
O CASO OBAMACARE: ATIVISMO E AUTOCONTEÇÃO JUDICIAL NA DISCUSSÃO DA REFORMA DO SISTEMA DO SEGURO SAÚDE NORTE AMERICANO – O PATIENT PROTECTION AND AFFORDABLE CARE ACT

*OBAMACARE CASE: JUDICIAL ACTIVISM AND SELF RESTRAINT
IN DISCUSSION OF REFORM OF NORTH
AMERICAN HEALTH INSURANCE*

*Rogério Marcos de Jesus Santos
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Discussão sobre Constitucionalidade do *Obamacare*; 2 O Antecedente do *Obamacare*: A Reforma Proposta por Clinton; 3 ainda os Pontos Controvertidos da Lei Discutidos Na Audiência da Suprema Corte; 4 Ativismo Judicial e Autoconção Judicial na História da Suprema Corte; 5 Discussão Política no Caso Health Care; 6 Conclusão; Referências

RESUMO: O debate sobre a constitucionalidade da reforma do sistema de seguro saúde norte-americano, implementada pelo presidente Barack Obama. As teses em torno dos limites da jurisdição constitucional. A Discussão do ativismo judicial da Corte e a doutrina da autoconção judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Obamacare. Reforma do Sistema de Saúde. Jurisdição Constitucional. Ativismo Judicial. Autoconção Judicial.

ABSTRACT: The debate over the constitutionality of the reform of American health insurance, implemented by President Barack Obama. The thesis about the limits of constitutional jurisdiction. The discussion of judicial activism of the Court and the doctrine of self restriction.

KEYWORDS: Obamacare. Judicial Review. Health Care Reform. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

Este artigo discute a constitucionalidade de um dos diplomas normativos mais discutidos atualmente nos Estados Unidos, o chamado “*Patient Protection and Affordable Care Act*” (PPACA), H.R. 3590¹, informalmente conhecido como *Obamacare*, a lei sancionada pelo Presidente Barack Obama em 23 de março de 2010 e o “*Health Care and Education Reconciliation Act of 2010*”² H.R. 4872.

A Lei possui mais de 2.500 páginas e 500.000 palavras. Talvez isso ajude a entender a dificuldade com que o assunto é tratado fora dos círculos políticos. Tais diplomas representaram uma guinada no sistema de saúde norte-americano³, levando a cabo um projeto de reforma do sistema de proteção social, uma antiga aspiração do Partido Democrata.

O Governo Obama soube aproveitar seu apoio legislativo, num momento que os democratas tinham a maioria da Câmara e do Senado e, *sem um voto dos republicanos*⁴, transformou em lei sua proposta de reforma do sistema de saúde. Um projeto acalentado pelos democratas desde o governo Clinton, que se tornou possível graças o empenho do Governo Obama em tratar a questão como prioritária do seu mandato presidencial.

1 A DISCUSSÃO SOBRE CONSTITUCIONALIDADE DO OBAMACARE

Contudo, nem tudo são flores. O preço da elevada discordância política no campo legislativo se fez sentir quando 26 Estados e entidades privadas questionaram judicialmente a constitucionalidade de diversos dispositivos da lei.

A discussão judicial depois de passar pelas Cortes Inferiores chegou a Suprema Corte dos Estados Unidos, num dos casos com mais conteúdo político dos últimos anos. Conhecido como *Flórida at ali v.*

1 Disponível em: <<http://www.healthcare.gov/law/resources/authorities/patient-protection.pdf>>.

2 Disponível em: <<http://www.healthcare.gov/law/resources/authorities/reconciliation-law.pdf>>

3 “The Patient Protection and Affordable Care Act represents the most significant transformation of the American health care system since Medicare and Medicaid. It will fundamentally change nearly every aspect of health care from insurance to the final delivery of care.” Michael D. Tanner. *Bad Medicine. A Guide to the real costs and consequences of the new health care law.* In. www.cato.org.br. p.1.

4 On March 21, 2010, in an extraordinary Sunday night session, the House of Representatives gave final approval to President Obama’s long-sought health insurance plan in a partisan 219-212 vote. The bill had earlier passed the Senate on Christmas Eve 2009. *Not a single Republican in either chamber voted for the bill. Four days later, the Senate, using a parliamentary tactic known as reconciliation to avoid a Republican filibuster, gave final approval to a package of changes designed to “fix” the bill.* “Tanner, Michael, *ob. Cit. p.1.*

Dept. Health Care ou *National Federation independent v. Dept Health Care*. Além da Flórida, outros 25 (vinte e cinco) Estados americanos, governados por Republicanos e A Federação de negócios independentes atacaram a constitucionalidade do *Affordable health Care act*, defendido pelo Departamento de Justiça⁵.

Algumas Cortes Federais deram suporte à lei, aduzindo, então que ela não violava a Constituição, porém, outras chegaram à conclusão inversa, concluindo que dispositivos importantes da lei violavam claramente a Constituição e, assim declarados inconstitucionais.

Essas decisões foram objeto de recursos para a Suprema Corte Norte americana, que, após passarem estes recursos pelo crivo do “certiorari”⁶, teve como ponto alto um das mais longas oitivas de um processo judicial na Suprema Corte. Com inúmeros *amicus curiae* e partes do processo, durante *três dias* a Corte ouviu os argumentos das partes e dos *amicus curiae*. Tal demanda se tornou, assim, uma das mais importantes questões jurídicas e políticas nos últimos anos nos Estados Unidos. A história da reforma do sistema de saúde, juntamente com o combustível *produzido por um debate jurídico num ano de eleição eleitoral*, numa decisão da Suprema Corte, qualquer que seja o seu conteúdo terá impacto direto na eleição presidencial deste ano nos Estados Unidos.

Com efeito, a Suprema Corte, após as apresentações das petições do *Certiorari*, pois se trata de caso sujeito à chamada jurisdição recursal discricionária da Corte, ao contrario, da chamada jurisdição recursal obrigatória⁷ aceitou discutir o caso, concedendo o *certiorari* em 14 de janeiro de 2011. Para tanto definiu os limites do litígio que seriam discutidos em audiência no Tribunal⁸.

5 NAT. FED’N INDEP. BUSINESS V. SEBELIUS, SEC. OF H&HS, ET AL. 11-398 DEPT. OF H&HS, ET AL. V. FLORIDA, ET AL. 11-400 FLORIDA, ET AL. V. DEPT. OF H&HS, ET AL.

6 “A grande maioria dos casos chega até a Suprema Corte a partir da jurisdição recursal discricionária da corte sob a sua revisão a certiorari. Uma petição de um writ a certiorari é submetida pela parte prejudicada à decisão de uma corte inferior, para que ela seja revista. Caso quatro dos nove membros acatem o writ, ele será concedido e a questão será apreciada pela Suprema Corte. A corte aceita submeter a sua apreciação casos de grande interesse nacional, com o objetivo de uniformização nacional da questão. Ela recebe cerca de 8 mil pedidos de writ a certiorari por exercício (que inicia no começo de outubro e termina no final de junho ou no início de julho subsequente), mas apenas 100, aproximadamente, são concedidos. Quando a corte rejeita a concessão de um writ, não justifica a sua decisão. Ainda, a negativa de concessão de um writ a certiorari não pode ser considerada precedente de uma análise da questão legal do caso pela corte.” FINE, Toni. Introdução ao sistema jurídico anglo-americano. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 37-38.

7 “A jurisdição da Suprema Corte pode ser dividida em originária e recursal. Esta, por sua vez, pode ser dividida em jurisdição recursal obrigatória e discricionária, também conhecida como jurisdição a certiorari. [...] idem, ibidem.

8 Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/docket/PDFs/111411zr.pdf>>.

A oposição dos Estados governados por republicanos a Lei não se deu somente por via de questionamento judicial. Alguns Estados aprovaram legislação proibindo expressamente diversas ações que levariam a implementação da legislação federal no seu território⁹.

A sociedade norte americana praticamente está polarizada em torno dos defensores da nova lei e dos que são contrários a ela, numa espécie de continuação do debate legislativo agora travado no âmbito da Suprema Corte. Os governadores republicanos que levaram o tema para escrutínio judicial discordam de vários dispositivos da lei, mas, em especial, afirmam que a União jamais poderia impor encargos aos Estados quanto ao custeio de seguro saúde, ferindo tal norma, o princípio federativo, tão caro na manutenção do modelo de Estado desenhado pelos “*founders fathers*”.

Com efeito, a imposição de obrigação aos Estados para com o atendimento de certa parcela da população é um dos pontos controvertidos das discussões presentes no debate sobre a constitucionalidade do *Health Care Act*. Não obstante isso, a principal discussão no tocante a lei é outra. É quanto à constitucionalidade do que se convencionou chamar de “*Individual Mandate*”.

Tal dispositivo é uma clausula da *Health Care Act* que permite ao governo sobretaxar os cidadãos elegíveis para o seguro saúde que *não adquiriram* o seguro saúde. Assim, tanto os cidadãos como as empresas – que estariam obrigadas a contratarem seguro saúde para seus empregados – caso não o fizerem estarão sujeitos a um pagamento de uma penalidade tributária de acordo com critérios estabelecidos na Lei.

Essa *tax* ou penalty, dependendo o ângulo jurídico de sua observação, indiretamente obrigaria que os cidadãos adquirissem o seguro saúde, aumentando, assim, a base do sistema do seguro saúde, criando, por essa via, condições econômicas para o implemento de diversas outras obrigações pela lei, como, por exemplo, a *proibição* das seguradoras de negarem a contratos com pessoas com condições pré-existentes, uma das grandes conquistas da lei, pois, milhares de pessoas não conseguem o seguro saúde e, justamente, serem as que mais necessitam.

