

**CENTRO UNIVERSITÁRIO UniFG**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**ANA MARIA SANTOS DIAS**

**ASPECTOS (IN)CONVENIENTES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO  
DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE AO DIREITO A  
SAÚDE**

Dissertação de Mestrado, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Guanambi. Prof. Orientador Dr. Cláudio Carneiro Pinto Coelho Bezerra

Guanambi/BA

2018

## RESUMO

O princípio da separação de poderes sofreu grandes modificações ao longo de três séculos de desenvolvimento desde sua consagração. Essas modificações principalmente no que tange a atividade de cada um destes, destaca-se a evolução do Poder Judiciário, com o aumento de suas funções tendo em vista a comparação com sua função clássica. Na conjuntura brasileira pós Constituição Federal de 1988, dois fatores não podem ser olvidados elevando a uma posição de destaque do Poder Judiciário no cenário político e constitucional: o desenvolvimento do controle de constitucionalidade junto as normas do próprio texto constitucional, permitindo seu avanço no chamado ativismo judicial. Entretanto, para tornar possível a efetivação desses direitos tutelados em especial o aqui colacionado direito à saúde o Estado necessita de aporte econômico para sua implementação. Dentro dessa abordagem o presente estudo teórico procura apontar as implicações dessa nova forma de atuação do Poder Judiciário diante da Análise Econômica do Direito em especial o direito a saúde.

**Palavras-chave:** Separação de poderes. Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Análise Econômica do Direito. Direito à Saúde. Democracia.

## **ABSTRACT**

The principle of separation of powers has undergone major changes over three centuries of development since its consecration. These changes, especially in what concerns the activity of each of these, stands out the evolution of the Judiciary, with the increase of its functions in view of the comparison with its classic function. In post Brazilian context the Constitution of 1988, two factors can not be olvidados raising a prominent position of the judiciary in the political and constitutional scenario: the development of judicial review with the norms of the constitutional text itself, allowing it to advance the so-called activism judicial. However, in order to make it possible for these rights to be enforced, especially the right to health, the State needs an economic contribution to its implementation. Within this approach the present theoretical study tries to point out the implications of this new form of action of the Judiciary Power before the Economic Analysis of Law, especially the right to health.

**Keywords: Separation of powers. Judicial power. Judicial Activism. Economic Analysis of Law. Right to Health. Democracy.**

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES</b>	13
<b>3. O FUNDAMENTO DO DIREITO À SAÚDE E O DESAFIO DA SUA EFETIVAÇÃO</b>	31
3.1. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E O CAMINHAR BRASILEIRO	34
3.2. A EFETIVIDADE ENFRENTADA NA DOCTRINA COMO QUESTÃO MERAMENTE HERMENÊUTICA	41
<b>4. O PODER JUDICIÁRIO COMO INTRÉPRETE DE VALORES DA SOCIEDADE</b>	52
4.1. A TÔNICA DO ATIVISMO JUDICIAL: A POSTURA DOCTRINÁRIA ATIVISTA E NÃO ATIVISTA	56
<b>5. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO</b>	76
5.1. ATIVISMO JUDICIAL, DEMOCRACIA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	83
<b>6. O DIREITO À SAÚDE COMO DEVER DE IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	92
6.1. FALTA DE LEGITIMIDADE DOS JUÍZES PARA ALOCAREM RECURSOS ESCASSOS	100
<b>7. ATUAÇÕES DO JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DE DEMANDAS DE SAÚDE – TEORIAS MAIS USUAIS POR JUÍZES NAS SENTENÇAS</b>	102
7.1. O JUÍZ HERCULES	109
7.2. O JUIZ “PONDERADOR”	117
7.3. O JUÍZ IOLAU	124
7.4. O MÁGICO JUIZ CARTOLA	126
<b>8. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	128
<b>REFERÊNCIAS</b>	135

## INTRODUÇÃO

A tarefa confiada a esse trabalho, o debate sobre uma possível tensão entre o Poder Judiciário, ativismo judicial e a análise econômica do direito, grandes temas que permeiam como temas que servem de título a presente dissertação, deve inicialmente, adentrar na análise das questões fundamentais que orbitam em torno destes tópicos, e precipuamente, outorgam a base necessária ao seu enfrentamento.

