído do resguardo que lhe foi alçado pela Carta Constitucional.

Com efeito, tornar a saúde um direito universal traz avanços e, paralelamente, novos desafios para sua implementação e efetivação. Mais precisamente, na medida em que a saúde é um direito de todos, ou seja, de mais de 180 milhões de brasileiros, surgem desafios e questões sobre como tornar este direito alcançável e exercido por todos de forma capilar; ou, mais propriamente, como constituir um arranjo de recursos e investimentos que torne as ações em saúde uma prerrogativa efetiva de todos. Isso se complexifica ainda mais na medida em que, no Brasil, a efetivação da saúde é de competência concorrencial, ou seja, se constitui simultaneamente como um dever para os Municípios, os Estados e a União.

Para lidar com esses novos desafios, foi promulgada a Lei nº 8.080/90, que institui as regras e princípios que regem o Sistema Único de Saúde (SUS). O SUS configura a política de saúde brasileira como um direito de todos de forma indistinta,² que possui não somente regras formais de organização, mas também princípios jurídicos que orientam seu desenvolvimento, tais como integralidade, descentralização, participação, universalidade, etc. Admitiu-se que os princípios serviriam como guias para as ações em saúde, de modo a orientarem elementos para a constituição de uma ação integral e, ao mesmo tempo, efetiva.

No mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 8.142/90, que consolidou espaços públicos de participação da sociedade civil na saúde com a regulamentação dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde. Tais espaços se apresentam como relevantes para a continuidade do processo de garantia e efetivação do direito à saúde, sobretudo porque pressupõem uma *horizontalização* da relação Estado-sociedade. Tem-se, assim, a possibilidade de um protagonismo efetivo de atores não-estatais no processo de formulação, promoção e fiscalização de políticas públicas de forma constante e perene, o que implica reconhecer esses espaços como nova forma de inclusão política da sociedade civil no processo deliberativo e decisório na saúde, que constitui um ambiente favorável à participação e à afirmação da cidadania na vida pública.

O direito à saúde, enquanto direito fundamental, se insere na categoria dos chamados direitos de titularidade coletiva. Em virtude da natureza desses direitos, no Brasil consolidou-se o que comumente se denomina de *litigância de interesse público*, que comporta a ideia de que os direitos não se restringem às meras partes individuais, na medida em que são de titularidade de grupos e coletividades. Em linhas gerais, Ingo Sarlet sustenta que tais direitos “trazem como nota distintiva

o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo, como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)” (SARLET, 2001, p. 52). São, assim, novas facetas do princípio da dignidade da pessoa humana, que traduz a ideia de que “o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (idem, p. 103).

Com isso, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu diversos atores estatais e não-estatais com possibilidade de atuar na efetivação desses direitos. Dentre os principais atores que atuam nesta concretização, recebe destaque o Poder Judiciário e, principalmente, as instituições que compõem as denominadas *funções essenciais da justiça*. Na próxima seção, será analisado o papel das instituições jurídicas na efetivação do direito à saúde. Após, serão apresentadas novas formas de atuação das instituições jurídicas que buscam, em ampla medida, se afastarem de um contexto de *judicialização* e inaugurarem novos processos baseados na ideia de *juridicização*.

As instituições jurídicas e a saúde

No Poder Judiciário – que é a instituição estatal responsável pela atividade jurisdicional de resolução de conflitos – reina a máxima latina *nemo iudex sine actore*, ou seja, *não há juiz sem autor*. Essa máxima evidencia que o Judiciário somente pode agir para a concretização de direitos mediante provocação de quem se sentir lesado pela ação ou omissão de outrem, de modo a adotar uma postura estática enquanto não for chamado à resolução de um litígio.

Com isso, foram construídas instituições dinâmicas para a garantia de direitos que não se submetem a uma perspectiva estática ou condicionada à provocação, na medida em que podem agir de maneira espontânea. Tais instituições compõem as chamadas *funções essenciais da justiça*, que consistem naquelas “atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal” (SILVA, 1993, p. 506), em virtude de sua atuação juridicamente estática. Estas funções, tais como a Advocacia Pública e a Defensoria Pública,³ encontram-se descritas nos artigos 127 a 135 da Constituição de 1988, recebendo destaque a presença do Ministério Público (MP).

Em linhas gerais, o MP é uma instituição dinâmica de garantia e efetivação de direitos, haja vista não precisar ser provocado para atuar em prol de sua concretização.

Principalmente em relação aos direitos prestacionais, isto é, direitos que exigem a atuação do Estado para concretizá-los por meio de políticas públicas, a possibilidade de agir independentemente de provocação possibilitou ao MP ocupar um espaço singular no plano da efetivação de direitos. No caso da saúde, a título de exemplo, a falta de medicamentos nos postos, a insuficiência de leitos nos hospitais, os custos dos tratamentos de alta complexidade e as deficiências nas políticas públicas se constituem como desafios e problemas sensíveis. Tais problemas, em virtude de sua forte associação ao direito à vida, primam por soluções céleres, o que amplia a relevância da atuação do Ministério Público nessa seara.