A lógica da proposta vertida do *Obamacare* é que a clausula do “*Individual Mandate*”, visto sob a ótica econômica, possibilita o

9 Meanwhile, outside of Washington, opposition remains active. Seven states – Arizona, Idaho, Louisiana, Missouri, Oklahoma, Utah, and Virginia – have passed variations of the Health Care Freedom Act prohibiting Mandatory Health insurance. Similar legislation has been introduced in nearly all remaining states. State governments have also been slow to cooperate with federal efforts to implement the law. For example 23 states refused to set up a high-risk pool in response to the law, and several states are considering a refusal to establish exchanges.

alargamento da base de segurados, principalmente com a entrada de segurados mais jovens no sistema, que, mais cedo ou mais tarde iriam precisar de atendimento médico, ajudando com isso a distribuir os custos dos serviços de saúde.

Contudo a discussão sobre a constitucionalidade desse dispositivo gira em torno da tradição liberal norte-americana, por criar *uma obrigação de contratar*. Assim, se por um lado, há uma *simples regulação de uma atividade privada, como por exemplo, a obrigação de contratação de seguro de automóvel*, por outra, se tornou o principal ponto de debate em torno na lei, por criar uma penalidade não por algo que o indivíduo faz, mas, por algo que o indivíduo deixa de fazer e, que simplesmente não deseja fazer, ou seja, contratar um seguro saúde¹⁰.

Com efeito, ciosos que são com o seu conceito de “liberdade”, entrar nesta seara para muitos significa por abaixo o edifício liberal que tem caracterizado a sociedade norte-americana. Mesmo que para isso significasse *impor condições inacessíveis à parcela da população com condições pré-existentes* e outra parcela *sem acesso ao seguro saúde*, o que homenagearia o princípio da igualdade. Talvez aí esteja o um dos problemas para entender o desprezo com que os conservadores norte-americanos tem tratado a reforma proposta pelo governo Obama. Da mesma forma, diga-se, que tratou a reforma proposta por Clinton na década de 90.

Demonstração disso pode se vista na quantidade de dinheiro gasto pelos opositores da reforma do sistema em propaganda. Exemplo maior, é o Juiz Andrew Napolitano, que, sejam em programas na FoxNews, sejam em sites como *youtube*, tem combatido diuturnamente os dispositivos do *Affordable Health Care*, em especial a clausula do *individual mandate*. Divulgando a tese de que o direito de liberdade, aqui, especificamente, o da liberdade de contratar, ou não contratar, garantido constitucionalmente não poderia ser maculado por um ato do Congresso, ainda que se considere que foi aprovado por uma maioria.

10 “ Perhaps the single most important aspect of the law is its individual mandate, a legal requirement that every American obtain health insurance coverage that meets the government’s definition of “minimum essential coverage” Those who don’t receive such coverage through government programs, their employer, or some other group would be required to purchase individual coverage on their own.

This individual mandate is unprecedented in U.S. governance. Bach in 1993, when the Clinton health care plan was under consideration, the Congressional Budget Office noted: A mandate requiring all individuals to purchase health insurance would be an unprecedented federal action. The government has never required people to buy any good or service as a condition of lawful residence in United States” Moreover, the individual mandate raises serious constitutional questions. Even the Congressional Research Service was not able to conclude it was constitutional.

Por evidente, além das enormes discussões jurídicas sobre o tema, o início da campanha eleitoral nos EUA *dá um colorido especial à questão*. Uma vez que, desde o início dos debates legislativo os congressistas republicanos foram ferrenhos opositores da reforma do sistema de seguro saúde. Aliás, todas as iniciativas democratas nesse sentido foram postas abaixo desde o governo Roosevelt.

Daí o questionamento na Suprema Corte do *individual mandate*, caracterizado pelos contrários ao *Health Care Act* como “*socializante*”¹¹ e infringindo a primeira emenda que trouxe para a Constituição norte-americana os direitos civis.

Por outro lado, os argumentos dos que defendem a lei, e por via de consequência o individual mandante, se fiam em dois argumentos. Aduzem que por várias vezes a Suprema Corte deixou expressa a possibilidade do *Congresso regular o comércio, pela via da Commerce Clause*, quando a matéria afetasse mais de um Estado. Essa jurisprudência se mantém até os dias atuais. De outra banda, *se se trataria de uma simples questão tributária*, cujos poderes do Congresso de taxar aqueles que incidem em determinada categoria de atos não se revela *qualquer afronta* a Constituição, que possui dispositivos expressos nos dois sentidos.

Fiando-se nesse argumento, para os defensores do *Individual Mandate*, não há que se falar em invasão da liberdade pessoal de contratar, *mas, simples regulação de uma atividade comercial*, o que, a rigor, não ultrapassaria os lindes da garantia da liberdade. Tal regulação de atividade econômica estaria, assim, dentro da competência constitucional legitimamente definida para atuação do Congresso. A União, por isso, poderia legitimamente dispor essa matéria.

Os argumentos contrários, porém, salientam que esses dispositivos não poderiam ser interpretados desta forma, pois, esta *interpretação excederia o limite que poderiam ser conferidos a esses dispositivos constitucionais*, uma vez que não encontrariam paralelo jurisprudencial na história constitucional do país.

Porém o *individual mandate* não é o único questionamento judicial da reforma Obama. Outros questionamentos dizem respeito, por exemplo, à proibição de cláusulas de condições nos contratos de seguro saúde. Assim, o *Health care act* determina que as seguradoras estão proibidas

11 “He expressed confidence that this would be the year that health care reform—‘that great unfinished business of our society,’ he called it—would finally pass. He repeated the truth that health care is decisive for our future prosperity, but he also reminded me that ‘it concerns more than material things.’ ‘What we face,’ he wrote, ‘is above all a moral issue; at stake are not just the details of policy, but fundamental principles of social justice and the character of our country.’”—President Obama on a letter that Senator Ted Kennedy wrote to him three months before his passing

de estabelecerem cláusulas de precondições nos contratos do seguro saúde.¹²

Os 26 estados que desafiam a Lei, as entidades privadas e o advogados do Governo que defenderam a Lei tiveram 6 horas para a oitava de seus argumentos da Suprema Corte. Além do debate sobre a cláusula do *individual mandate*, outras questões estão postas na discussão jurídica, dentre elas, uma importante *preliminar*.

Assim, a primeira questão a ser resolvida pela Suprema Corte diz respeito a *preliminar* da aplicação ou não do *anti-act injunction de 1867, que proíbe que sejam discutidas questões tributárias* antes da aplicação da lei. Assim, somente em 2015 aqueles que não possuem seguros saúde teriam uma sobretaxa, então, somente após esta data, se poderia arguir sua inconstitucionalidade.

O *anti-act injunction* está em consonância com o espírito do controle de constitucionalidade norte-americano, definido como *controle de constitucionalidade de feição concreta*, em que é o caso que é levado a escrutínio do Tribunal, e não a discussão em tese sobre se um determinado ato normativo se revela constitucional ou não.¹³

Se superado esta questão preliminar, as discussões sobre a lei dizem respeito a outras questões substanciais, questões de conteúdo que podem ser assim alinhavadas:

- a) *Individual mandate*: poderia o Congresso, com fundamental no seu poder de regular o comércio interestadual ou o poder de cobrar tributos, criar norma deste jaez. Ou pelo contrário, viola frontalmente a Constituição, uma vez que excedeu no poder de regular o comércio ou de taxar os cidadãos.
- b) Outra questão postas separadamente na audiência da Suprema Corte diz respeito a possibilidade de manutenção do restante da lei se a cláusula do *individual mandate* cair. Os opositores da Lei argumentam que se a principal criação da lei cair, ou seja, for considerada em violadora da Constituição, *não haveria sentido que outros dispositivos diretamente a ele ligados se*

12 A new report from the Department of Health and Human Services finds that as many as 17 million American kids have a pre-existing condition. The Affordable Care Act prevents insurance companies from denying these children coverage.

13 An 1867 federal law, the Anti-Injunction, for the purpose of restraining the assessment or collection of any tax” The federal appeals court in Richmond, Va, and a prominent federal appeals court judge in Washington have issued opinions saying that the 1867 law means a decision in the health care case must be deferred until 2015, when Americans will first be penalized if they do not have health insurance.

manterem incólumes, porque a eles vinculados umbilicalmente, a exemplo da *proibição de cláusulas* de afastamento do seguro saúde de pessoas *com pré-condições*¹⁴ e

- c) Além do debate sobre os poderes do Congresso com relação ao a extensão da cláusula de regulação do comércio ou sobre taxação, outro problema levado a Corte pelos 26 Estados republicanos diz respeito à possibilidade da *União interferir no governo dos Estados ao estabelecer condições para o Medicaid*, expandindo a base de elegíveis para o plano e aumentando a cobertura. O argumento dos Estados é no sentido de que estas disposições violam gravemente o princípio federativo¹⁵.

2 O ANTECEDENTE DO OBAMACARE: A REFORMA PROPOSTA POR CLINTON

Com efeito, desde o seu primeiro mandato, o governo Clinton já tentara implementá-la, ao tentar levar a cabo uma reforma no chamado *Health Care Reform*. A reforma de Clinton, porém, foi inviabilizada pela oposição do Partido Republicano, pois, não reuniu votos necessários para sua aprovação, derrota esta, significativa para a Administração Clinton que tinha, como Barack Obama, a reforma do sistema de proteção social, como um dos pontos chaves de sua administração.

Philippe G. Joyce¹⁶, ao estudar o papel técnico e político da agência americana de orçamento, o chamado *CBO, o Congressional Budget Office*, cujos relatórios tiveram importante papel na derrubada da reforma protagonizada por Clinton, dá a dimensão da proposta que viria a ser o embrião da reforma do presidente Obama¹⁷. Assim, o plano Clinton

14 Edwin S. Kneeder argumenta no sentido de que “ Will argue for a middle ground, saying that most of the law should stand but that two other provisions – one forbidding insurers to turn away applicants, the other barring them from taking account of pré-existing conditions – are intertwined with the mandate and would have to fall along with it.”

