

A lamentável fragilidade dos dissensos nos casos *Obama Care I e II*

A Suprema Corte decidiu no caso *Obama Care I* (*National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 576 U.S.), pela escassa margem de cinco votos contra quatro, pela constitucionalidade, quase que total, do *Affordable Care Act* do presidente Obama. Juristas como o saudoso Dworkin comemoraram a decisão: “os Estados Unidos finalmente satisfizeram um requisito fundamental de decência política que toda e qualquer democracia madura já encontrou há muito tempo, e que uma sequência de presidentes democratas, desde Franklin D. Roosevelt até Bill Clinton, tentaram e falharam em assegurar para nós. Finalmente temos um regime de provisões nacionais para assistência médica [*health care*] destinado a proteger todo o cidadão que deseje ser protegido”.^[1]

Tradicionalmente, os americanos utilizam o seguro-saúde privado para custear os tratamentos médicos, circunstância esta que não foi alterada pelo *Obamacare*. Essa concepção de seguridade social, como referido por Dworkin, tem sido a lógica de democracias sociais da Europa e do Canadá, e a tributação tem sido o meio tradicional — quicá o único efetivo — de agregar tais riscos. A seguridade tem sido a lógica, nos Estados Unidos, de todos os grandes programas de bem-estar [*welfare*]: seguridade social, *Medicare*, *Medicaid*, socorro federal para desastres, entre muitos outros. O *Affordable Care Act* é diferente, mas apenas na superfície. Ele usa seguros privados, em vez de públicos, e evita o rótulo de imposto.^[2]

Debateram-se no *leading case* dois pontos fulcrais: o *individual mandate*, que impõe o pagamento de multas para aqueles que não contratarem seguro-saúde, público e privado, e a constitucionalidade da cláusula de comércio.

Entre os votos vencidos chama atenção o voto do *Justice* Clarence Thomas rejeitando a Cláusula do Comércio que, na prática, poderia levar a uma completa desregulamentação da atividade econômica no país. Como bem apontado por Dworkin, “teria sido uma catástrofe se o voto de Thomas tivesse prevalecido: teríamos sido enviados de volta ao modelo de economia não regulada da Era pré *New Deal*”.^[3]

A impugnação à Cláusula de Comércio foi acompanhada pelos *Justices* dissidentes Kennedy, Scalia, Thomas e Alito que assinalaram: “se o Congresso pode alcançar e comandar mesmo aqueles que estão afastados de um comércio interestatal a participar no mercado, a cláusula de comércio se tornou uma fonte de poder ilimitado, ou nas palavras de Alexander Hamilton, o monstro horrível cujas mandíbulas devoradoras não poupa nem sexo ou idade, nem altos ou baixos, nem sacro ou profano”.^[4] É de se notar que os *Justices* vencidos manifestaram-se contra a ampliação do *Medicaid*, e o repasse de recursos federais para os Estados, no caso de não aceitarem a ampliação do *Medicaid*, conforme reconhecido no voto vencedor do *Chief Justice* Roberts. Para Dworkin, se a posição dos *Justices* vencidos tivesse prevalecido, o Ato teria sido esvaziado^[5] e a saúde dos americanos estaria a descoberto, contrariando a principal proposta de campanha do presidente Obama.

Embora o *Chief Justice* Roberts tenha afastado a Cláusula de Comércio interestatal, reconheceu o Ato como válido exercício do poder do Congresso de impor tributos e argumentou que a única sanção que o Ato estabelece para aqueles que se recusam a comprar seguros é um ônus imposto nas declarações de



imposto de renda. Para o *Chief Justice Roberts*, a ordem de compra do seguro que emanou do *Affordable Care Act* opera como tributo sendo, por isso, constitucional.^[6]

Em suma, a opinião central do *Chief Justice Roberts*, bem apanhada por Tushnet, foi a de que o Congresso não tinha poderes para exigir que as pessoas comprassem o seguro-saúde. Mas também sustentou que o Congresso poderia impor tributos sobre as pessoas que não comprassem o seguro-saúde e isto seria suficiente para fazer o *Affordable Care Act* [*Obama Care*] uma lei^[7] de acordo com a Constituição.

Na prática, os americanos, em sua maioria, salvo os que estão abaixo da linha de pobreza, se não adquirirem planos de seguro-saúde, terão de pagar multas. Para quem se recusar a adquirir cobertura médica, a multa mínima é de US\$ 285 por família, ou 1% da renda familiar, o que for maior, a partir de 2014. Em 2016, a multa deverá chegar a US\$2.085 por família, ou 2,5%, da renda familiar, o que for maior.