Com isso, o papel que foi atribuído ao MP passou a se diferenciar da atuação do Judiciário, na medida em que o Ministério Público, segundo Celso Bastos, tem “sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda coletividade” (BASTOS, 1996, p. 123). Entretanto, a diferenciação de funções não ensejou uma diferenciação das garantias jurídicas que foram atribuídas a ambos. A despeito de serem instituições com estratégias e possibilidades de ação distintas, seus membros possuem as mesmas garantias institucionais que possibilitam uma atuação mais independente de ambos na efetivação de direitos.

De fato, não são triviais as garantias processuais e materiais que se consolidaram com a Constituição no que concerne ao exercício das funções do membro do Judiciário e do MP, a exemplo das seguintes: a) a impossibilidade de serem removidos da comarca ou órgão no qual atuam; b) a impossibilidade de terem seus subsídios reduzidos administrativa ou legalmente; c) a independência funcional para decidirem de acordo com seu livre convencimento (no caso dos juízes) ou de acordo com o interesse público do fato social (no caso dos promotores). Daí, ganha relevante sentido a afirmação de Eduardo Ritt, qual seja: “o Ministério Público ocidental é filho da democracia e do Estado de Direito, o Ministério Público brasileiro, especificamente, é fruto e necessidade do Estado Democrático de Direito” (RITT, 2002, p. 125). Inserido numa lógica de defesa da sociedade, o MP surge como um ator privilegiado no processo de consolidação da democracia no Brasil.

Com isso, para o exercício de suas atribuições, o MP – denominado em outros países como *Parquet* – é uma instituição autônoma e, conseqüentemente, não se

encontra submetido a nenhum dos três Poderes que compõem tradicionalmente o Estado. Alguns autores, inclusive, chegam a cogitar a possibilidade de associar o MP à ideia de um *quarto poder*, ao passo que outros autores o associam à ideia de um *contrapoder*. Seguramente, trata-se de uma das legislações institucionais mais inovadoras do mundo, porque situou o *Parquet* fora da subordinação ou direção de quaisquer dos Poderes, mantendo, porém, uma similitude com o Poder Judiciário, pois estabeleceu princípios e garantias comuns àquelas aplicáveis ao referido Poder e a seus juízes.

Observa-se que outros espaços têm sido adotados como esferas de resolução de conflitos que visam, em maior ou menor grau, a se afastar da estrutura de funcionamento similar à do Judiciário. Tais espaços têm estabelecido estratégias de mediação, pactuação e negociação fundamentalmente céleres, pois visam, em certa medida, a atuar na efetivação de direitos existentes e na construção de novos direitos. No âmbito dessas novas esferas estatais, o Ministério Público desempenha papel fundamental, pois promove uma reflexão que situa os direitos como práticas concretas que atendam a critérios substanciais de justiça e cidadania. Esta instituição tem buscado, ainda, conferir algum grau de legitimidade democrática às decisões alocativas de recursos públicos em saúde, exercendo um protagonismo decisivo nesta seara, o que enseja a discussão sobre novas estratégias não-judicializantes em saúde.

Os estudos sobre judicialização

Um dos principais campos de reflexão sobre o direito consiste na *sociologia das instituições jurídicas*. Esta perspectiva busca realizar uma reflexão científica sobre os próprios pressupostos, ações e estratégias que são desenvolvidos no interior das instituições que o mundo do direito cria para lidar com os conflitos sociais. Tribunais, promotorias, defensorias e outros órgãos têm sido frequentemente objeto de estudo pelos cientistas sociais e juristas, alguns dos quais se dedicam à pesquisa e reflexão do que se denominou de *judicialização da política* e das *relações sociais*.

A expressão *judicialização da política* recebeu atenção não somente no Brasil. Apesar de se consolidar enquanto perspectiva teórica e analítica, sobretudo a partir da década de 90 no Brasil, os estudos de judicialização da política demonstram que não se trata de um tema tão recente no mundo. Principalmente em países de tradição *common law*, em que o Judiciário possui alto grau de

possibilidade de influenciar a efetivação de direitos e a implementação de políticas públicas, os estudos sistemáticos sobre a judicialização remontam ao início do século XX. No Brasil, tais estudos receberam ampla difusão a partir das pesquisas de Vianna et al. (1999), que buscaram, por meio de uma análise empírica, pensar as implicações deste processo no cenário de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas.

Apesar de se tratar de uma expressão que denota a ideia de interpenetração entre política e justiça, a perspectiva da *judicialização da política* não é homogênea. De fato, não há consenso entre os autores em relação: a) aos métodos e técnicas de investigação da interpenetração entre política e justiça; b) aos pressupostos analíticos e categoriais de pesquisa e investigação empírica; c) aos referenciais teóricos de coleta e análise dos dados; d) ao grau e escala de investigação.

A despeito das variações de perspectivas e pressupostos metodológicos de investigação da ideia de judicialização, é possível delinear alguns atributos relativamente comuns. Em linhas gerais, o fenômeno traduz a assertiva de uma “invasão do Direito sobre o social” (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2006, p. 3), ou seja, mais precisamente, o surgimento do protagonismo do Judiciário na efetivação de direitos, principalmente de cunho social e coletivo. Neste sentido, o cidadão se voltaria ao Judiciário como estratégia de mobilização de recursos e argumentos para a defesa e conquista de direitos.

