Inteligência do Artigo 199, § 3º, da C.f. — Hipóteses em que o Capital Estrangeiro pode ser Admitido na Assistência à Saúde — Parecer.

CONSULTA

Formula-me, a Frente Parlamentar da Saúde, consulta objetivando obter a correta interpretação do § 3º do artigo 199 da lei suprema, a partir da breve exegese que ofertei nos “Comentários à Constituição do Brasil — volume 8 — p. 179/181, 2ª. ed., Ed. Saraiva”, para servir de base a projeto de lei que permita às empresas estrangeiras prestadoras de serviços de alta complexidade na área da saúde, atuar no Brasil.

RESPOSTA

Antes de passar a responder à questão formulada, mister faz-se análise da técnica hermenêutica utilizada para exame de princípios e normas constitucionais, que difere daquele exame pertinente à legislação infraconstitucional.

É de se lembrar que a norma constitucional não tem senão na intenção do constituinte sua matriz primeira, ao contrário da legislação complementar ou ordinária, que deve ser compatível com o sistema conformado pela lei maior¹.

1 Na apresentação de nossos comentários à Constituição, Celso Bastos e eu escrevemos: “Conscientes de que a realidade fenomênica constitucional difere, nas técnicas exegéticas, das demais realidades dela decorrentes, entendemos necessária uma amplitude maior em seu exame, uma vez que sua conformação jurídica surge pela apreensão de todos os elementos sociais que pertinem às demais ciências relacionadas ao homem vivendo em sociedade, sendo, pois, o perfil técnico o último estágio desta interação de realidades não jurídicas e o primeiro estágio de toda a realidade mandamental que dela decorrerá.

Não se pode estudar o direito constitucional sem que se estude filosofia, política, economia, sociologia, história, geografia, estudos antecipatórios, psicologia e outras ciências correlatas, visto que todas elas esculpem seu desenho final no texto que ordenará a vida de determinado povo, com território e poder soberano para conduzi-lo” (Comentários à Constituição do Brasil, 1º volume, Ed. Saraiva, 2ª ed., 2001, p. VIII).

O princípio, portanto, de que a “lei é mais inteligente que o legislador”, pois deve ser analisada à luz da ordem jurídica dominante e não apenas pelo prisma da intenção do seu elaborador, não é de todo aplicável à norma constitucional. Em relação a esta, no mais das vezes, “o constituinte é mais inteligente que a Constituição”, visto que, à falta de um antecedente legislativo, a vontade popular, representada pelo legislador supremo, nesta intenção está respeitada. Para a legislação infraconstitucional, o antecedente imediato é a Constituição. Para a Constituição, à falta de lei anterior, o antecedente imediato é a vontade do constituinte.

Não sem razão, CARLOS MAXIMILIANO lembra que a interpretação da lei suprema exige técnica diversa e instrumental de trabalho mais abrangente, por parte do exegeta, escrevendo que:

“O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermenêuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais freqüente, modificações e reto-

ques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas relativas à idéia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais. Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas assegurados do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, afim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional”¹

Não há, pois, como desconhecer a motivação, a intenção do contribuinte, no plasmar, dar perfil, conformar a norma primeira, que, a meu ver, não é como Kelsen analisava uma “Norma fundamental” não escrita e anterior, mas pura e simplesmente a vontade do povo traduzida na intenção do constituinte²