É quase certo que se o *Obamacare I* tivesse sido julgado inconstitucional ou esvaziado pela Suprema Corte, o presidente Obama não teria sido reeleito e um candidato republicano estaria hoje na Presidência dos Estados Unidos. Quanto à eficiência e os custos do *Obamacare*, somente os anos poderão conferir resposta segura, seja positiva ou negativa, mas, à primeira vista, estima-se que, na hipótese em tela, não haverá legado consistente, em termos de fundamentação jurídica, da minoria vencida, eis que insiste em descumar os mais mezinhos direitos fundamentais.

No caso *Lochner v. New York*, por exemplo, é de se perceber que a Suprema Corte vivia sobre a influência social e política do *laissez-passer* e *laissez-faire*, em quadro de liberalismo econômico agudo, levando a graus máximos o respeito aos contratos e à propriedade privada. Preponderava a desregulamentação, quadro que foi modificado pela Corte na Era do *New Deal*. Nos anos 1980, na Era Reagan, os Estados Unidos voltaram a dar maior preferência às regras de mercado livre e à diminuição da intervenção estatal na economia, com resultados sabidamente ruinosos. Como quer que seja, a cláusula do comércio, impugnada pelo *Justice Clarence Thomas*, por permitir a regulação por parte do Estado, pode não ser aceita hoje em maior extensão, mas não é inimaginável que seja aceita no futuro, se a doutrina liberal retornar com força total a ponto de provocar sistólica desregulamentação de determinados setores da economia e, no caso, do plano de seguro-saúde colocado à disposição do povo americano.

Compreensivelmente, o sistema de saúde do povo americano é motivo das principais críticas da população que observam países como Canadá, Inglaterra e, em especial, países nórdicos, aproximarem-se de um nível de excelência em políticas de saúde pública, educação e previdência. Tivesse prevalecido a posição minoritária, certamente esta tentativa de levar ao povo americano um patamar superior de saúde estaria sepultada. Naturalmente, a eficiência do *Affordable Care Act*, e a sua aceitação ou rejeição pela sociedade, serão avaliadas com o passar dos anos, porém os votos vencidos muito provavelmente servirão, nesse caso, como provas eloquentes de posições negativas que padeceram do conhecido viés da confirmação,^[8] ou seja, viram apenas o que queriam ver para confirmar as suas crenças de partida. Assim, ao que tudo indica, entrarão para a história como votos de quatro republicanos conservadores que se opuseram às políticas públicas necessárias para aperfeiçoar os índices do desenvolvimento humano. Aqui, o legado dos votos vencidos, se houver, tende a ser negativo.

O caso *Obama Care II (King v. Burwell)*, por sua vez, foi decidido na última semana, no sentido da constitucionalidade da lei, por 6 x 3. Os votos vencedores foram dos *Justices* Sotomayor, Ginsburg, Kagan, Breyer, Kennedy e do Chief Justice Roberts e com votos vencidos dos *Justices* Scalia, Alito e Thomas. A nova decisão garante subsídios públicos, nos exatos termos do *Affordable Care Act*, para que as pessoas mais carentes também gozem do seguro-saúde (mais de 6 milhões de americanos), o que permite que o mesmo continue acessível mediante repasse aos Estados e cumprindo a sua função de tutela da saúde pública nos próximos anos. A Corte deixou de aplicar o *Chevron Principle*, que emana do caso *Chevron v. Natural Resources Defense Council* (como bem lembrado por Cass Sunstein, em *The Catch the Obama Care Opinion*^[9]), no sentido de que legislações ambíguas e que não são claras devem ser regulamentadas pelas agências federais, no caso debatido, pela *International Revenue Service*. Tivesse sido aplicado o *Chevron Principle*, futuro governo republicano poderia esvaziar o *Obama Care* através de regulação por agência federal. A Corte assumiu a postura de reconhecer a constitucionalidade do *Affordable Care Act* e que este é claro ao autorizar o custeio, com recursos públicos, para aqueles que não possuem condições de contratar o seguro.

A posição majoritária se resume no voto escrito pelo *Chief Justice* Roberts: “A justa leitura da legislação demanda um justo entendimento do plano legislativo. O Congresso aprovou o *Affordable Care Act* para melhorar os mercados do seguro-saúde, não para destruir eles”.^[10] E avança na motivação: “...Na democracia, o poder para fazer as leis repousa com aqueles escolhidos pelo povo. Nosso papel é mais limitado — para dizer o que a lei é”.^[11] Menciona, de modo apropriado, passagem do emblemático *leading case* *Marbury v. Madison (1803)*: “... em todo o caso nós devemos respeitar o papel da legislatura, e tomar cuidado para não desfazer o que ela fez.”^[12] De fato, a bandeira do presidente Obama no sentido da melhoria da saúde pública americana foi aprovada pelo Congresso, em forma de lei, que exprime a vontade do povo, não cabendo ao Poder Judiciário, motivado por um viés conservador, anulá-lo. O dissenso externado pelo *Justice* Scalia chamando a interpretação da maioria de *jiggery-pokery* — manipuladora ou jogada manhosa — recebeu severas críticas da sociedade, como em artigos do Prêmio Nobel, Paul Krugman, ao comentar elogiosamente a decisão, no sentido de que “o *Obama Care* superou a sabotagem”^[13] e de Linda Greenhouse, para quem “a ideologia perdeu a batalha jurídica sobre o *Obama Care*”.^[14]