Um sentido bastante simples da ideia de judicialização da política diz respeito ao papel que o Judiciário passou a desempenhar nas sociedades contemporâneas como agente ativo na implementação de políticas públicas e efetivação de direitos. Historicamente, o Judiciário foi tradicionalmente associado a um poder inerte, que se conteria a apenas reproduzir o conteúdo previsto na lei. Emblemática, aqui, é a ideia de Montesquieu de que o Judiciário seria apenas a “boca da lei”, ou seja, sua função seria a de mero tradutor do texto jurídico, afastando qualquer tipo de subjetividade ou papel pró-ativo na realização do direito.

Essa visão de um Judiciário *passivo e mudo* foi objeto de críticas teóricas e empíricas, que foram recebendo ampla adesão ao longo do século XX. No cenário contemporâneo, o que se observa é a transformação de “Poder ‘mudo’ a Terceiro Gigante” (VIANNA et al., 1997, p. 39), sobretudo a partir da mútua influência entre direito e política, que foi possível em razão de uma série de fatores, destacando-se os seguintes: a) a ampliação da possibilidade de controle

de constitucionalidade exercido pelo Judiciário por meio da via concentrada (ex.: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental, etc.) e pela via difusa (por meio incidentes processuais a serem julgados por de juízes monocráticos e tribunais); b) a intensificação dos mecanismos e estratégias de ampliação do acesso à justiça (ex.: Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Justiça Itinerante, Defensoria Pública, etc.); c) o incremento do poder político que as associações de magistrados passaram a exercer no contexto brasileiro de efetivação de direitos, principalmente por meio de manifestos e estratégias de pressão (ex.: Associação dos Juízes Federais do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Associação dos Magistrados Brasileiros, etc.).

Tais fatores permitem reconhecer um reforço do papel institucional do Judiciário em tornar os direitos expressos formalmente em efetivamente exercidos pelos seus titulares. Então, o Judiciário passou a fazer parte da formulação das mesmas juntamente ao Legislativo e, com a ampliação dos instrumentos processuais – tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade –, passou a exercer controle direto nas ações do Executivo e a ter papel proeminente na efetivação de direitos. Com isso, a política passou a fazer parte do mundo do direito, o que ensejou transformações consideráveis nos sentidos, ações, competências e atribuições das instituições jurídicas.

Nesse contexto, em que a sociedade civil desempenha papel cada vez mais fundamental na mobilização destas instituições, sobretudo na saúde, tem ocorrido o que Vianna et al. denominaram de *judicialização das relações sociais*. Nesta linha, os autores denominam como *judicialização* o termo que define o movimento de discussão, no campo do direito, dos conflitos político-sociais. Parte-se do princípio de que o Judiciário, “provocado adequadamente, pode ser um instrumento de formação de políticas públicas” (DALLARI et al., 1996), o que confere a esta instituição centralidade no âmbito da garantia de direitos. Tal perspectiva exprime que não somente os atores privilegiados se utilizam da via judicial para resolver *conflitos políticos*, tais como partidos políticos, chefes do Executivo, etc. Judicializar relações sociais envolve um processo muito mais amplo, que alça o Judiciário a referencial de resolução de *conflitos sociais*.

Com isso, a perspectiva que enfatiza o movimento de judicialização, seja da política, seja das relações sociais, evidencia que o Judiciário passa a ocupar

centralidade no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições, tais como o Ministério Público, se apresenta como um agente proponente de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Porém, observa-se a existência de outras formas de atuação das instituições jurídicas que não remetem necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre os conflitos e as relações sociais. Reside, aqui, uma outra forma de pensar as instituições jurídicas, que busca extrapolar o raciocínio juiz-centrado de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas, de modo a pensar em outras práticas desenvolvidas pelas instituições jurídicas.

Os limites do referencial judicial

A concepção adotada pelos estudos de judicialização possui um ponto fundamental: a centralidade do juiz na efetivação dos direitos. Tais concepções vão além ao estabelecerem que, metodologicamente, as pesquisas realizadas também devem seguir o referencial judicial, o que alça o Judiciário a um verdadeiro *lugar privilegiado* de discussão de acadêmicos, profissionais do direito e atores políticos.

Os estudos de judicialização partem do pressuposto do protagonismo do Judiciário na efetivação de direitos, principalmente de cunho social e coletivo. Admite-se que o Judiciário passou a desempenhar papel fundamental nas sociedades contemporâneas como agente ativo na implementação de políticas públicas e efetivação de direitos. Principalmente pelos mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, o Judiciário passou a fazer parte da formulação das mesmas juntamente ao Legislativo e, com a ampliação dos instrumentos processuais, passou a exercer controle direto nas ações do Executivo. Além disso, a ideia de judicializar relações sociais envolve um processo muito mais amplo, que alça o Judiciário a referencial de resolução de *conflitos sociais*.