15 This time argue over whether Congress exceeded its constitutional authority in expanding the eligible and coverage thresholds that states must adopt to remain eligible for Medicaid, the federal –state program that provides health care to poor and disabled people.

16 JOYCE, Philip G. *The Congressional Budget Office. Honest Numbers, Power, and Policymaking*. Washington DC: Georgetown University Press, 2011.

17 “President Bill Clinton came into office having pledged to reform the health care system. The economy in general had been the key theme of his campaign. Early efforts to promote investment spending in 1993 failed in deference to a strategy that focused on eliminating the deficit. But this focus on de deficit and on overall budget policy was largely designed to clear the way for what was hoped would be the key legacy of the Clinton presidency – comprehensive health care reform.” Op. cit. p. 154.

tinha objetivos nada modestos de reforma do sistema, como a expansão do programa de seguro saúde para 37 milhões de pessoas no país e, *pari passu, a constante preocupação com o aumento do déficit das contas públicas* caso implementada a proposta nos termos desenhados pela Casa Branca.

Tais propostas não encontram ambiente político propício para levar a cabo a reforma¹⁸. Esses foram motivos suficientes para uma crítica sobre o plano, a oposição republicana logo tratou de dizer que o plano era “*socializante*” e que, por isso aumentava o papel do “*estado na economia*”. Um *pecado* capital nos termos da tradição *ultraconservadora de um setor* da sociedade norte-americana.¹⁹

Com efeito, a reforma do sistema de saúde proposta por Clinton foi revelada em setembro de 1993 num discurso conhecido como “Estado da União”²⁰. Os principais pontos trazidos pelo *Plano Clinton* diziam respeito à universalização do sistema²¹ e a diminuição do déficit orçamentário. Assim, o *problema fiscal*, ganhou enorme destaque na discussão da reforma proposta por Clinton devido à própria preocupação do Governo com a redução do déficit orçamentário. Assim, uma das preocupações à época era de que a reforma do sistema de saúde *não tivesse impacto fiscal*, ou seja, *se se não contribuísse para a diminuição do déficit*, pelo menos *tivesse um impacto orçamentário nulo*.

A reforma criava várias entidades e, além disso, uma das principais questões era se o pagamento por seguro saúde pelo que se convencionou chamar de “*employer mandate*”²² deveria ser considerada como uma

18 The goals of the health care program were anything but modest. At the time Clint took office, an estimate 37 million Americans had no health insurance. At same time, national health care spending had been growing substantially, with an inflation rate in the double digits. In this context, the Clinton health care reform sought to serve two goals – cost containment and insuring the uninsured population – simultaneously. Idem, *ibidem*.

19 As ambitious as the program was however, it needed to accede to real political constraints. Americans were skeptical of any effort that could be characterized as nationalizing health care. A candian or Scandinavian-style health insurance program had neither broad public support nor the votes in either house of Congress to pass. So the challenge – to contain cost, serve the uninsured, and avoid the appearance of a large government-operated health system – created substantial challenges for anyone attempting to design a comprehensive health care reform plan.

20 “Finally, on September 22, 1993, in a speech before a joint session of Congress, Clinton unveiled his health care reform plan. In the speech, the president outlined the key components of comprehensive health care reform. The included, principally, providing universal coverage for all Americans, focusing on the estimated effect of covering the uninsured, the plan would contain cost contain cost containment measures. In the end, the president said, the Clinton plan would not add to the deficit but would reduce it.

21 “The president renewed his call for enactment of his plan in his State of the Union address in January 1994, pledging to veto any legislation that did not guarantee universal coverage.” Joyce, Philip G. p. 159.

22 “The second issue the creation of new entities – called health alliances- through which much insurance in the country would be purchased and provided. The White House that the transactions of these alliances would be

taxação, ou seja, estaria o Governo *utilizando-se de seu poder de império* para criar *um tributo*, e por via de consequência, o questionamento se deveriam esses recursos e dívidas passarem pelo orçamento público federal, ou, diversamente, *se trava apenas e tão somente de regulação de um setor econômico*, de uma atividade econômica.

Como se pode ver, o debate atual em torno do plano de reforma do Presidente Barack Obama, o *individual mandate*, que possibilita ao Governo taxar aquelas pessoas elegíveis que não adquiram o seguro saúde tem aí seu DNA. Assim, se o Obamacare tem como seu principal de discussão o problema do “individual mandate” a reforma Clinton na década de 90 teve como principal discussão justamente um “*mandate*”, mas não o “individual,” e sim o “*employers*”.

A resposta a esta questão estava nas mãos do CBO, a agência de orçamento do Congresso norte-americano, cujo parecer foi aguardado com ansiedade pois teria um decisivo efeito nos debates legislativos sobre a reforma do *Health Care* proposta por Clinton.

Com efeito, o CBO precisava responder a diversas questões, dentre elas, algumas de relevância impar para o debate político que se travava no Congresso. Dessas questões a época, duas questões se destacavam. A principal era se as chamadas alianças para o oferecimento do seguro saúde *deveriam ser tratadas dentro do orçamento*, ou seja, *como dinheiro público* ou se tratava tão somente de uma *regulação de uma atividade privada*, dentro do poder do Estado de regular a atividade econômica, como, por exemplo, *estabelecer obrigação de todos para com a contratação de um seguro obrigatório para automóveis* - da resposta a esta pergunta surgiria uma outra, também crucial para o desenlace da questão no Congresso. Se uma vez tratado o *employers mandate* como matéria orçamentária isso traria mais *déficit público* ao orçamento federal.²³

private, that is, that they would not be counted in the budget. They viewed the employer mandate (requirement that employers make compulsory payments into these alliances) as regulatory, that is, little different that mandatory automobile insurance premiums required in most states.). Joyce, Philip G. op. cit. p. 160.

23 “This commission, which had been established to address a real problem stemming from the inconsistent application of budgetary principles, include specific language intended to guide discussions of *what would be considered budgetary transactions* and what would be considered private transactions (for example, regulatory actions, which, though they might cost individuals money, *were not considered part of the federal budget*). “in short, the arguments against including the alliance transactions in the federal budget stemmed from whether they were in fact regulatory (*the equivalent of state requirements that individual purchase automobile insurance*) or *represented compulsory payments required by and to the federal government (the equivalent of taxes)*. “ The first reported reference to the CBO processes after the introduction of the plan was in mid-October, when the Washington Post noted that “*Congressional Budget Office is considering whether the money employers and employees would be required to pay for medical coverage under the president’s health plan should be entered on federal budget books as tax*. The issue, although seemingly arcane, is politically

Após um longo processo o CBO deu seu parecer sobre a questão. A Agência que representava uma opção não partidária dentro do órgão mais partidário da estrutura do Governo - o Congresso norte-americano -, concluiu que o tratamento das *operações* com seguro saúde pelo “employers mandate” *deveriam ser consideradas como uma operação orçamentária*, e assim, deveriam passar pelo orçamento público federal.

E mais ainda, no início criaria um déficit orçamentário, não obstante, ao longo prazo poderia reduzi-lo. *Politicamente, estava naquele parecer do CBO o início do fim da reforma do sistema de saúde proposta pelo governo Clinton*²⁴.

[...] Considering the Administration’s proposal in its entirety, CBO concludes that it would establish both a federal entitlement to health benefits and a system of mandatory payments to finance those benefits that represents an exercise of sovereign power. In administering the proposed program, regional alliances, corporate alliances, and state single-payer plans (if any) would operate primarily as agents of the federal government. Therefore, CBO believes that the financial transactions of the health alliances should be include in the federal government’s accounts and the premium payments should be shown as governmental receipts rather than as offsets to spending. (Emphasis added) Nonetheless, because of the uniqueness and the vast size of the program, the budget document should distinguish the transaction of the alliances from other federal operations and show them separately, as is the practice for Social Security.²⁵

Contudo, a história das tentativas de reforma do Health Care não se iniciaram no Governo Clinton. Greg. M. Shaw, no seu *The health care debate – historical guides to controversial issues in America*, afirma que desde Roosevelt essa é questão é discutida na sociedade norte-americana:

dangerous for President Clinton. He specifically rejected proposals to finance his health plan using broad new taxes.. because Clinton was certain it would be a political kiss of death. “p. 163-64.

24 “The CBO report n the Clinton Health care reform plan was released on February 9, 1994, setting off a flurry of testimony, political spin, press reaction, and speculation. The report highlighted each of the issues that CBO focused on in their deliberations. Concerning the budgetary impact of de plan, CBO concluded that it would add approximately \$ 70 billion to cumulate deficits between 1995 and 2000, rather than reducing these deficits by \$ 60 billion as the administration had claimed.

25 Congressional Budget Office, An Analysis of the Administration’s Health Proposal (Washington, DC: GPO, February, 2004). , xiii.

A dramatic reform of the nation's healthcare system has been on every American presidential administration's agenda since Teddy Roosevelt. And while much of the focus on the lack of progress concerns politics and big business, the fact is, Americans themselves remain ambivalent about government involvement in public health, healthcare financing, and healthcare delivery—despite the very real fact of existing deep and wide government involvement in American health care, from Medicare and Medicaid to vaccination programs, new pharmaceuticals screening, and the regulation of potent drugs and potentially harmful substances²⁶.

Como se vê, desde Roosevelt foram feitas inúmeras tentativas de reforma do sistema. Coincidentemente é esse período da história norte-americana existiram verdadeiros confrontos entre os dois ramos de poder, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. A política do *New Deal*, apresentada por Roosevelt, quando das reformas pretendidas para tirar o país da crise de 1929, após o queda da bolsa de Nova York, adotando o governo central uma postura de investimentos públicos e controle da econômica por parte do Estado que até aquele momento não ocorrido na historia norte-americana, *medidas essas que foram desafiadas na Suprema Corte* e foram, *num primeiro momento rechaçadas*, num período que ficou conhecido como um *ativismo judicial conservador*.

