

O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Por Alexandre Felix Gross

Dentre os direitos sociais previstos no texto constitucional, o direito à saúde talvez seja aquele cuja concretização encontra maiores obstáculos e desperte debates mais intensos. Seja em âmbito acadêmico ou jurisdicional, encontrar a parcela exigível do direito à saúde, isto é, aquilo que pode ser demandado pelo cidadão em face do Estado como um direito subjetivo público, desafia qualquer visão igualitária.

Críticos da judicialização da saúde apontam a pouca deferência que as decisões judiciais têm às políticas desenvolvidas no âmbito do SUS como um obstáculo à concretização universal e igualitária pretendida pelo constituinte originário. A sustentabilidade das políticas públicas é colocada sob risco toda vez que uma decisão judicial impõe a entrega de prestações de saúde curativa sem considerar a escassez de recursos financeiros, humanos e técnicos. Em um cenário de recursos escassos e necessidades infinitas é impossível entregar tudo a todos, de modo que escolhas alocativas trágicas são inevitáveis.

Por outro lado, há que se admitir o fracasso do argumento da *reserva do possível* nos tribunais brasileiros. São raras as situações em que juízes e tribunais, sensíveis ao argumento mais utilizado pela Fazenda Pública em juízo, deixam de entregar determinada prestação de saúde curativa. De fato parece ser problemática a utilização da reserva do possível na realidade brasileira.

Em primeiro lugar, a tese nasceu no âmbito do tribunal constitucional alemão, país em que o estágio de concretização do *welfare state* é muito superior ao nosso. No contexto do Estado de bem-estar social europeu realmente é possível falar em uma parcela de direitos sociais cuja fruição estaria sob a reserva do possível. Aqui, ao contrário, a maior parte da população está muito longe de usufruir da parcela mínima necessária a uma existência digna; na realidade, está muito longe do mínimo existencial.

Em segundo lugar, a reserva do possível pressupõe uma distinção artificial entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Segundo essa concepção, direitos sociais, por dependerem de uma atuação estatal mantida por recursos públicos, devem ser concretizados segundo a reserva do financeiramente possível. Essa distinção foi desconstruída no final dos anos 1990 por Stephen Holmes e Cass Sustein, cuja obra *The*

Cost of Rights: why liberty depends on taxes demonstra que todo direito, seja ele de liberdade ou social, depende de um aparato estatal de proteção custeado por recursos públicos inexoravelmente escassos.

Mas se o argumento da reserva do possível é incapaz de impedir que a judicialização gere efeitos indesejados sobre a sustentabilidade das políticas públicas, como demonstrar que determinada prestação de saúde estaria sendo entregue de modo satisfatório aos usuários do SUS, tornando desnecessária – ou até indesejada – a interferência judicial? Em outras palavras, como avaliar se a parcela exigível do direito à saúde está sendo entregue pelas políticas públicas? A emergência de um sistema global de saúde pode oferecer algumas respostas.

O sistema global de saúde está inserido no “espaço administrativo global”, constituído pelo conjunto de diretrizes, instituições, mecanismos, processos e regulações internacionais que pautam a governança global, em que a Organização Mundial da Saúde - OMS, agência especializada da Organização das Nações Unidas - ONU, assume particular sentido na discussão sobre os serviços públicos de saúde.

A OMS é uma agência especializada da ONU com sede em Genebra, na Suíça, que tem as funções de coordenar esforços para o controle do surto de doenças, promover pesquisas científicas, fornecer suporte técnico para os países em desenvolvimento, reunir dados e monitorar os níveis de saúde pública em todo o mundo e estabelecer padrões regulatórios e normas para a área de saúde a serem observados pelos Estados membros. O objetivo da OMS é, em última análise, promover o aumento dos índices globais de fruição do direito à saúde.

No que importa para o objeto deste ensaio, é necessário ressaltar as funções normativa e regulatória da OMS, que, vale lembrar, é conhecida por ser uma agência científica e técnica, cujas publicações são respaldadas por prestigiados estudos científicos. Embora as diretrizes da OMS não sejam formalmente obrigatórias, há um custo político alto para os governos que as ignoram. Ao longo dos anos, a OMS criou mecanismos de pressão para que os Estados membros observem suas recomendações, de modo que se constata a transcendência e a capilaridade de suas normas, que são um elemento importante na formulação das políticas públicas pelos governos locais.

Considerando que qualquer política pública deve impactar positivamente sobre os índices de fruição do direito à saúde, é possível avaliar as políticas de saúde segundo os parâmetros de governança global fornecidos pela OMS através de sua função regulatória. Assim, em resposta às perguntas anteriormente colocadas, é possível afirmar: i) a política pública que satisfaz os índices de fruição do direito à saúde propostos pela OMS cumpre

a norma do art. 196, da Constituição da República; ii) o controle judicial de políticas públicas de saúde só é legítimo quando impacta positivamente sobre esses índices, isto é, quando é capaz de aproximá-los dos padrões de validação dados pela OMS, sendo ilegítimo quando proporciona a melhoria dos índices de fruição apenas para aqueles que acionam o Poder Judiciário em detrimento de uma piora das expectativas dos demais.

Conclui-se, portanto, que a transnormatividade do sistema global de saúde oferece subsídios importantes para a aferição do grau de sucesso das políticas de saúde. Igualmente, os padrões de validação oferecidos pela OMS, em cotejo com os índices de fruição do direito à saúde alcançados pelo Ente Federado, podem ser um importante aliado na defesa dessas políticas em juízo.

Alexandre Felix Gross. *Procurador do Estado de Goiás. Mestrando em Direito, Constituição e Estado pela Universidade de Brasília.*