Assim, tal perspectiva assume a centralidade do judiciário no mundo contemporâneo. Por outro lado, é importante salientar que as concepções construídas pelos estudos de judicialização possuem limitações de diversas naturezas, sobretudo do ponto de vista metodológico e teórico. A assunção do juiz como elemento essencial na aplicação e interpretação do direito, e a assunção do juiz como a instituição jurídica primaz na efetivação do direito

têm ocasionado uma supervalorização da dinâmica judicial. Tal valorização tem sido operada em detrimento de reflexões sobre outras formas jurídicas e não-jurídicas de aplicação e efetivação de direitos.

Mas quais seriam os limites deste tipo de concepção, que adota o juiz como centro organizador dos direitos e elemento essencial de sua aplicação? É possível estabelecer pelo menos três limitações: a) o modelo adversarial da dinâmica judicial, associado ao princípio da inércia da jurisdição; b) a ênfase no momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos e vigentes no âmbito societário; c) a subvalorização metodológica e teórica em relação às demais instituições jurídicas e sociais, tais como Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos participativos. Vejamos cada uma dessas limitações separadamente:

No que concerne ao primeiro limite, o Judiciário tradicionalmente se constituiu a partir de um modelo adversarial, que pressupõe, em seu desenvolvimento, o princípio da inércia da jurisdição. A lógica jurídica pressupõe o modelo liberal clássico, em que o juiz é o centro no qual gravitam as duas partes. Bourdieu descreve adequadamente este cenário, ao ressaltar que o campo jurídico representa a

confrontação de pontos de vista singulares, ao mesmo tempo cognitivos e avaliativos, que é resolvida pelo veredicto solenemente enunciado de uma “autoridade” socialmente mandatada, o pleito representa uma encenação paradigmática da luta simbólica que tem lugar no mundo social: nesta luta em que se defrontam visões do mundo diferentes, e até mesmo antagonistas, que, à medida de sua autoridade, pretendem impor-se ao reconhecimento, e, deste modo, realizar-se, está em jogo o monopólio do poder de impor o princípio universalmente reconhecido de conhecimento do mundo social, o *nomos* como princípio universal de visão e de divisão (*nemo* significa separar, dividir, distribuir), portanto, de *distribuição* legítima (BOURDIEU, 2000, p. 236).

Por outro lado, observam-se limites em relação a este modelo adversarial. Primeiramente, parte do princípio de que as partes são antagonistas e, portanto, deve haver um órgão decisório com a possibilidade de definir qual delas será bem-sucedida e qual sucumbirá. Em segundo lugar, este modelo confere pouco destaque à formação de consenso, apesar de algumas estratégias de conciliação, tendo em vista a própria necessidade jurídica de definir um “vencedor”. Em terceiro lugar, este modelo estático retira do Judiciário a possibilidade de agir voluntariamente na efetivação de direitos explicitamente desrespeitados, a não ser quando ativado pelas partes. Os problemas sociais, apesar de jurídicos, podem não ser levados

ao Judiciário por uma série de razões culturais, econômicas e institucionais. Por fim, esta estática abre a possibilidade de se pensar em instituições dinâmicas que não se encontram submetidas à inércia, sobretudo as que compõem as funções essenciais da justiça, tais como o Ministério Público e Defensoria Pública, pois podem agir independentemente de provocação.

No que concerne ao segundo limite, observa-se uma forte preocupação com o momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos, mas vigentes, no âmbito societário. Trata-se, então, de uma sobrevalorização da decisão judicial, em detrimento de outros processos, como o de formação de consenso e o estabelecimento de estratégias extrajudiciais.

Numa chave pluralista, observa-se a emergência de outros centros produtores de direito legítimo na sociedade moderna que não se confundem com o Estado, revelando a complexidade das relações sociais. Em outros casos, observa-se a construção de novas interpretações sobre o direito vigente, que não necessariamente remetem à interpretação oficial (e judicial). Situado no interior das contradições sociais, o direito espelha a estrutura social existente. De fato, as questões jurídicas não são questões descoladas da sociedade e, portanto, encontram-se amplamente relacionadas ao contexto social. Neste sentido, o Estado seria apenas mais um centro de produção de direitos e seus sentidos, existindo esferas não-estatais que produzem outras concepções de direitos e conteúdos para a sua efetivação. O momento da aplicação do direito pelo juiz, portanto, é apenas um dos múltiplos processos existentes de efetivação do direito posto e de construção de novas concepções e direitos. Subvalorizar ou negligenciar tal multiplicidade de processos implica inequivocamente um reducionismo analítico.

No que concerne ao terceiro limite, a crítica se apresenta muito mais no plano da teoria e da metodologia. As pesquisas jurídicas, sobretudo no Brasil, têm realizado uma subvalorização em relação às demais instituições jurídicas e sociais, tais como Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos participativos. Esta problemática se revela tanto teórica quanto metodologicamente. Não é raro observar pesquisas sobre concepções de tribunais acerca de determinada matéria, ou então pesquisas que adotam contraposições de entendimentos entre tribunais. Além disso, as pesquisas que buscam refletir sobre as demais instituições jurídicas, em geral, as assumem como proponentes de ações judiciais, tais como as pesquisas

sobre o número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público ou o número de atendimentos judiciais realizados pelas Defensorias Públicas.