3 AINDA OS PONTOS CONTROVERTIDOS DA LEI DISCUTIDOS NA AUDIENCIA DA SUPREMA CORTE.

Como visto, diversas questões estão envolvidas nesta disputa, a maior delas diz respeito à questão do mandato individual, cujos desafiadores da lei na Corte Suprema argumentam no sentido de que o Estado não poderia requerer que todos os cidadãos norte-americanos comprassem o seguro saúde, aduzindo que esta clausula violaria frontalmente a primeira Emenda²⁷, no tocante a liberdade individual. Afirmando que a lei é uma violação dos direitos do cidadão sem precedentes, estando muito além do poder do governo federal de regular o comércio.

Os argumentos em favor da clausula do mandato individual estão vazados em dois pontos. O primeiro diz respeito ao centro do debate da lei. Uma reforma do sistema de seguro saúde que afaste a proibições das

²⁶ SHAW, Greg. *The Healthcare Debate* (Historical Guides to Controversial Issues in America).

²⁷

seguradoras de colocarem cláusulas barrando candidatos com condições preexistentes e limitando os pagamentos com prêmios desses seguros, *somente poderia ser obtida com uma ampla base de sustentação financeira dessa reforma*. Seria altamente *contraproducente* obrigar todo um setor da economia a arcar com despesas que o levariam a ruína.

Com efeito, a solução produzida com o “mandato individual”, que somente indiretamente obriga a contratação de um seguro saúde, uma vez que, aqueles que não o fizerem *estarão sujeito a uma taxaço maior do que os que tiverem contratado o seguro saúde*, permite que *uma geração contribua com outra geração* no pagamento das despesas com saúde. Como se vê, uma solução ao mesmo tempo de viés solidário, portanto, de justiça distributiva. Por isso, talvez, tenha chamada tanto a atenção da direita norte-americana, que acusa Obama de implantar uma ditadura socialista no país, tendo como argumento, justamente a reforma do sistema de saúde.

Já sob uma ótica legal, a sustentação da lei, neste ponto, é conferida pelo poder de regular o comércio interestadual pelo Congresso norte-americano, já confirmado diversas vezes pela jurisprudência da Suprema Corte. Esse é o principal argumento do Departamento de Justiça encarregado de defender o estatuto legal.

As outras questões discutidas no caso deduzidas no assento da Suprema Corte que dividiu o tempo para os demandantes e os *amicus curiae quando* apresentaram seus argumentos orais em abril do corrente ano. A primeira delas é quanto à própria possibilidade da Suprema Corte sindicat o ato. Pois, se considerado que seria uma espécie de taxaço do contribuinte, isto só seria possível após a norma produzir seus efeitos, o que se daria tão somente a partir de 2015.

Teria, portanto, que antes de se verificar a constitucionalidade das disposições da lei, saber se isso seria possível antes de sua aplicabilidade, pois o *Anti-Injunction Act issue* não permite que questões desse jaez, ou seja, tributário, se assim entendido a natureza jurídica da multa ou taxa para quem não contratar o seguro saúde, sejam sindicadas antes de produzirem seus efeitos.

Outro ponto, se superado a questão, diz respeito à obrigação dos Estados de fornecerem uma mínima cobertura a um número maior de pessoas. *A questão está levanta quanto a possibilidade do legislador da União obrigar os Estados a efetuem gastos que eles não estão dispostos*²⁸.

28 On the Minimum Coverage Provision issue (No. 11-398), the Solicitor General is allotted 60 minutes, respondents Florida, et al. are allotted 30 minutes, and respondents National Federation of Independent Business, et al. are allotted 30 minutes.

Além dessas duas questões, a Suprema Corte, *na concessão do Certiorari* também aceitou duas outras que seriam objeto de oitiva na Corte. Um com relação da possibilidade da lei ser divisível, uma vez que se anulado o clausula do mandato individual, isto é, a obrigação imposta de todos possuírem um seguro saúde, se as outras partes da lei permaneceriam ou a ela estariam tão intimamente vinculadas que isso não faria sentido, tendo em vista que estaria comprometido o coração econômico da lei.

E quarto ponto da discussão esta relacionado ao segundo diploma legal, o *Medicaid*.²⁹

Ao acatar a petição de *Certiorari*, a suprema corte deixou o primeiro dia de oitiva para os argumentos orais para o debate sobre a vedação presente no *anti-injunction* de 1867.

Algumas questões são prévias a análise da lei. Uma vez que a cobrança do imposto maior para aqueles que não contratarem um seguro saúde somente se dará em 2015, poderia a suprema corte antes disso decidir sobre o caso, uma vez que há precedente afirmando que no caso de leis tributárias elas somente podem ser impugnadas quando de sua aplicação.

Aqui, neste ponto, os dois lados concordaram que o precedente ligado a questão tributária não poderia ser levantado para impedir que a Suprema Corte julgasse a constitucionalidade da lei. Argumentam que o *Anti-injunction Act* de 1867 que proíbe indivíduos de desafiar a lei nos tribunais antes de sua aplicação não preveniria que a Corte decidisse o caso, uma vez que o *health care* reforma legislação mesmo entrando em vigor totalmente em 2015 *não trataria especificamente* de uma questão tributária. O o mandato individual e sua penalidade não seriam um tributo *strito sensu*, mas regulação da atividade econômica, sendo assim, não se aplicariam as limitações do Anti-Injunction de 1867 quanto ao não conhecimento da questão antes de sua plena eficácia normativa.

Os advogados do governo advogam a ideia de que o mandato individual está dentro da possibilidade do Congresso regular *o comercio interestadual*, assim, não estariam inovando uma vez que o precedente de que o comércio pode ser regulado pelo Congresso é antigo e já foi por diversas vezes confirmado pelo Congresso. Assim, uma vez que se trata de uma atividade econômica interestadual, a questão do mandato estaria abrangida pela possibilidade de governo regular o comércio.

Os argumentos contrários à lei dizem que se isto for verdade, no limite o governo poderia, assim, obrigar qualquer cidadão a comprar

29 On the Medicaid issue (No. 11-400), the petitioners are allotted 30 minutes, and the Solicitor General is allotted 30 minutes. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/docket/PDFs/022112zor.pdf>>.

qualquer coisa. Esta é a crítica, por exemplo, de Randy Barren, professor de direito da universidade de Georgetown, representante do NFIB, que argumenta no sentido de que, uma vez se adotado esse raciocínio o Congresso poderia compelir os cidadãos a comprar “desde carros a pares de sapato”³⁰. Essa discussão também tomou corpo na Suprema Corte durante as oitivas das partes e *amicus curiae*³¹.

Contudo, o argumento de defesa do diploma legal é que todo cidadão um dia procurará o sistema de saúde de alguma forma, assim, a lei não estaria, portanto, compelindo ninguém a comprar um seguro saúde, mas, simplesmente regulando um mercado que as pessoas já estão nele, pois, mais cedo ou mais tarde precisarão do sistema de saúde, assim, no máximo, estaria a lei antecipando uma relação jurídica que ocorreria de qualquer forma, ou seja, todos nós um dia recorreremos ao sistema de saúde.

Aduzindo-se, ainda, na defesa do *individual mandate*, que dezenas de bilhões de dólares não são cobertos pelos seguros saúde. Então, a lei simplesmente sancionaria aqueles que não compram o seguro saúde, excetuando, ademais, aqueles que não podem comprar o seguro por dificuldades financeiras ou mesmo por questões religiosas.

Mesmo contra o argumento do precedente da clausula do comércio, é preciso lembrar que a corte já fez o chamado *overruling*³², a

30 Disponível em: <<http://news.yahoo.com/blogs/lookout/supreme-court-health-care-reform-case-expect-094452929.html>>.

31 “The conservative justices offer only one reason for thinking the distinction important. They say that if the Constitution permits Congress to make people buy insurance, then it permits Congress to make them buy anything it wishes. Why could Congress not make people buy electric cars to reduce pollution? Or join health clubs to improve the nation’s health? Or buy broccoli to keep broccoli prices high or because it is seen as healthy? All the conservative justices who participated in the oral argument pressed such questions. They said they could not uphold the insurance mandate unless they could find what they called a “limiting” principle and, they suggested, none can be found.”

32 “É importante levar em consideração que as cortes normalmente relutam em revogar as próprias decisões, pelas mesmas razões por que a doutrina do *stare decisis* mostra-se, ante de tudo, tão atraente: pela eficiência, imparcialidade e previsibilidade. Em coerência com a posição de não revogar precedentes, a corte prefere distinguir o precedente a partir dos fatos a revogá-lo quando a sua aplicação puder resultar em injustiça ou for indesejável. É mais comum que as cortes realizem a distinção do precedente a partir dos fatos, recusando-se a aplicá-lo, do que ter que encarar uma explícita revogação do precedente. Algumas vezes, uma corte vai implicitamente revogar decisões anteriores, o que exige uma leitura atenta e uma análise criteriosa para determinar se ela realmente agiu assim. Atos de revogação do precedente já foram até mesmo identificados em notas de rodapé de opiniões, embora, felizmente, isso seja raro. [...] Quando a Suprema Corte revogará o seu próprio precedente? [...]”

Mas, em termos de normas constitucionais, a ação do Congresso de desfazer a decisão da Corte não é possível. Isto porque o procedimento de emenda à Constituição é tão penoso, e foi exercido tão poucas vezes, que a própria corte assume o dever de corrigir erros judiciais ao interpretar ou aplicar direitos

superação do precedente judicial, ou seja, uma mudança na sua orientação jurisprudência no tocante a questões, por exemplo, como a possibilidade de doação ilimitadas de companhias para campanhas eleitorais. Aliás, essas mudanças de orientação vertidas nos antigos precedentes da Suprema Corte por sua atual composição é bastante criticada por Ronald Dworkin, que lança sua crítica principalmente ao que chama de “*Courts new Right-wing bloc*.”³³.