Um segundo aspecto é relevante para exa-

1 Hermenêutica e aplicação do direito, Forense, 1979, p. 304.

2 HANS Kelsen esclarece: “*La dottrina pura del diritto si vale di questa norma fondamentale come di un fondamento ipotetico. Se si parte dal presupposto che tale norma sia valida, e valido anche l'ordinamento giuridico che si fonda su di essa. La norma fondamentale attribuisce all'atto del primo legislatore e di qui a tutti gli atti dell'ordinamento giuridico che opoggiano su di questo, il significato del dover assere, quello specifico significato per il quale nella proposizione giuridica la condizione e legata alla conseguenza del diritto; e la proposizione giuridica e la forma tipica in cui deve necessariamente presentarsi tutto il materiale del diritto positivo. Nella norma fondamentale, in ultima istanza, trova la sua base il significato normativo di tutti i fatti che costituiscono l'ordinamento giuridico. Soltanto in base al presupposto della norma fondamentale il materiale empirico che si presenta alla determinazione giuridica può essere inteso come diritto, cioè come sistema di norme giuridiche. Secondo la natura di questo materiale, cioè secondo gli atti che debbono essere determinati come atti giuridici, si regola anche il contenuto particolare di quella norma fondamentale che sta alla base di un determinato ordinamento giuridico. Essa è soltanto l'espressione del presupposto necessario per comprendere positivamente il materiale giuridico. Essa non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo. Con la formulazione della norma fondamentale la dottrina pura del diritto non vuole assolutamente inaugurare un nuovo metodo scientifico della giurisprudenza.*”

me de qualquer princípio ou norma constitucional. É aquele que diz respeito ao condicionamento de sua eficácia à produção de legislação inferior. Tal matéria vem sendo objeto de intensa discussão entre doutrinadores, hoje prevalecendo a tese de que cabe ao legislador infraconstitucional apenas extrair o perfil da Constituição para explicitá-la, não tendo poder de criar hipóteses que já não estejam implicitamente previstas ou modificar os próprios princípios constitucionais.

Quando o legislador supremo declara que aquele princípio ou aquela norma serão aplicados “nos termos da lei”, não está delegando ao legislador ordinário o direito de criar como deseje as hipóteses de aplicação, mas, apenas, o de explicitar o que implicitamente contido está na Constituição. Em outras palavras, não é o constituinte que fica subordinado ao legislador ordinário que, se assim fosse, poderia alterar quantas vezes desejasse a própria Constituição. É o legislador ordinário que subordinado fica ao constituinte, não podendo senão reproduzir a formulação constitucional, tornando-a exequível.

O Ministro MOREIRA ALVES, em duas palestras proferidas no Centro de Extensão Universitária, deixa claro que a lei é que deve estar conforme a Constituição, e não esta conforme a lei, mesmo nos casos em que o texto supremo outorgue ao legislador ordinário ou complementador o poder de conformar sua aplicação.

Disse, comentando Acórdão acerca de execução de dispositivo constitucional veiculador de imunidade tributária:

“Mas o Min. Soares Muñoz não decidiu

*isso. Ele não estava tratando, aqui, de saber se era lei complementar ou não era lei complementar. Tanto que ele disse o seguinte: “Esse decreto-lei anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado. Porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; uma restrição que não está no texto constitucional”. Isso significava dizer o que? Dizer: “Nem lei complementar, nem lei nenhuma, pode impor uma restrição a uma imunidade que decorre da Constituição” (grifos meus)*¹.

E acrescentou, em outro Simpósio, o seguinte:

“E isto os Srs. observam, inclusive, com um desses problemas que se apresentam hoje nessas quatro questões. Que é justamente aquele problema relativo à definição de certos conceitos de que se utiliza a Constituição, mesmo no terreno tributário. Assim, o questionamento sobre o conteúdo do conceito de renda e, conseqüentemente, sobre seu alcance, é um problema de natureza eminentemente constitucional. E é assim porque isso não pode ser deixado ao intérprete, quer seja o legislador ordinário, quer seja o complementar.

*Não se interpreta a Constituição pela lei mas a lei é que interpretada em face da Constituição. Esse problema voltou à tona no STF, agora, nesse caso que agitou e quase comoveu as massas no Brasil, que foi o caso do FGTS” (grifos meus)*²

Um terceiro aspecto preambular é necessário considerar. Não poucas vezes, o constituinte utilizou-se da expressão “nos termos

Essa vuol dare soltanto la coscienza di ciò che tutti i giuristi fanno per 10 più inconscientemente quando, nel compendere illoro oggetto, rifiutano un diritto naturale dal quale potrebbe essere dedotta la validità dell'ordinamento giuridico positivo, ma intendono perà questo diritto positivo come ordinamento valido, non già come realtà psicologica, ma come norma. Con la teoria della norma fondamentale, la dottrina pura del diritto tenta di rilevare, attraverso all'analisi dei procedimenti effettivi, le condizioni logico-transcendentali del metodo, sinora usato, della conoscenza giuridica positiva” (Lineamenti di dottrina pura del diritto, Piccola Biblioteca Einaudi, pp. 98-99).