Tais pesquisas adotam o Judiciário como central no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições se reduz à mera proposição de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. No entanto, existem outras formas de atuação das instituições jurídicas que não remetem necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre os conflitos e as relações sociais, o que revela um movimento de *juridicização da política e das relações sociais*. Reside, aqui, uma outra forma de pensar as instituições jurídicas, que busca extrapolar o raciocínio juiz-centrado de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas, de modo a pensar em outras práticas desenvolvidas pelas instituições jurídicas.

A juridicização da saúde – o exemplo do Ministério Público

No período pós-constituente, que cristalizou as mudanças pelas quais as instituições jurídicas passaram no Brasil, observa-se um crescimento considerável de pesquisas que buscam analisar seu novo papel nesse contexto de judicialização. Dentre essas pesquisas, é possível destacar três publicações, já mencionadas, que possuem significativo valor no campo das ciências sociais e do direito. Primeiramente, a obra *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, de Vianna et al. (1999); após, a obra *Ministério Público e política no Brasil*, de Arantes (2002); e por fim, a obra *Ministério Público e a judicialização da política*, de Casagrande (2008). As três obras buscam refletir, em ampla medida, sobre a atuação do MP nesse contexto de judicialização e as estratégias adotadas por essa instituição jurídica no cotidiano de suas práticas, o que reforça uma peculiaridade deste fenômeno no Brasil.

As pesquisas de Vianna et al., Arantes e Casagrande demonstram que o Ministério Público tem utilizado principalmente dois instrumentos formais não-excludentes para a efetivação dos direitos: a Ação Civil Pública (ACP) e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

A ACP⁴ é uma ação judicial que o MP pode propor ao Judiciário para a garantia de um direito que se encontra violado, e consiste num dos mais importantes instrumentos processuais de judicialização da política no Brasil.

A relevância que a ACP adquiriu no ordenamento jurídico brasileiro se deve a algumas razões, tais como: a) seu extenso rol de legitimados (MP, Defensoria Pública, Administração Pública direta e indireta e associações) para propor a ação no Judiciário; b) relevância na tutela de direitos difusos e coletivos (saúde, meio-ambiente, consumidor, ordem urbanística, etc).

O TAC, por sua vez, como o próprio nome sugere, visa a garantir um direito ou um serviço público que se encontra insuficientemente satisfeito. Mais propriamente, este instrumento consiste num compromisso firmado entre o Ministério Público e o gestor municipal, estadual ou federal para que este realize alterações necessárias para o exercício de um determinado direito, visando corrigir uma situação débil.⁵

No caso da saúde, a eleição de um ou outro instrumento não é trivial. Os membros do MP, ao compreenderem que as decisões em saúde devem primar pela celeridade, estabelecem expedientes e estratégias distintas para a utilização do TAC. A título de exemplos comuns na saúde, é possível destacar os seguintes: a) no caso da estrutura do hospital que não tem leitos suficientes, faz-se um TAC através do qual o gestor se compromete, a partir de um certo período de tempo, a prover o número de leitos correspondente à demanda do hospital; b) no caso de um posto de saúde que apresenta falta de medicamentos, faz-se um TAC através do qual o gestor se compromete, num determinado prazo, a obter uma quantidade de remédios suficiente. O Termo de Ajustamento de Conduta ainda goza de força de *título executivo*, ou seja, caso não seja cumprido no prazo determinado pelo gestor, o Ministério Público pode propor uma ação no Judiciário na fase de execução, o que demanda consideravelmente menos tempo do que uma ação comum, pois dispensa a constituição de provas, as audiências para instrução do processo, a sentença de mérito, etc.

De fato, os mecanismos processuais de que dispõem os membros do MP para operacionalizar suas estratégias são elementos definidores da relevância institucional que adquiriu o *Parquet* com a Constituição. Certamente, o reconhecimento legal de direitos sociais e coletivos possui uma implicação essencial: a possibilidade de judicialização de conflitos político-sociais. Na perspectiva de Arantes, o que caracteriza o cenário atual é a possibilidade de os conflitos, “antes restritos à esfera política, ganharem foro judicial e receberem solução mediante a aplicação técnica do direito” (ARANTES, 1999). A este

novo encaminhamento de conflitos de interesse, da política para a Justiça, é que se denominou como *judicialização da política*. Nesse sentido, as perspectivas de judicialização trabalham numa lógica de um MP proponente e um Judiciário centralizado, pois preconiza o estabelecimento de uma “conexão do cidadão e de suas associações com o Poder Judiciário e que é capaz de atuar sobre o poder político” (VIANNA, 2003, p. 11).

Com essa perspectiva, o papel do MP é situado enquanto mera parte figurante no processo judicial, apesar de as próprias pesquisas sobre judicialização apontarem, sem conferirem muita atenção, algumas tendências diversas. São exemplos das referidas pesquisas que findam por indicar caminhos de superação da ideia de judicialização: Arantes observa uma relação de conflito entre judiciário e MP, e sustenta que “muitas vezes os promotores e procuradores evitam tomar o caminho dos tribunais, buscando meios alternativos ao processo judicial” (ARANTES, 2002, p. 146). Vianna e Burgos afirmam que, “se o Judiciário é chamado, em geral, para resolver situações em que o dano já ocorreu, e nas quais os direitos já foram feridos, pode-se dizer que uma vocação importante do Ministério Público tem sido a de atuar preventivamente”, o que lhe conferiria “papel complementar e não concorrente em relação ao Judiciário” (VIANNA; BURGOS, 2003, p. 444). Casagrande, por fim, sustenta que “a própria Procuradora percebe esta limitação à atuação do Ministério Público em juízo, pois de forma geral vem privilegiando a assinatura de termos de ajustamento de conduta” (CASAGRANDE, 2008, p. 226).