Dworkin critica a possibilidade da Suprema Corte poder considerar a lei inconstitucional, uma vez que, tanto o texto expresso da Constituição quando os precedentes dão suporte a lei³⁴. Afirmando que a lei é uma enorme conquista para a reforma do sistema de saúde. O debate que está lançado, aduz, diz respeito a extensão dos poderes do Congresso para regular uma atividade econômica, este seria, pois, o correto engradamento constitucional da questão trazida pelo *individual mandate*.³⁵

constitucionais, e isto tem sido feito quando necessário. Segundo, a Suprema Corte tem insistido em algumas considerações pragmáticas ou prudentes para revogar os seus próprios precedentes e tem indicado os seguintes fatores a considerar.”, Fine, Thomas. op. cit. P. 84.

33 DWORKIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx. The court's new right-wing bloc*. New York: NY Review of Books, 2008.

34 The plaintiffs have asked the Court to declare the Affordable Care Act unconstitutional. The political and social stakes are enormous. But the legal issues, most analysts think, are not really controversial: the Constitution's text, the Supreme Court's own precedents, and basic constitutional principle seem obviously to require upholding the act. Analysts at first predicted a 7–2 decision rejecting the challenge. But they apparently misjudged the dedication of the ultraconservative justices, whose questions in the oral argument have now convinced many commentators that on the contrary, in spite of text, precedent, and principle, the Court will declare the act unconstitutional in June, by a 5–4 vote. That prediction may be too swift. There is still reason to hope, as I discuss later, that Justice Anthony Kennedy, often the swing vote between liberals and ultraconservatives, will have sufficient respect for congressional authority to save the act.” Why the Mandate Is Constitutional: The Real Argument. New York Review of Books. . Disponível em:<<http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/may/10/why-mandate-constitutional-real-argument/>>.

35 “The prospect of an overruling is frightening. American health care is an unjust and expensive shambles; only a comprehensive national program can even begin to repair it. One in six Americans lacks any health insurance, and the uninsured of working age have a 40 percent higher risk of death than those who are privately insured. Insurance is often unavailable even for those willing and able to pay for it: according to the Government Accountability Office, an average of 19 percent of individual applications for insurance are declined for a variety of reasons including the applicant's being on a prescription medicine or being overweight. If the Court does declare the act unconstitutional, it would have ruled that Congress lacks the power to adopt what it thought the most effective, efficient, fair, and politically workable remedy—not because that national remedy would violate anyone's rights, or limit anyone's liberty in ways a state government could not, or be otherwise unfair, but for the sole reason that in the Court's opinion our constitution is a strict and arbitrary document that denies our national legislature the power to enact the only politically possible national program. If that opinion were right, we would have to accept that our eighteenth-century constitution is not the enduring marvel of statesmanship we suppose but an

Reforçar seu argumento no sentido de que o *individual mandate* está dentro da possibilidade de regulação do comércio *conferido* tanto pelo texto constitucional tanto pela teoria política que fundamenta a Constituição norte-americana³⁶.

O debate sobre se manutenção dos outros dispositivos da lei, caso caísse o clausula do mandato individual, foi objeto de intenso debate na oitava da Suprema Corte. Destarte, o terceiro dia de oitavas da corte foi para este questionamento. Pois, fosse considerado inconstitucional a clausula do mandato individual, haveria uma séria dúvida se as outras partes da lei também cairiam. *Os opositores da lei argumentam que a regra aqui é do tudo ou nada*³⁷. Que a reforma do sistema de saúde não faria sentido sem sua principal cláusula, que é a do mandato individual, não restando alternativa senão a derrubada, por inconstitucionalidade, da regra do mandato individual e, e por via de consequência, de todo o restante do diploma legal por “arrastamento”, em função das outras clausulas estarem diretamente relacionados com o coração da lei.

Já o Departamento de Justiça argumenta que outros dois outros pontos essenciais da lei ficariam insustentáveis. Como o que limita os prêmios de seguro pagos pelos segurados as seguradoras, tendo em conta a idade dos contratantes, por exemplo, e a clausula que obriga os planos a contratarem o seguro saúde no caso que a pessoa possua alguma doença preexistente. Não seria possível reduzir os custos se

anachronistic, crippling burden we cannot escape, a straitjacket that makes it impossible for us to achieve a just national society. NYReview of de books, op. cit.

36 The Constitution’s text gives Congress the power to “regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.” That provision cannot be read, just as a matter of what words mean, to make the distinction the conservative justices think crucial. A legislature certainly “regulates” behavior when it imposes taxes or conscripts armies or demands that we shovel snow off our sidewalks. A nation’s “commerce” is its overall system of economic transactions, and that includes its consumers’ decisions about what to buy or not to buy. The act regulates commerce by adopting a comprehensive structure of provisions and restrictions on health care distribution: it mandates insurance for all because otherwise that comprehensive structure cannot work.¹

The political theory that underlies the Constitution’s overall allocation of power between Congress and the states does not require the distinction between restricting and requiring activity either. The Constitution’s architects were guided by a principle that makes that distinction irrelevant: the principle that Congress should be assigned only those powers that could not effectively be reserved to the states. They believed that if the effects of a particular political decision would be felt only or mainly within a particular state, that decision should be left to that state because decisions by state officials would be more sensitive to local needs and local opinion. But if some issue could only sensibly be settled at the national level, like decisions about foreign trade or the terms of trade among citizens of different states, then the principle requires that Congress have the power to decide it

37 The petition for a writ of certiorari in No. 11-400 is granted limited to the issue of severability presented by Question 3 of the petition. The cases are consolidated and a total of 90 minutes is allotted for oral argument

caísse a regra que possibilitaria o alargamento dos riscos e custos, consequência direta da obrigação de todos contratarem o seguro saúde.

Já o argumento do lado dos que atacam a lei é que *não seria a "intenção do legislador"* manter o restante da lei sem a cláusula do mandato individual. Pois a maioria dos juízes considera a intenção do Congresso quando produziu a lei, pois não está explícito que partes da lei poderiam existir sem o mandato individual,

Outra questão levantada é sobre a expansão do *Medicaid* de baixo custo para todas pessoas em 2020 pelos estados federados, arguindo que isso seria de uma coerção da União sobre os estados. Uma vez que a lei espera acrescentar 16 milhões de novas pessoas ao *Medicaid* a partir de 2014. Quando alguém viver com menos de \$ 14.000 por ano será qualificado, atualmente os Estados decidem quem recebe *medicaid*, mas atualmente somente baixo numero de pessoas são qualificadas para o benefício.

Os 26 estados argumentam que esta clausula para o *medicaid* é espécie de coerção, uma vez que eles estão sendo forçados a gastarem dinheiro e concordar com os termos do governo federal. Contudo, nenhuma das cortes inferiores concordou com o argumento dos estados, que desafiam a lei em favor, pois a Suprema corte nunca derrubou um federal por exigir uma contrapartida nos gastos.

Quanto à jurisprudência da Suprema Corte sobre o Comércio interestadual, há uma razoável quantidade de casos que apontam na direção de que o legislador da União pode sim regular áreas de interesses quando estão envolvidas questões que superam o mero interesse do Estado, assim, os precedentes da Suprema Corte relacionadas ao comércio estadual no tocante a armas, trigos, marijuana e violência contra a mulher.³⁸

38 GOODWINN, LIS. The Supreme Court's health care reform case—What to expect. In <http://news.yahoo.com/blogs/lookout/supreme-court-health-care-reform-case-expect-094452929.html> Supreme Court Justices are not always bound by how it has ruled on laws in the past, but previous decisions are very important. As Stanford Law Professor Pam Karlan told Politico, the court precedents we're likely to see cited next week are about "wheat, dope, sex fiends and gun-toting teenagers." They also offer a window into how the Court has interpreted Congress' power to regulate interstate economic activity under the Commerce Clause in the past.

A helpful precedent for the government is the 1942 case *Wickard v. Filburn*, when the Court said wheat farmer Roscoe Filburn could not harvest wheat above the federal quota, which was set to keep prices high. Filburn argued that he was only using the excess wheat on his own farm, not selling it, but the Court countered that his extra wheat still affected the national market, since Filburn didn't have to buy wheat or set aside part of his quota for his own use.

Also potentially helpful to the government is *Gonzalez v. Raich*, when the Court ruled in 2005 that two women were not allowed to grow marijuana for their own use even though pot is legal in their state of California. Conservative Justice Antonin Scalia wrote that Congress can regulate even "noneconomic local activity if that

4 ATIVIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTEÇÃO JUDICIAL NA HISTORIA DA SUPREMA CORTE

O clima desse debate muito se aproxima do clima jurídico-político, - guardadas as devidas proporções, por óbvio, - da crise vivida entre a Suprema Corte e o Poder Executivo com a política *do New Deal*³⁹ na década de 30. Pois, à época, a Suprema Corte invalidou diversas leis propostas pelo Poder Executivo para sair da depressão causada pelo crise de 1929, iniciada com a queda da bolsa de NY.

Na época, adotando-se as ideias de Keynes sobre os gastos públicos, que, por si só, não seria um mal, mas, se esses gastos visassem investimentos, estes poderia alavancar a economia e contribuiria para que se saísse da depressão. Também uma discussão muito atual, sobretudo nos EUA e na Europa, que enfrentam sérios problemas de recessão e discutem com isso o papel do Estado no crescimento econômico, se, tão somente regulador da atividade econômica, ou teria, de outro lado, um papel proativo a ser desempenhado na economia.

Este confronto de teorias econômicas se dá também neste momento da historia norte-americana. Após duas guerras consecutivas, o déficit público se encontra no centro do debate da corrida presidencial em conjunto com outras questões econômicas, a exemplo da taxa de desemprego. Daí que, a intervenção do Estado em matéria econômica, como o sistema de saúde, traz a tona antigas discussões em torno do papel do Estado na econômica e na regulação da vida social.