Não existe dúvida que dentro da espiral da crescente desigualdade social e econômica que afeta os Estados Unidos — estampada em *The Great Divide: Unequal Societies and What We Can Do About Them*^[15], recém lançada obra do também Prêmio Nobel Joseph Stiglitz — o Congresso em boa hora aprovou legislação protetiva da saúde pública, sem violar a Constituição de 1787, para bem atender à população americana, em especial os mais pobres.

O princípio da independência dos poderes foi preservado na decisão da Suprema Corte e o *Affordable Care Act* foi reconhecido como constitucional, a despeito dos votos dissidentes que, a exemplo do caso *Obama Care I*, dificilmente serão aceitos pelo *Tribunal da História* ou poderão ser utilizados, como argumentos plausíveis, para a reversão de ambas as decisões da Suprema Corte no futuro.

^[1] DWORKIN, Ronald. A Victory Bigger than We Knew. In: *The New York Review of Books*, v. 59,

n. 13 [2012].

[2] Tradução publicada em *Interesse Público*, v. 76, 2012. Originalmente publicado como: A Victory Bigger than We Knew. In: *The New York Review of Books*, v. 59, n. 13 [2012]. Traduzido para o português por Anderson Vichinkeski Teixeira.

[3] DWORKIN, Ronald. A Victory Bigger than We Knew. In: *The New York Review of Books*, v. 59, n. 13 [2012].

[4] Tradução publicada em *Interesse Público*, v. 76, 2012. Originalmente publicado como: A Victory Bigger than We Knew. In: *The New York Review of Books*, v. 59, n. 13 [2012]. Traduzido para o português por Anderson Vichinkeski Teixeira.

[5] DWORKIN, Ronald. A Victory Bigger than We Knew. In: *The New York Review of Books*, v. 59, n. 13 [2012].

[6] DWORKIN, Ronald. A Victory Bigger than We Knew. In: *The New York Review of Books*, v. 59, n. 13 [2012].

[7] De fato, para Tushnet “As correctly reported, the central opinion, written by John Roberts, said that Congress didn’t have the power to require people to buy health care insurance. But it also said that Congress could impose a tax on people who didn’t buy health care insurance, and that was enough to make the Affordable Care Act the law of the land” (TUSHNET, Mark. *In the balance. Law and Politics on the Roberts Court*. New York: W.W. Norton & Company, 2013, p. 1).

[8] Vide, sobre viés de confirmação, NICKERSON, Raymond in “*Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon*” in *Many Guises, Review of General Psychology* (Educational Publishing Foundation) v. 2, n. 2, p. 175-220, 1998.

[9] Ver em SUNSTEIN, Cass. *The Catch the Obama Care Opinion*. <http://www.bloombergview.com/articles/2015-06-25/the-catch-in-the-obamacare-opinion>. Acesso: 28 de junho de 2015.

[10] Segundo a opinião da maioria da Suprema Corte, de lavra do *Chief Justice* Roberts, estampada na capa do New York Times da última sexta-feira: “A fair reading of legislation demand a fair understanding of the legislative plan. Congress passed the Affordable Care Act to improve health insurance markets, not to destroy them”. [6-3- Ruling Upholds U.S. Subsidies- Scalia Scathing in Dissent *The New York Times*. A1. 26/06/2015]



[11] De acordo com o Chief Justice Roberts: “In democracy, the power to make the law resta with those chosen by the people. Our role is more confined- to say what law is.”[Wisdom From the Supreme Court. *The New York Times*. A26. 26/06/2015]

[12] Na opinião da maioria consta a referida passagem de Marbury v. Madison: “In every case we must respect the role of the Legislature, and take care not to indo what it has done”. [Wisdom From the Supreme Court. *The New York Times*. A26. 26/06/2015]

[13] Ver, KRUGMAN, Paul. Hooray For The A.C.A. *The New York Times*. A27. 26/06/2015.

[14] Ver, GREENHOUSE, Linda. The Roberts Court’s Reality Check. *The New York Times*. A27. 26/06/2015.

[15] Sobre a crescente desigualdade econômica e social nos Estados Unidos ver STIGLITZ, Joseph E. *The Great Divide: Unequal Societies and What We Can do About Them*. New York: W.W. Norton & Company, 2015.