Com isso, num contexto em que o Judiciário adquire proeminência, o MP tem sido um verdadeiro *ator de bastidores*, que auxilia aquele poder no momento de produção da decisão. Mas seria o MP um mero *figurante* nesse *teatro* da judicialização? Não haveria algum outro processo desencadeado pelo próprio MP que se distingue da ideia de *judicialização da política e das relações sociais*?

O que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, se apresenta somente como mais um desses atores, cuja proeminência, de fato, advém de suas competências e atribuições constitucionais, principalmente no que concerne à resolução de conflitos. Porém, é preciso considerar que há outras formas de envolvimento de instituições jurídicas que não necessariamente ensejam a *judicialização* de conflitos.

Considerando que a estratégia privilegiada do MP é o diálogo – tanto nas pesquisas dos “teóricos da judicialização” e dos “pesquisadores da judicialização” (com a ressalva de qualquer reducionismo em relação ao enquadramento desses numa ou outra classificação) –, podemos observar que as relações sociais sofrem muito mais uma *juridicização* (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos pré-processuais pelo MP) do que uma *judicialização* (conflitos que são levados ao Judiciário na forma de ação civil pública ou algum outro instrumento processual). Na medida em que há diversas instituições jurídicas (MP, Defensoria Pública, etc.) que não se utilizam necessariamente do Judiciário para realizar suas ações, observa-se um contexto em que os conflitos são discutidos sob o prisma do direito, mas evita-se levar o conflito ao Judiciário – isto é, evita-se a *judicialização* do conflito.

A crítica travada ao Judiciário pelos membros do MP, em geral, sugere os seguintes aspectos: a) haveria juízes com receio de julgar ações coletivas; b) haveria tribunais relutantes em julgar ações coletivas de forma não-conservadora; c) haveria pouca sensibilidade à especificidade dos direitos sociais, tais como o direito à saúde. Deste modo, temos um cenário em que o Judiciário não consegue lidar com tais demandas, principalmente no caso da saúde, que exige conhecimentos técnicos, organizacionais e estruturais de uma série de questões específicas. Assim, outros espaços têm sido adotados como esferas de resolução de conflitos que visam, em maior ou menor grau, a se afastar de uma estrutura de funcionamento similar à do Judiciário. Tais espaços têm adotado, por vezes, estratégias de mediação, pactuação e negociação fundamentalmente céleres e que visam, em certa medida, a atuar na efetivação de direitos existentes e na construção de novos direitos. No âmbito dessas novas esferas estatais, sobretudo na *juridicização* da saúde, o Ministério Público desempenha papel fundamental pelo menos em cinco dimensões:

- se, num contexto de *judicialização*, o Judiciário é chamado a *decidir* no sentido da resolução definitiva de um determinado conflito (TATE; VALLINDER, 1995, p. 15); num contexto de *juridicização* predomina a ideia de *consenso pelo diálogo*, ou seja, a ênfase num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente;

- o que está em pauta num contexto de *judicialização* é o monopólio do poder de legislar (FEREJOHN, 2002, p. 17-18), ao passo que, num contexto de *juridicização*, também se objetiva estabelecer estratégias de execução pró-ativa de políticas públicas, de modo a consolidar recursos, diretrizes e compromissos a serem implementados num dado tempo pactuado;
- a *judicialização* da política possibilita a proeminência do Judiciário na definição de direitos sem incorporar critérios sociais substantivos, pois pode configurar uma relação entre Judiciário e Estado de moldes providenciais (VIANNA et al., 1999, p. 43), ao passo que, na perspectiva de *juridicização*, a incorporação da sociedade civil se constitui como pressuposto para a formulação de consensos que sejam efetivamente plurais;
- num contexto de *judicialização* da política, cujo principal indicador no Brasil é o controle de constitucionalidade, há uma ampliação da comunidade de intérpretes, porém ainda muito restrita aos órgãos de cúpula, tais como o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores (VIANNA et al., 1999, p. 47), ao passo que, num contexto de *juridicização*, observa-se maior pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional, que não se restringe somente à interpretação oficial, geral ou abstrata de um tribunal;
- num contexto de *judicialização*, observam-se demandas que chegam a um Judiciário sob forte influência do princípio da separação de poderes e da adesão ao direito sob forma de códigos (VIANNA et al., 1997, p. 12), ao passo que, num contexto de *juridicização*, observa-se um cenário que busca, por princípio, considerar as especificidades dos contextos em que as demandas estão inseridas para estabelecer estratégias mais efetivas para a satisfação de tais demandas.