1 *Pesquisas Tributárias, Nova Série 5*, Processo Administrativo Tributário, co-ed. Centro de Extensão Universitária e Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

2 *Pesquisas Tributárias n. 7*, Tributação na Internet, co-ed. Centro de Extensão Universitária e Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 19.

da lei”, mas algumas vezes, como no § 3º do artigo 199, colocou “salvo nos casos previstos em lei”, quase sempre vinculando tal exceção a uma proibição.

Na primeira hipótese, cuida-se de norma constitucional de eficácia retida — por ser minha visão sobre a eficácia de normas constitucionais diversa daquela sustentada por José Afonso da Silva, autor que melhor formulou teoria tripartida sobre a mesma, não utilizarei a expressão “contida”, mas “retida” —, ou seja, a norma constitucional depende da lei para ganhar eficácia, não se confundindo com a eficácia das normas programáticas, cuja aplicação, eventual e futura, depende da configuração de situação político-institucional capaz de torná-la exeqüível¹

As normas de eficácia são normas, cuja eficácia plena depende da instrumentalização legislativa, cuja falta constitui o único obstáculo para sua plenitude, pois a configuração político-institucional já existe para sua promul-

gação. E poderão ser normas constitucionais de eficácia retida, positivas ou negativas.

A norma constitucional de eficácia retida positiva é aquela em que todas as condições de sua aplicabilidade já existem, mas sua eficácia depende, apenas, da lei conformadora. Exemplo típico é o do § 3º do artigo 192, assim redigido:

“§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”,

que depende, ainda, de lei complementar, nos termos da ADIN 4/88, estando com sua eficácia — no meu entendimento — retida até a produção normativa. Sua interpretação é, comumente, de espectro abrangente. É ampla, sem restrições.²

1 JOSÉ AFONSO DA SILVA escreve: “§ 5º Normas constitucionais de eficácia contida e proteção das situações subjetivas.

14. Essas normas tutelam valores de alta relevância para os indivíduos. Traduzem elas uma limitação ao poder público em suas relações com os governados. Consubstanciam, como vimos, quase todas, os direitos fundamentais e democráticos do homem e as garantias a esses direitos.

15. Os interesses aí protegidos constituem valores-meios do direito: segurança jurídica, ordem, certeza. A segurança de poder ir vir sem ser molestado arbitrariamente. A certeza de que nosso lar não pode ser invadido, a não ser em casos especialíssimos autorizados pela própria Constituição. A segurança e a certeza de que seremos igualmente protegidos ou punidos pela lei, sem distinção de raça, cor ou situação social. A certeza de que, ferido um nosso direito, obteremos o pronunciamento jurisdicional a respeito etc.

Porque tais interesses se revelam como valores importantes para a ordem social, as normas constitucionais oferecem instrumentos diretos à sua proteção: “habeas corpus”, mandado de segurança, direito de petição etc.” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, São Paulo, p. 156).

2 Na referida ADIN, consta de sua ementa o seguinte: “Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no “caput”, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seus § 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram concebidos. *Só o tratamento global do sistema financeiro nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do “caput” dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.*

Em conseqüência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e o segundo determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional.

Nas normas constitucionais negativas, que são de eficácia “plena”, quanto à proibição, e “retida”, quanto às exceções dependentes de lei, a interpretação é sempre restritiva, vale dizer, a delegação constitucional ao legislador ordinário para explicitá-la não pode ser feita com a amplitude que as normas constitucionais positivas possuem. Nas normas constitucionais positivas — comando para fazer — a regulação infraconstitucional é plena, nos limites da explicitação. Nas normas constitucionais negativas — proibições de conduta —, a regulação excepcional é limitada às hipóteses possíveis, nos limites sempre de explicitação.