Ligadas ao debate do controle de constitucionalidade, duas discussões permeiam essa questão no direito constitucional norte-americano. Dois debates que se correlacionam no tocante a forma de se interpretar a constituição, se de forma histórica, ou, de outro lado, se poder-se-ia fazer o que se convencionou chamar de “leitura moral da constituição”. Os primeiros cunhou-se a expressão “*interpretativistas*” e o segundos “*não interpretativistas*”.

Os primeiros, a grosso modo, defendem que a constituição deve ser lida tendo *em conta a vontade dos pais fundadores*, das pessoas que escreveram a constituição, deve-se perquirir, assim, qual o sentido que o legislador que escreveu a constituição queria dar aquele dispositivo que se quer ver interpretado.

regulation is a necessary part of a more general regulation of interstate commerce.” He argued that marijuana is always an “instant” away from the national market, and thus under Congress’ control

39 BRUCE Ackerman *Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Os segundos, os não interpretativistas, comungam da tese de que não se tem como saber qual a vontade daqueles que escreveram a constituição, e que o resultado interpretativo atual somente pode ser conseguido tendo em conta as atuais condições interpretativas, o que, via de regra, pode conferir a uma determinada cláusula da constituição interpretação a ela dada no passado.

O outro debate diz respeito a duas concepções sobre o papel da jurisdição constitucional num regime democrático. Sobre a tensão natural entre o princípio da maioria, caracterizador do regime democrático e a defesa de direitos fundamentais, que estariam fora da discussão política e, conseqüentemente, indisponível para a maioria política. Essa relação dos dois princípios é diversamente concebida por duas escolas de pensamento. A concepção “*procedimentalista*” e a chamada de “*substancialista*”.

No tocante aos juristas da primeira escola, Sergio Moro destaca a lição de John Hart Ely⁴⁰, que, no seu “*Democracia e Desconfiança*”⁴¹, afirma que os órgãos eleitos da sociedade devem dirigir a política, e faz um discrimem importante, pois, quando o Poder Judiciário anula determinado ato dos poderes eleitos, esses podem corrigir essa anulação, produzindo um novo ato.

Contudo, quando esse ato é anulado pela jurisdição constitucional isso não é possível, uma vez que um novo ato resultaria em ato *inconstitucional*⁴². Daí a preocupação com a extensão de poderes aos

40 No primeiro caso, a jurisdição constitucional estaria legitimada a eliminar restrições às liberdades básicas, como a de expressão e a de acesso à informação, e aos direitos de participação, como o direito ao voto ou de ser eleito. Nessas hipóteses, não caberia a objeção democrática, uma vez que a atividade judicial teria por objetivo o incremento da democracia. Seria também temerário outorgar primazia, nessas matérias, a decisões tomadas pelos órgãos legislativos, pois haveria o risco de seus componentes procurarem obstaculizar o acesso de outros grupos ao poder político, impedindo mudanças que viessem em seu detrimento. P. Sergio Moro...

41 ELY, HART JOHN. *Democracia e Desconfiança*. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

42 “O segundo atrativo de uma abordagem interpretacionista, e o mais fundamental, advém das dificuldades óbvias que a abordagem oposta encontra ao tentar conciliar-se com a teoria democrática subjacente ao Estado norte-americano. É verdade que os Estados Unidos não são governados como uma cidadezinha de interior, que segue as decisões do conselho municipal (E, mesmo entre cidadezinhas, poucas o são, na verdade). Mas a maioria das decisões importantes é tomada por nossos representantes eleitos (ou por pessoas que respondem perante eles). Os juizes, pelos menos os juizes federais – apesar de obviamente não desconsiderarem por completo a opinião popular –, não são eleitos nem reeleitos. *“Em última análise, nada pode diminuir a importância da função consignada na teoria e prática democrática ao processo eleitoral; nem se pode negar que o poder das instituições representativas (originárias do processo eleitoral) de formular cursos de ação política é a característica distintiva do sistema.* O controle judicial de constitucionalidade choca-se com essa característica”. É claro que os tribunais criam o direito o tempo todo, e ao fazê-lo podem ter a intenção

órgãos da jurisdição constitucional. Numa concepção minimalista de jurisdição constitucional, que prega, a grosso modo, que as decisões políticas fundamentais sejam tomadas pela maioria.

Advogam, pois, a tese de que, se uma decisão política foi tomada pelos órgãos representativos da soberania popular sem qualquer mácula do procedimento democrático, essa decisão deveria ser mantida pela jurisdição constitucional. O que, parece ser o caso aqui discutido, embora se tenha em conta a divisão política na votação da lei.

Por outro lado, os *substantialistas* defendem uma ideia muito parecida, mas acrescentam que, se essas decisões políticas tomadas pela maioria violarem direitos fundamentais, cabe legitimamente a jurisdição constitucional intervir no processo político, para preservação do sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição. Curiosamente, este é tese levantada pelos conservadores.

O que confirma a ideia de que ativismo judicial ou autocontenção judicial não está ligado diretamente a um pensamento conservador ou progressista. Pois, pode ser utilizado tanto por um como por outra escola de pensamento político.

Isso é confirmado pela própria história da Suprema Corte, que possui uma histórico de decisões ligadas a defesa incondicional dos pressupostos do liberalismo econômico, essa fase histórica da Corte é conhecida como “*Era Lochner*”, conhecida por anular leis que interferiam na liberdade de contrato, em especial na diminuição de horas de trabalho

de inspirar-se nas fontes habituais dos adeptos do não interpretacionismo – “os princípios fundamentais” da sociedade ou qualquer outra coisa -; mas, fora do âmbito da jurisdição constitucional, eles se limitam a preencher as lacunas que o Poder Legislativo deixou nas leis que aprovou ou, então, a tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, de caso pensado, entregou ao judiciário para que a desenvolvesse. Há, evidentemente, uma diferença crítica: em contextos não constitucionais, as decisões judiciais estão sujeitas a anulação ou a alteração pela lei ordinária. A Corte está substituindo o Poder Legislativo, e, se isso foi feito de uma maneira que o Poder Legislativo não aprova, ela pode ser prontamente corrigida. *Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à “correção” pelo processo legislativo ordinário.* Assim, eis a função central, do controle judicial, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: *um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleito pelo povo que eles não pode governar como desejam.* Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia. Seria interessante saber se existe uma alternativa melhor, mas a corrente mais comum do não interpretacionismo, que faz apelo a noções que não podem ser encontradas na Constituição nem, obviamente, nas decisões dos poderes políticos, *parece particularmente vulnerável à pecha de incompatibilidade com a teoria democrática.* Nos EUA, essa acusação tem relevância. Nossa sociedade desde o começo aceitou (e agora aceita quase instintivamente) a noção de que nossa forma de governo deve ser a democracia representativa.

dos trabalhares, afirmando, que, *o mercado é que deveria regular tais questões* e não o *legislador*⁴³.

Interessante aqui que, sob este ângulo e este precedente, a clausula do mandato individual estaria inquinada de inconstitucionalidade. Contudo, como visto, diversos precedentes e a doutrina advogam que a clausula do mandato individual se sustenta constitucionalmente no poder do governo central de regular o comércio interestadual.⁴⁴

A doutrina do liberalismo puro, que, seria o esteio da critica ao mandato individual, teve limite com a depressão ocasionada pela crise de 1929, que gerou, *além da crise econômica, uma crise entre os ramos de poder nos Estados Unidos*, a crise entre o *Poder Executivo e o Poder Judiciário* que anulava as leis que procuravam superar o estado econômico que se encontravam os Estados Unidos na época⁴⁵.

43 “A Suprema Corte, dominada pela doutrina do liberalismo econômico, que predominava no pensamento político-econômico ao final do século XIX, passou a invalidar sistematicamente qualquer legislação de intervenção no domínio econômico, o que atendia aos interesses das corporações comerciais e industriais em franca ascensão.

Essa fase histórica do constitucionalismo norte-americano ficou conhecida como a Era Lochner, devido ao caso Lochner v. New York, de 1905.

Neste, a Corte invalidou lei do Estado de Nova York que fixava jornada máxima de trabalho para os empregadores de padaria, entendendo que o ato normativo interferia desarrazoadamente na liberdade de contrato assegurada entre empregadores e empregadores.

Toda a legislação de intervenção no domínio econômico deveria, no entender da Corte, ser submetida ao crivo do devido processo legal.” Moro, Sérgio. Op. Cit. p.102.

“Apesar do prestígio de Holmes, o posicionamento majoritário foi amplamente adotado em outros casos, gerando julgados como Adkins v. Children’s Hospital, de 1923, no qual foram invalidadas leis que estabeleciam salários mínimos para mulheres e crianças.

44 Wickard v. Filburn, 1942. Gibbons v. Ogden, 1824.

45 “Na década de 1930, a doutrina estabelecida em Lochner gerou a grave crise institucional, pois a corte invalidou medidas centrais do New Deal, do Presidente Franklin Roosevelt. A resposta de Roosevelt, *que chegou a declarar que era hora de salvar a Constituição da Corte*, foi o envio de projeto de lei que *lhe permitisse nomear um juiz adicional em todos os tribunais federais* (sem exceção, incluindo, portanto, a Suprema Corte) em que *magistrados com mais de 70 anos declinassem de pedir aposentadoria*. Tendo a Suprema Corte seis juizes com mais de 70 anos, era patente o desejo de interferir em sua composição.

O senado rejeitou o projeto. Roosevelt não saiu, contudo, derrotado, pois a Corte reviu seu posicionamento em 1937.”

“A mudança de entendimento não refletia apenas a pressão presidencial, mas também a evolução do pensamento jurídico desde a adoção da doutrina Lochner, bem como a crise do liberalismo econômico decorrente da depressão mundial que se seguiu a quebra da bolsa norte-americana em 1929.