Assim, é esta possibilidade de atuar de forma independente do Judiciário que permite a proeminência e o destaque do MP na efetivação de direitos sociais e coletivos que exigem rápida prestação, tais como a saúde, ganhando relevo os instrumentos extrajudiciais, a exemplo do TAC. Tão importante quanto o estudo dos *fins* de uma ação judicial, é o dos *meios* utilizados pelas diversas instituições para efetivar direitos. Isso permite pensar uma nova forma de atuação das instituições jurídicas que vai além da mera judicialização, o que amplia ainda mais as reflexões sobre seu protagonismo no tocante à efetivação de direitos e implementação de políticas públicas.

Considerações finais

Observou-se, ao longo da exposição, que a positivação do direito à saúde como um direito fundamental na Constituição de 1988 enseja avanços e novos desafios jurídicos, culturais, políticos, sociais e econômicos para sua efetivação. Como visto, a tensão inerente aos direitos sociais e, particularmente, ao direito à saúde, consiste na dicotomia existente entre os direitos garantidos formalmente e os conflitos implícitos à sua efetivação no cotidiano das práticas dos atores sociais. Isso permite a inserção das instituições jurídicas nesse processo, seja na *judicialização*, seja na *juridicização* das relações sociais.

No contexto brasileiro, o Ministério Público recebeu destaque enquanto instituição jurídica envolvida no processo de efetivação da saúde enquanto direito. De uma maneira geral, o MP desenvolve a capacidade institucional de criar um *espaço de diálogos* ao possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. A atitude ativa e dialógica que alguns membros do MP adotam permitiu resultados positivos na horizontalização da relação entre Estado e sociedade, sobretudo porque permite pensar em novos arranjos institucionais que não necessariamente conduzem à *judicialização* das demandas em saúde. Isso tem permitido ao MP superar uma lógica de efetivação centrada no juiz e propor outras alternativas de atuação calcadas na ideia de *juridicização* das relações sociais.

Daí a ideia ênfase de um contexto de *juridicização* das relações sociais, e não somente de *judicialização*. Num contexto de *juridicização*, é possível afirmar que as demandas são discutidas sob o ponto de vista da sua institucionalidade jurídica, embora não se procure levá-las a um contexto litigioso judicial. A ideia de *juridicização da saúde* propicia a consolidação de respostas concretas às necessidades relacionadas a este direito por intermédio da constituição de uma *vontade comum*, que é pactuada a partir da convergência de diversos saberes e práticas. Isso reconfigura e tensiona a própria perspectiva de *judicialização das relações sociais* e ressalta, de forma bastante inovadora, as atuações extrajudiciais também como estratégias adotadas pelas instituições jurídicas. O âmbito extrajudicial inaugura e confere realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação de direitos sociais.

O estabelecimento de estratégias extrajudiciais – tais como o Termo de Ajustamento de Conduta, recomendações, inquéritos civis ou até mesmo a

intervenção verbal por meio de um simples telefonema – tem evidenciado que a atuação do MP de forma judicial é apenas a *ponta do iceberg* do potencial que possui para a efetivação de direitos.

No que concerne a esta questão, o MP tem enfatizado a efetividade do direito à saúde, ou seja, o estabelecimento de estratégias para a ampliação de sua eficácia social. Ao partir do pressuposto de que *o direito existe para se realizar*, a ideia de efetividade significa o desenvolvimento concreto da função social do direito. Tal perspectiva tem buscado justamente se debruçar sobre a dimensão fática do direito por meio de sua *eficácia social*, ou seja, a possibilidade de produzir efeitos concretos no cotidiano das práticas dos atores sociais. Assim, não se reduz à mera afirmação deste direito enquanto norma constitucional, na medida em que se busca incorporar caracteres sociais e de cidadania em seu conteúdo e no estabelecimento de estratégias de efetivação. Desta forma, cada vez mais as instituições jurídicas têm desenvolvido ações e estratégias que produzem reflexos diretos na formulação e execução das políticas públicas em saúde.

Isso ainda tem permitido desenvolver uma nova *arte de governar em saúde*, que engloba, em sua complexidade, instituições estatais (jurídicas e não-jurídicas) e, principalmente, instituições sociais, tais como os Conselhos de Saúde, Associações, etc. Tal incorporação vem relacionada a estratégias dialógicas que pressupõem a ausência de hierarquia entre os sujeitos que as compõem, de modo que, parafraseando Dworkin (1982), os *direitos sejam levados a sério*, e que o sejam coletivamente.

Neste sentido, a conquista do direito à saúde não ocorreria mais na forma da lei ou nos limites da legalidade, pois extrapolaria o mundo jurídico para, no mundo social, adquirir seu sentido. O esforço para a garantia do direito à saúde remete ao próprio processo de *cidadanização*, ou seja, o processo de tornar garantias formais efetivamente exercidas pelos atores sociais em seu cotidiano. Não se trata mais de se *ter* o direito, mas de *exercê-lo*, de modo que esse direito seja efetivamente praticado, lutado e implementado não pelo Estado, mas por seus próprios titulares, num processo de juridicização.