Desta forma, nas normas constitucionais positivas, a eficácia retida pode ser exercida sem limites — a não ser impostos pelos espaços permitidos pelo comando supremo —, enquanto, nas normas constitucionais negativas, tal exercício apenas é possível a partir do aparecimento de hipóteses, a serem reguladas por lei, que implicitamente estiverem contidas na norma maior. Regra geral é a explicitação infraconstitucional das normas constitucionais positivas. Regra de exceção é a explicitação das normas constitucionais negativas¹

Colocadas tais premissas, passo a responder à única questão colocada pelos ilustres parlamentares consulentes.

Comentei, como disse no início, o § 3º do artigo 199 da C.F. da forma seguinte:

“ARGIGOS 1999 § 3º

“É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei”.

O § 3º exterioriza a mesma linha de preconceitos ideológicos do § 2º e de nacionalismo próprio de país subdesenvolvido. Lembra o “slogan” que os comunistas lançaram, na companhia de LEDO FIÚZA para a presidência da República, em 1946, e que se tornou centro das atenções das esquerdas, a partir de então, que dizia “o petróleo é nosso”. Os constituintes estabeleceram idêntico princípio. Pelo § 3º do artigo 199, a “Saúde é nossa”, devendo libertar-se da “maléfica influência” do capital externo nesta área.

Como o dispositivo fala em participação direta ou indireta do capital estrangeiro, a norma não pode deixar de produzir certa perplexidade pois é de se lembrar que a grande maioria dos medicamentos é estrangeira. Ora, cada vez que um hospital estatal adquire um medicamento estrangeiro ou fabricado por laboratório nacional controlado por empresa estrangeira, está havendo uma participação indireta do capital estrangeiro na assistência à saúde do país, o que é evidentemente, desejável para que a população receba terapêutica ou seja protegida de moléstias com o que há de mais moderno na ciência médica e nos medicamentos desenvolvidos fora do país.

O que aconteceria com os doentes da “Aids”, se não pudessem ter acesso aos coquetéis de drogas desenvolvidas fora do país, se a “ignorância xenofóbica” dos constituintes fosse respeitada? Ao adquirir tais medicamentos o governo automaticamente está permitindo a participação indireta de capitais estrangeiros na assistência à saúde. E que falar dos medicamentos para a cura do câncer?

É bem verdade que o constituinte abriu uma

Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos” (grifos meus) (*Cadernos de Direito Tributário e finanças Públicas*, ano 3, n. 12, Jul/Set. 1995, pp. 243-244).

1 PINTO FERREIRA tem classificação própria sobre a eficácia das normas, que assim explica: “Considerando, porém, que há normas constitucionais não-emendáveis e com força paralisante total sobre as normas que lhes conflitam, como por exemplo, a forma republicana de governo e o federalismo de equilíbrio na Constituição norte-americana de 1787, ao lado de normas emendáveis de eficácia plena, propomos a seguinte classificação: a) normas constitucionais de eficácia absoluta, não emendáveis; h) normas constitucionais de eficácia plena, constitucionalmente emendáveis; c) normas constitucionais de eficácia contida; d) normas constitucionais de eficácia limitada (como as programáticas)” (*Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 5º ed. 1991, p. 29).

exceção, ao determinar que nos “casos previstos em lei” tal participação é possível.

A própria redação é infeliz. Ao dizer “salvo nos casos previstos em lei” admite uma “exceção restritiva”, visto que, para cada caso admitido, deveria haver uma lei especial, o que tornaria extremamente burocrática a instrumentalização das ressalvas, em casos em que a participação fosse admitida.

O certo é que a insensatez do dispositivo tem sido contornada pelo bom senso dos governos que têm ofertado interpretação elástica ao dispositivo, assim como considerando desnecessária a produção de norma para cada caso, sobre admitir que as regras gerais do direito econômico, explícita e implicitamente, permitam tal participação, principalmente no que concerne à aquisição de medicamentos.