Nebbia v. New York, de 1934, proferida muito antes da apresentação do projeto de Roosevelt, e West Coast Hotel Co. v. Parrish, de 1937, na qual a Corte reverteu o entendimento adotado em Adkins, refletem o novo posicionamento da Corte.

Segundo análise de Cass Sustain⁴⁶, o erro da Corte não foi sobrepor-se ao juízo das assembleias democráticas. Essa seria característica própria do judicial review.

O erro teria sido pressupor a existência de ordem natural inerentemente justa e independente da ação estatal. Segundo tal concepção, a distribuição de riqueza existente é tida como algo natural. Qualquer intervenção governamental nessa ordem natural deve ser justificada. Exige-se que o Estado trate de forma imparcial os cidadãos, mesmo o rico e o pobre. Transferências de riqueza entre eles são tidas como desvios da neutralidade exigida do Estado. Tal concepção favorece a inércia governamental, que não precisa justificar-se, uma vez que propicia a manutenção do status quo, em detrimento da ação governamental, algo sempre excepcional. Assim, a ação do Estado em favor de determinado grupo social representaria uma violação do dever de imparcialidade imposto ao Estado, e como tal mereceria censura pela jurisdição constitucional.

Tal constatação de Cass Sustain, trazida a baila por Sergio Moro contribui para o entendimento do debate em torno do *Health Care*, uma vez que os argumentos políticos utilizados, pró e contra a regulação, são muito próximos dos argumentos levantados nos embates jurídico-políticos da década de 30 do século passado. Sergio Moro assim leciona sobre o período:

*O New Deal representou, nos Estados Unidos, a mudança de tal concepção, uma verdadeira revolução constitucional, a partir da qual a intervenção do Estado no domínio econômico passa a ser vista não mais como excepcional, e o respeito a distribuição das riquezas passa a depender das razões que poderiam ser levantadas a seu favor. É a partir do New Deal que a propriedade privada e o mercado, antes vistos como algo natural e agora como produtos da lei, passam a ser submetidos ao controle democrático*⁴⁷

Se a fase conhecida como *Lochner* representou o ativismo judicial na sua versão conservadora, o ativismo judicial na sua versão liberal ficou conhecida como “Corte Warren”, principalmente através de decisões judiciais importante com a decisão que acabou com a segregação racial

46 SUSTEIN, Cass. R. *The Partial Constitution*. 3. ed. p. 45-62.

47 MORO, op. cit. P. 60.

nas escolas e uma importantíssima decisão sobre direitos dos acusados em processo judicial⁴⁸.

Voltando ao debate atual sobre o Health Care, especificamente sobre o problema do ativismo judicial, Obama fez uma crítica velada a possibilidade de derrubada da Lei pela Suprema Corte. Tal possibilidade, como se sabe é real em razão da maioria conservadora da Corte, indicada pelos últimos presidentes republicanos, que, em tese, possuiriam o pensamento da auto restrição, a priori, não invalidando diplomas normativas oriundos dos outros poderes, mormente o parlamento. Contudo, o alto conteúdo político da decisão pode, certamente, interferir no conteúdo da decisão.

5 A DISCUSSÃO POLITICA NO CASO HEALTH CARE

Esse conteúdo político diz respeito, principalmente, a característica de justiça distributiva da lei. Assim, a natureza redistributiva da Lei do Affordable act parece ser uma verdade incontestável. Daí certamente as críticas endereçadas pelos setores mais conservadores da sociedade americana. Esta perspectiva é compartilhada por Steven Rattner, que foi conselheiro do Secretário do Tesouro da Administração Obama⁴⁹.

48 A produção da Suprema Corte norte-americana durante a Corte Warren (1953-1969) é considerada a mais criativa de toda a sua história.

Trata-se de Corte ativista que buscou significativa mudança social, com enfoque na proteção dos direitos fundamentais e no princípio da isonomia, propiciando verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos. Em 1953, Earl Warren foi indicado Presidente da Suprema Corte norte-americana pelo Presidente Eisenhower. Nela atuou até 1969, sendo sucedido por Warren Burger, indicado pelo Presidente Nixon. *Brown v. Board of Education*, de 1954, na qual foi reputada inconstitucional a segregação racial então predominante nas escolas públicas no sul dos Estados Unidos, talvez seja a mais importante decisão da Corte de Warren. Ademais, ilustra a liderança de Warren.

49 RATTNER, STEVEN. Ducking the Crisis in Medicare. In New York Times, op. ed. 13.04.2012. *That's further complicated by the admirably redistributionist nature of the Obama law.* The preponderance of the Affordable Care Act's costs go toward extending insurance coverage to an estimated 30 million Americans making less than \$44,000 per year (or \$89,000 per year for a family of four), about 10 percent of the population.

Meanwhile, a hefty chunk of the new revenues comes from increased taxes on the earnings and other income (like dividends and interest) of affluent individuals, and an excise tax on employers offering so-called Cadillac health plans.

It's fine to ask the wealthiest to pay disproportionately for important social programs. But the top taxpayers, who are already on the hook for around \$260 billion of the law's costs, can't be expected to shoulder the entire \$1 trillion burden that would flow from intellectually honest accounting.

At a time of trillion-dollar deficits, new initiatives must be paid for in reality, not just the world of Washington arithmetic. The effort to curb Medicare costs must continue and accelerate — but all sides need to be more honest by counting these savings just once, not twice.

Em editorial publicado em 28 de março, o *New York Times* bem esquadrinho a questão do último dia de oitiva na Suprema Corte, para o jornal, *estava claro a caráter ideológico das questões colocadas neste último dia*, pois, *elas deveriam ficar a cargo do legislativos federais e ou estaduais*, e não questões de relevância constitucional que pudessem ser decididas por tribunais, na linha do precedente *Caroline*.

Para o articulista, haveria razoabilidade das disposições que obrigam os estados a ampliarem o *medicaid*, posto que, não se trata de um escrutínio estrito a ensejar um controle de *constitucionalidade hard*, conforme lição de Ely, sobre o tema, posto, em ultima análise não envolveria discussão em torno dos direitos individuais, mas, sim, intervenção no domínio econômico e a relação da união com os estados membros da federação⁵⁰.

Para melhor compreensão da posição da Suprema Corte se faz necessário ter presente sua atual composição. Analisando as últimas

50 March 28, 2012 *Activism and the Roberts Court*

The ideological nature of the health care case was obvious on the last day of oral argument. By the time the proceedings were over, much of what the conservative justices said in court seemed like part of a politically driven exercise — especially because the issues addressed on Wednesday were not largely constitutional in nature. In fact, they were the kinds of policy questions that are properly left to Congress and state governments to answer, not the Supreme Court.

On Wednesday morning, the court heard arguments on the issue of “severability” — the question of what should happen with the rest of the 2,700-page statute if the requirement that most Americans obtain health insurance is struck down. The insurance mandate was effectively reduced to a bumper sticker by the opponents in their constitutional challenge, and the entire law reduced to little more than an appendage to the mandate.

“My approach would be to say that if you take the heart out of the statute, the statute’s gone,” Justice Antonin Scalia said, a position held by the law’s opponents, who want to demolish the whole thing. But H. Bartow Farr III, the lawyer appointed by the court to argue for upholding all other parts of the law if the mandate falls, showed how careless and wrong that view is. His presentation compellingly explained what Congress actually passed: a thoughtfully constructed, comprehensive solution to the enormous problems of insufficient insurance coverage and ever-mounting costs of health care.

As Mr. Farr made clear, the fate of the mandate should not determine the survival of the other elements of the law — like prohibiting insurers from denying coverage to people with pre-existing conditions or charging them higher fees — which can operate without the mandate.

Under general principles, courts must avoid nullifying more of a law than is necessary. Justice Anthony Kennedy suggested that it would be more extreme to preserve part of the statute than to strike down the whole thing because that would alter Congress’s intent. He could avoid this problem by upholding the mandate.

The last issue before the court was the law’s expansion of Medicaid, which will be financed mostly by federal funds. The challengers contend the expansion coerces them to cover more poor people and that the penalty for refusing to do so would be a cutoff of federal money.

This is a bizarre view that treats Medicaid, a voluntary federal-state partnership, as an affront to state sovereignty. There is no legitimate constitutional question on this issue. It is disturbing that the conservative justices seriously entertained the opponents’ argument

indicações para a Suprema Corte feita pelos presidentes republicanos, e a últimas composições na Suprema Corte, Ronald Dworkin procura explicar as consequências para a democracia norte-americana de uma guinada na jurisprudência constitucional à direita efetuada por uma Corte conservadora⁵¹. Aduz que a dominação da ala conservadora na Suprema Corte tem causado a superação de antigos precedentes da Corte, uma superação dos precedentes da Corte sem indicar claramente argumentos sólidos para isso⁵². Vaticinando algumas outras mudanças.⁵³

*Sua preocupação com as últimas indicações para da Suprema Corte é evidente.*⁵⁴, apontando os Justices que considera a ala conservadora, e aduzindo que a campanha eleitoral de 2008, vencida por Barack Obama, poderia levantar essas questões das nomeações que chama de

51 “The composition of the United States Supreme Court did not change from 1994, when President Bill Clinton appointed Justice Stephen Breyer, until 2005, when Chief Justice William Rehnquist died. This was the longest period of judicial continuity on the Court since 1823. Of the nine justice who worked together throughout that long period, only two – justices Ruth Ginsburg and Breyer – had been appointed by a Democratic president. But two of the Republican appointees – Justices John Paul Stevens and David Souter – had proved mainly liberal in their attitudes and decisions, and two others – justices Sandra Day O’Connor and Anthony Kennedy – while conservative on many issues, were nevertheless ready to defend important constitutional rights on several occasions. The remaining three Republican appointees – Chief Justice William Rehnquist and Justice Antonin Scalia and a Clarence Thomas – steadfastly defended the most conservative positions possible.