O arranjo institucional criado na saúde a partir da atuação conjunta entre instituições jurídicas, Conselhos e gestão tem possibilitado cada vez mais uma atuação voltada para a esfera pública. Na medida em que os interesses pessoais passam por um processo de concessão dialógica, o objetivo passa a se centrar

na concretização do interesse comum. Em outras palavras, a concretização do direito à saúde a partir da atuação conjunta da esfera social, jurídica e política constitui uma peculiaridade do caso brasileiro.

Portanto, temos, no Brasil, um campo específico que prima pela participação para que, por meio da ação política, seja realizado o interesse público. De fato, outros atores também são *guardiões de promessas* e, ainda mais, buscam ser seus principais *cumpridores*. A ação política passa a ser entendida muito mais como uma regra de sociabilidade, e a *juridicização das relações sociais* se apresenta como um movimento que denota suas especificidades. Resta aguardar que a *parte submersa do iceberg* venha à tona nos anos que virão.

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 39, 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091999000100005&script=sci_arttext. Acesso em: 4 nov. 2008.

_____. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

ASENSI, Felipe Dutra. *Juridicização das relações sociais e Ministério Público: novas estratégias e desafios na efetivação do direito à saúde*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – IUPERJ, Rio de Janeiro, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOURDIEU, Pierre. *O poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a Judicialização da Política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

DALLARI, Sueli et al. A. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo. *Revista de Saúde Pública*, v. 30, n. 6, 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101996000600014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 nov. 2008.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

FEREJOHN, John. Judicialización de la política, politización de la ley. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n. 184, p. 13-50, 2002.

LUZ, Madel. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de “transição democrática” – anos 80. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, vol.1, ano 1, 1991.

PINHEIRO, Roseni et al. Demanda em saúde e direito à saúde: liberdade ou necessidade? Algumas considerações sobre os nexos constituintes das práticas de integralidade. In: PI-

NHEIRO, R.; MATTOS, R. A. de. (Org.) *Construção social da demanda: direito à saúde, trabalho em equipe, participação e espaços públicos*. Rio de Janeiro: Cepesc, 2005.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

TATE, Neal; VALLINDER, Tobjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz J. Werneck. Apresentação. In: _____. (Org.). *Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2003.

VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Jorge (Org.). *Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: EdUFMG, 2003.

VIANNA, Luiz J. Werneck; BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. *Cadernos CEDES*, 2006.

VIANNA, Luiz J. Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Iuperj, 1997.

_____. *Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Notas

¹ O art. 60, §4º, CRFB, elenca os atributos do Estado brasileiro que não serão objeto de emendas constitucionais, ou seja, que são *clausulas petreas*. O texto diz o seguinte: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais” (BRASIL, 1988).

² Na análise de Roseni Pinheiro *et al.*, observam-se avanços jurídicos expressivos em dois aspectos: “O primeiro diz respeito ao estabelecimento da relevância pública dos serviços de saúde vis-à-vis outras modalidades de oferta de bens sociais; o segundo se refere à institucionalização de um arcabouço jurídico-normativo com princípios doutrinários e operacionais (universalidade, descentralização, integridade, equidade e participação na comunidade), mediante a promulgação da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90. Dessa forma, configurou-se uma definição jurídico-normativa e organizativa da política de saúde do Estado brasileiro – o SUS” (PINHEIRO *et al.*, 2005, p. 15-16).

³ A Defensoria Pública consiste num serviço de assistência judiciária que visa a possibilitar o acesso de hipossuficientes (pessoas menos favorecidas financeiramente) aos seus direitos. Presta, assim, serviços de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos. Logo, as demandas da Defensoria Pública são de caráter individual, ao passo que as demandas do Ministério Público dizem respeito a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas, ganhando caracteres coletivos.

⁴ A Ação Civil Pública se encontra disciplinada pela Lei nº 7347/85. Ressalte-se, ainda, a Lei Complementar nº 75/93, que disciplina o regime jurídico do MP e prevê expressamente a legitimidade para a propositura de ACP para a proteção de direitos constitucionais, tais como o direito à saúde.

⁵ Para uma análise mais aprofundada do tema, ver Asensi (2008).

Abstract

Judicialization or juridicization? Legal institutions and their strategies in health

The history of the health sector formation in Brazil was made of countless disputes. In 1988, the Constituent Assembly in the wake of the democratization process in the country, was the main arena of these struggles; the result, drawn in the Constitution, finally pointed to the transformation of social policies in Brazil. We obtained the citizenship right as essential status to our nationality and the right to health as a principle of citizenship. In the context of enforcing rights, there is a discussion of legal institutions, with particular emphasis on the Prosecutor's Office, Public Defender and the Judiciary. It is observed that the realization of the right to health includes the preservation of continuity of public policies through dialogue. Thus, political conflicts suffer more *juridicization* (conflicts are discussed from the legal viewpoint) than *judicialization* (to the most, you avoid taking them to the judiciary), since the intention is to avoid the judicial process and adopt multiple strategies and extra-judicial pacts. The ability to act independently brings the political highlight of the Parquet as a mediator in health. The very idea of right to health is receiving a new meaning, encompassing an interdisciplinary character, which increases the possibilities of action of the Parquet on its guarantee and helps in self-defense of a lasting health policy aimed at bringing the *world of right* in the *world of facts*.

► **Key words:** juridicization's health; Prosecutor's Office; right to health; judicialization's health