Nada obstante a flexibilização das exceções, não se pode deixar de lamentar o princípio estabelecido pelo constituinte, que representa lamentável retorno a uma ultrapassada visão¹

Nada obstante as observações que fiz ao dispositivo — de resto, na linha de algumas críticas de editoriais de grandes jornais — o certo é que a intenção do constituinte pode ser entendida como de dupla natureza, a saber:

a) não permitir que o capital estrangeiro

explorasse a saúde no país, com intuítos exclusivamente lucrativos;

b) não proibir sua presença no país, sempre que sua colaboração fosse no interesse da nação²

Com os dois parâmetros, claramente sinalizou, o constituinte, o domínio do Estado e do capital nacional na exploração do setor de saúde no país, mas admitiu a presença de capitais estrangeiros sempre que sua colaboração — principalmente nos serviços de alta complexidade — acrescentasse melhoras tecnológicas, formas de atendimento mais moderno aos pacientes brasileiros, devendo o legislador ordinário detectar tais hipóteses e produzir a legislação pertinente.

Não houvesse a exceção e o Brasil poderia estar alijado das mais modernas tecnológicas para atendimento à saúde, sempre que não conseguisse que o Estado ou grupos privados nacionais tivessem acesso ao avanço científico, reduzindo a qualidade deste serviço essencial ao povo³

Ora, exatamente para evitar que tal ocorresse é que houve por bem, o constituinte, abrir a exceção no final do discurso legislativo superior, objetivando garantir e permitir:

1 *Comentários à Constituição do Brasil*, 8º volume, 2ª ed. atualizada, Ed. Saraiva, 2000, pp. 179-181.

2 Lê-se no “O Estado de São Paulo”, em editorial de 9.3.1995; “A solução intermediária a que se estaria chegando impedir a entrada de empresas para construir e administrar hospitais, mas consentir no ingresso de empresas de seguro-saúde — é um paliativo que apenas serve ou aos nacionalistas ou aos interesses que temem ser contrariados. Que diferença há em que as comunidades portuguesa, israelita e sírio-libanesa tenham construído hospitais gerais de porte, ou que a comunidade síria tenha construído, pioneiramente, o Hospital do Coração, e uma empresa estrangeira faça o mesmo? A soberania foi ou será ameaçada? Ou o SUS correu risco de desaparecer com a concorrência dos hospitais gerais ou especiais a que nos referimos? O Presidente FERNANDO HENRIQUE Cardoso deve estar atento às pressões que se exercem para manter o “statu quo” no sistema hospitalar. Elas militam contra pobres, remediados e ricos”.

3 O Senador JÚLIO CAMPOS em 27.7.1995 esboçou: “Igualmente, não resiste à menor análise o argumento de que os hospitais públicos ou conveniados com o SUS deixariam de existir pela concorrência externa. Afinal, sua clientela é a população pobre, que a eles continuaria recorrendo. Da mesma maneira, não se pode afirmar com segurança que, eliminada a reserva e aberto o mercado, milhões de dólares seriam investidos na construção de hospitais sofisticados voltados para o atendimento da minoria abastada dos brasileiros — aliás, se isso ocorresse, também não representaria qualquer prejuízo para a nação.

Na verdade, nada permite dizer que o dinheiro estrangeiro a ser aplicado em hospitais destinar-se-á a estabelecimentos de grande porte e de tecnologia de ponta. É bem possível que estudos de viabilidade econômica recomendem a criação de hospitais de médio porte, com tecnologia adequada, em regiões hoje desprovidas de casas de saúde” (Folha de São Paulo, Opinião).

a) exploração da área da saúde por capitais nacionais;

b) exploração, por capitais estrangeiros, de áreas em que o capital nacional ou a tecnologia do país sejam insuficientes. E, neste caso, dever-se-á fazer por lei.