52 “The polarization was matched by revolutionary zeal: the new conservative phalanx overruled an amazing number of past decision in that term, in many cases without admitting that they were doing so, and the legal quality of the arguments they offered in these cases was almost condescendingly poor. Chapter 3 describes the bad arguments on which they relied to overrule the Court’s very recent “partial-birth” abortion decision. Chapter 4 reviews the rest of the term’s revolutionary decision, including reversals in the critical fields of racial integration, campaign financing, and religion.

53 *The court will decide many other crucial cases in the near future, including a case it has already heard (but, as writ this introduction, not yet decided) testing whether Congress and the president together have the constitutional power to prevent the detainees held at Guantánamo Bay from ever questioning in court the legality of their detention.*

54 *“Alito, Roberts, Scalia and Thomas are judges on a mission: to destroy the impressive constitutional structures that a long succession of prior justices built and shaped in the decades following the second World War, and to replace them with cruder principles that burden if not eliminate abortion rights, forbid any use of race-conscious policies to alleviate racial injustice, block any attempt to reduce the power of money in American politics, and allow the executive branch near-dictatorial powers in the so-called “war” against terror. The four justice do not represent the political instincts of most Americans nor do they accept the jurisprudence of most American Constitutional scholars. Nevertheless they are likely to dominate the Supreme Court for a generation. We are in that depressing position because right-wing political movements succeeded in making Supreme Court appointments a matter of cardinal importance to their constituencies while most other voters remained largely indifferent to those appointments. Can we change that imbalance of attention? Bush’s deplorable judicial appointments – no just to the Supreme Court but to the lower federal courts as well – may provide an opportunity for Democrats to make constitutional justice a political issue in the 2008 elections.*

Only if the public takes a greater interest and understands what is at stake can we stop future right-wings presidents from continuing to undermine our great constitutional traditions.

“*deploráveis*” feitas por Bush, tanto para a Suprema Corte, tanto para os *cargos de juízes federais*. Essa mudança de rumo é uma percepção partilhada também por de Sergio Moro:

as sucessivas indicações de juízes conservadores por presidentes republicanos (Nixon, Reagan e Bush) culminaram por afastar a Suprema Corte do caminho iniciado por Warren.

E interessante, porém, notar que a maioria das decisões da Corte não foi revertida, fazendo ainda parte do Direito norte-americano.

Para tanto, contribuiu a permanência na Corte, mesmo após a retirada de Warren, de vários juízes liberais, bem como a popularidade de algumas de suas decisões e a progressiva dissipação da hostilidade contra outras menos populares.

Assim, apesar das indicações de juízes conservadores, destinadas a reversão da jurisprudência da Corte Warren, as conquistas permanecem em vigor. Todavia, tais indicações não propiciaram a extensão de algumas dessas conquistas, nem evolução significativa da linha jurisprudencial daquele corte.

De qualquer forma, está assegurado à Corte Warren, por suas decisões e sua influencia na jurisprudência e na doutrina norte-americanas, e mesmo mundial, um lugar no panteão das grandes cortes constitucionais.

O seu grande mérito foi ter a ousadia necessária para enfrentar os problemas constitucionais norte-americanos de seu tempo.

6 CONCLUSÃO

Por evidente uma declaração de inconstitucionalidade da lei teria efeitos diretos na campanha presidencial de 2012. Em entrevista, o Presidente Barack Obama foi claro no sentido de que *não crer que um grupo de pessoas não eleitas iria derrubar uma lei aprovada por uma maioria dos representantes do povo norte americano*, preferindo achar que a corte iria adotar a *posição de auto restrição*.

Tal declaração de Obama, no curso do debate eleitoral, jogou mais gasolina na fogueira. Um Juiz federal exigiu que Obama se retratasse, isso fez com que o presidente se utilizasse do procurador-geral, numa

carta dirigida a Suprema Corte, praticamente se explicando sobre os pontos do discurso do Presidente.

Embora Obama não tenha dito nada de novo no cenário político-jurídico de uma *democracia constitucional*, como a poder de revisão judicial dos atos dos outros ramos do governo, inaugurado em 1803, por Marshall, no precedente *Marbury v. Madison*, esse poder deve ser utilizado com temperamento, que, traduzido em linguagem constitucional, significa *autocontenção judicial*.

O clima de debate eleitoral fez com que as palavras de Barack Obama fossem entendidas como desafiadoras da supremacia judicial, que os republicanos utilizaram para imprimir o tom de que se Obama não cumpria a decisão da Suprema Corte fosse no sentido de que a lei violava a constituição.

Essa visão da influencia da decisão da Corte no ano eleitoral, aliada a análise, também compartilha em editorial de fevereiro deste ano, no NY Times⁵⁵ sobre a política e a Suprema Corte, podem conduzir, sob as atuais circunstâncias, *uma visão pessimista no tocante a decisão sobre a*

55 Politics and the Supreme Court. NY Times, 4 Feb, 2012.

The Supreme Court underscored its power to shape American life when it took major cases about the health care reform law, Arizona's anti-immigrant law and the Voting Rights Act in an election year. *But this is not simply a case of the court thrusting itself into politics.*

The way these cases developed and made their way to the highest court also illustrates the reverse — how politics shape the court. Each case grows out of a struggle between left and right where politics have pushed the law: between a quest for universal coverage and the defense of big health care providers; between an emphasis on openness and hostility toward immigrants; and between a promise of access to the voting booth made nearly 50 years ago and the unyielding opposition to keeping that promise.

[...]

When Lewis Powell Jr. energized conservatives by writing in 1971 that “the judiciary may be the most important instrument for social, economic and political change,” he was himself an incrementalist and expected others to be.

But the conservative legal battles of our modern times are being waged by the most powerful, often against the weak and oppressed. They began with a carefully planned and successful effort to reshape the courts to be sympathetic to conservative causes. *They are largely aimed at narrowing rights, not expanding them — except where property and guns are concerned.* And beginning with the Reagan administration, conservatives became impatient with the pace of change brought about from within the mainstream. They sought to remake law into a weapon of aggressive action.

The court's health care reform case arose from a decision by Judge Roger Vinson of Federal District Court in Pensacola, Fla., striking down the Affordable Care Act as unconstitutional. It demonstrates the enduring influence of the Reagan administration, which put a premium on picking judges who would carry out its ideology and on countering liberalism with pointed conservatism any way possible.

Besides nominating Judge Vinson and getting him confirmed by a Republican-controlled Senate, the Reagan Justice Department published conservative positions on states' rights and other issues in executive-branch opinions to promote them before courts took them seriously.

Citing conservative scholarship about the narrow meaning of the Constitution's commerce clause, *the Vinson opinion presents the Reagan view of economic liberty* — an idea that was judged faulty by established scholars during the Reagan era but now carries great influence.

The Bush administration revived this practice, which led directly to the Arizona case. *One of its most notorious opinions asserts the power of states “as sovereign entities” to crack down on illegal immigration even if the federal government has not delegated them that power. The author of the Arizona law cited the authority granted in the 2002 memo as a basis for it, and the memo underlies similar efforts in a growing list of other states.*

constitucionalidade do diploma legal que procura aliviar a carga de milhares de cidadãos norte americanos no tocante ao direito a saúde, que não possui *status constitucional*, mas, independente de constar ou não em diploma constitucional, é fundamental, para do desenvolvimento da pessoa.

Assim, nosso entendimento é de que a lei conhecida como Obamacare, não viola a Constituição e implementa uma reforma necessária para que um maior número de cidadãos tenha acesso a um direito básico, a saúde. Pois, o direito a saúde, juntamente com o direito a vida, é pressuposto para todos os outros. Direito que, felizmente, entre nós é expressamente consignado na Carta Política de 1988⁵⁶, o que não significa menos luta para implementá-lo, *mas não significa que estejamos ainda discutindo se uma geração pode e deve contribuir com outra num importante momento de suas vida*. A isso, se chama Justiça. Distributiva que seja. A virtude soberana, novamente, nas palavras de Dworkin⁵⁷.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DWORKIN, Ronald. *The Supreme Court Phalanx. The court's new right-wing bloc*. New York: NY Review of Books, 2008.

Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality. Harvard University Press.

Why the Mandate Is Constitutional: The Real Argument. New Yorker books Review.

The Reagan administration expressed its antipathy to the Voting Rights Act in politics and law — in its effort to persuade Congress not to strengthen the act in 1982, for example, though Congress did, and in a 1985 Supreme Court *test of the extension of the act that was passed*.

The case has defined the sides in many battles since about control of American democracy — between Democrats' interest in protecting minority voters and their representation and Republicans' insistence that the law is being misused to create racial quotas in government.

In 2009, the Supreme Court ducked ruling on the constitutionality of the Voting Rights Act in an opinion by Chief Justice John Roberts Jr. that nonetheless laid out arguments for its unconstitutionality. The opinion is widely read as a warning that the law is vulnerable to being struck down by the conservative court.

The political influences on these major cases are important by themselves, but also as a reminder that the makeup of the court for the next generation, and thus the law's direction, are likely to be determined by the 2012 election

56 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

57 DWORKIN, R. Sovereign Virtue: *The Theory and Practice of Equality*. Harvard University Press.

ELY, Hart John. *Democracia e Desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FINE, Toni. *Introdução ao sistema Jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

JOYCE, Philip G. *The Congressional Budget Office. Honest Numbers, Power, and Policymaking*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2011.

LANDER, Mark. President Confident Health Law Will Stand. New York Times, April 2, 2012.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

NY Times, 28 de abril, 2012. Opinion.

RAWLS, John. *The Law of Peoples*. With “the idea of public reason revisited”. Cambridge: Harvard University press, 2001, p. 132.

SHAW, Greg. *The Healthcare Debate - Historical Guides to Controversial Issues in merica*.

TANER, D. Michael. *Bad Medicine. A guide to real costs and consequences of the new health care law*. Disponível em: <<http://www.cato.org.br>>.