Na linha político-constitucional de valorização dos interesses nacionais e do controle do sistema por empreendedores nacionais, sempre que o Estado não der total cobertura para prestação de um bom e moderno serviço de saúde, e os interesses privados nacionais sejam insuficientes — esta foi a “intenção constitucionista” — é possível atuação de empresas internacionais. Basta que a lei detecte tais áreas de insuficiência tecnológica ou de capitais para adequado atendimento ao público, a atuação do capital estrangeiro é permitida para que a saúde nacional não seja de forma alguma prejudicada, por falta de recursos financeiros ou de técnicas para atender aos anseios nacionais.

A exceção, sabiamente aberta pelo constituinte, permitiu que, na filosofia de preservação do controle nacional e de utilização de recursos nacionais, não viesse a ser prejudicado o atendimento à população do Brasil pela vedação absoluta à presença de capitais estrangeiros na assistência à saúde¹

Sendo esta a clara intenção do constituinte, expressa em duas regras só aparentemente conflitantes, mas de rigor complementares (vedação e permissão excepcional), só se pode interpretar o § 3º do artigo 199 como

uma norma de eficácia plena, na vedação, e de eficácia retida — dependente de lei — na permissão, justificada sempre que, em áreas de complexidade técnica e de necessidade de equipamentos modernos ou conhecimentos médicos de superior qualidade, houvesse necessidade da presença do capital estrangeiro para desenvolvê-las ou completar os serviços insuficientemente prestados pelo Estado ou pelos capitais nacionais²

O “salvo nos casos previstos em lei” é de se entender salvo as áreas em que a exploração com recursos exclusivamente nacionais seja insuficiente. E é interessante que qualquer lei que venha a ser elaborada no sentido de outorgar permissão, deve exteriorizar tal filosofia imprensa no § 3º do artigo 199.

Considero, pois, respondendo, agora, à questão formulada pelos eminentes parlamentares, que justifica-se a apresentação de projeto de lei, objetivando abrir para o capital externo a colaboração para prestação de serviços de reconhecida e alta complexidade, na área de saúde.

Restaria a questão de saber se a lei deveria ser exaustiva, enumerando, caso a caso, as atividades de alta complexidade, ou se poderia definir o que seja serviço de alta complexidade, com o que as empresas que se enquadrassem na definição teriam sua permissão concedida.

Estou convencido que a Segunda solução é a correta, quando o constituinte fala em “casos previstos em lei”

1 Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO comenta, com indiscutível severidade, o § 3º do artigo 199: “Reserva de Mercado. Está aqui uma deslavada reserva de mercado que contraria a índole do sistema econômico adotado. Não se vê qualquer justificativa para ela. Será que a doença, como o petróleo, é “nossa”?”

Mas a norma é inútil, já que a parte final permite à lei desconhecer essa reserva” (grifos meus) (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 2, Ed. Saraiva, 2ª. ed., 1999, p. 228).

2 José CRETELLA JR., na mesma dura crítica aos constituintes, comenta o § 3º do artigo 199, dizendo: “Do mesmo modo, salvo os casos previstos em lei, é proibida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País.

Não obstante a ressalva da parte final da regra jurídica constitucional, entendemos ser absurda a vedação. Que mal haveria que capitais estrangeiros fossem investidos, mesmo com intuito de lucro, no País, para implantar hospitais, cujos serviços fossem mais em conta do que os pagos aos hospitais brasileiros?” (Comentários à Constituição 1988, volume VIII, Forense Universitária, 1ª ed., 1993, p. 4.365).

não está a exigir uma lista exaustiva e que se tornaria sempre absoleta, por mais que novas leis fossem produzindo listas também exaustivas, em face da evolução rápida e cada vez mais sofisticada, nos serviços de prestação de saúde¹

O avanço, na ciência médica e na biologia e nas técnicas e equipamentos para preservação da saúde, é cada vez mais intenso, rápido e estimulante. Se a interpretação literal exigisse que cada caso específico fosse enunciado em lei, teria que haver um arsenal de novas leis, sempre que novas técnicas de impossível exploração por capital nacional, fossem descobertas e devessem ser implantadas no país.

Por esta razão, é que me parece que a única interpretação possível, sistemática e de não obsolescência do Direito, para casos de alta complexidade e alta tecnologia é a Segunda interpretação, que permite a definição do que

seja alta complexidade e alta tecnologia, a justificar a participação de capitais estrangeiros na prestação de serviços².

A expressão “salvo nos casos previstos em lei”, deve ser lida como “nos casos de alta complexidade e alta tecnologia”, permitindo maior perenidade à lei, ou seja, impedindo que se torne insuficiente e obsoleta, de forma a poder ao principal desiderato do constituinte, que é o de ofertar a melhor assistência à saúde possível à população brasileira.

Respondo, pois, ao único quesito da consulente, que não só é constitucional, mas de interesse nacional a lei que pretende abrir, para os casos de alta tecnologia e alta complexidade, a área da saúde a capitais estrangeiros.

E mais do que formalmente constitucional, o é materialmente, na medida que preenche a clara intenção do constituinte para, nestas hi-

1 SANTI ROMANO ao estudar os métodos de interpretação do direito constitucional esclarece: “No âmbito do direito constitucional, as leis, com frequência — são insuficientes, mas, mesmo quando tal não ocorre, falam por proposições esparsas e apartadas, segundo ocasionais oportunidades, e muitas vezes por sinais. Os seus conceitos, se todavia explícitos, são quase sempre fragmentados, contingentes sob determinados pontos-de-vista, ocasionais e empíricos, *Sendo mister, em todo caso, remontar a conceitos e princípios mais altos, mais gerais, mais harmônicos, de maneira a abranger também, aqueles que nas leis estão simplesmente implícitos ou os que dele constituem o pressuposto ou base.* Isso quer dizer que todos estes conceitos e princípios é preciso elaborar uma teoria, que deverá corresponder à realidade, não do jurista individualmente, porém da própria ordenação jurídica; que deverá além disso servir à prática, mas que será, todavia, sempre uma teoria. *E assim, com um processo de generalização sempre crescente, cada um dos princípios ou cada uma das disposições se ajuntam e se integram nos esquemas lógicos dos vários “institutos”,* ou seja, nas diversas figuras ou atitudes que assume a ordenação jurídica em direção aos diversos escopos que pretende alcançar. Ulteriormente, estes institutos se aproximam em grupos, consoante os pontos de contacto, as afinidades, as analogias que apresentam constituindo famílias. E, finalmente, estas diversas partes reúnem-se num sistema que representa a visão completa e unitária de toda ordenação, da qual foi examinado cada um dos aspectos. Nesta última e sintética operação culmina o trabalho do jurista, revela-se a potência de sua intuição, o esmero, a “prudência” daquele seu senso especial que se denomina “senso jurídico”, a habilidade de sua técnica, obtendo-se a prova da exatidão de suas precedentes análises e sínteses parciais, as quais devem se conciliar e harmonizar com a suprema” (grifos meus) (*Princípios de direito constitucional geral*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 25/6).

2 Caio Mário da SILVA PEREIRA ensina: “Interpretar não é tão-somente contentar-se com o que a letra da lei revela, pois que, na sociedade animada pela civilização jurídica, a fórmula sacramental perdeu a validade que era o seu prestígio num estágio primitivo, em que dominava a escravidão da forma. Por isso mesmo já o romano sentenciava que *“scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem”*”.

E precisamente por ser a hermenêutica a arte de rebuscar aquele sentido vivo do preceito, é que a interpretação realiza a vivência permanente da disposição legal por um tempo que largamente se distancia do momento em que nasce” (*Instituições de Direito Civil*, volume I, 12º ed., ed. Forense, 1990, pp. 135-136)

póteses, receber a colaboração estrangeira no atendimento dos interesses da população brasileira quanto aos serviços de saúde.

S.M.J.

São Paulo, 01 de Fevereiro de 2002.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,