O olhar sobre as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, em especial a Revolução Francesa de 1879, nos permite afirmar que princípios e concepções formuladas àquela época ditaram os rumos do Estado nos moldes concebidos no mundo ocidental.

Conquanto, os tons se alterem em consonância as formas de governo adotadas, não se dúvida sobre a existência de um núcleo essencial espólio do constitucionalismo moderno, sob a influência fundamental da Revolução Francesa do último quartel do século XVIII, sem olvidar da devida menção à essencial contribuição do pensamento inglês e norte-americano.

A base desse constitucionalismo moderno alicerça-se na ideia segundo a qual, este período herdado das revoluções, conclama todos os Estados a adotarem Constituições escritas, documentais, mas que tenham acima de tudo a finalidade maior de impedir o arbítrio.

Nesse ínterim, temos: o Estado Constitucional Democrático onde reside a separação entre a política e o direito. Àquela vontade da maioria, esta supremacia da lei em virtude da razão. E na lição de CANOTILHO “O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo, uma teoria normativa da política, tal qual a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.”<sup>1</sup>

O feixe do constitucionalismo moderno trouxe não somente um, mas um feixe essencial de princípios sobre os quais o arranjo político da nossa sociedade se desenvolveu.

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Lisboa: Almeida, 2003. p. 51.

Entretanto, o ponto de partida desse trabalho reside exatamente na tensão que um destes princípios repousa no constitucionalismo moderno, no ativismo judicial e na chamada doutrina da separação de poderes, e na limitação do poder por meio de um modelo de separação de funções.

Para chegarmos a arquitetura central desta dissertação faz-se necessário adentrar nos contornos desta separação funcional do poder do Estado notando qual a alteração fundamental sentida no âmbito do poder judiciário, seus limites e implicações com os cânones da democracia.

A arquitetura central da separação dos poderes certamente sofreu uma mudança proeminente passada mais de dois séculos de sua formulação clássica por Montesquieu.

De acordo FERREIRA FILHO, “o ponto central da diferença é o predomínio do Executivo, que, absorvendo em boa parte o campo de deliberação, se transformou em governo”<sup>2</sup>. Este avanço da função executiva registrado predominantemente no período pós-primeira e segundas guerras mundiais se deve em grande parte à mudança de paradigma do Estado de viés Liberal para Estado Social.

Com o surgimento do Estado-Providência há uma mudança de foco, principalmente sobre uma crise do Poder Legislativo sectária à atuação mais célere do Poder Executivo, seja no campo da atuação legislativa seja na tomada de medidas administrativas destinadas a atender aos anseios da sociedade.

Entretanto, com o avanço do dismantelamento do Poder Executivo o Poder Judiciário passou a interferir nas funções executivas e legislativas ocorrendo o fenômeno chamado de judicialização na qual, parcela do poder político está sendo transferida das instâncias políticas tradicionais para o poder judiciário.

Mais do que a judicialização outro fenômeno se apresenta qual seja o ativismo judicial. É um modo de interpretação da Constituição Federal que não foram contemplados nem pelo poder constituinte originário nem pelo legislador ordinário.

E esse trabalho contempla o estudo desse fenômeno sob a égide do direito à saúde. Assim, propõe-se estudar sob as teorias econômicas do direito a possibilidade

---

<sup>2</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 266.

ou (im) possibilidade da continuidade desse fenômeno qual seja ativismo judicial  
frente a saúde.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Cáudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Vinte anos de Constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº1, 2012.

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: o paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Direito Sanitário e Saúde Pública*. [S.l.: S.n.], 2003. v. 2.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P 218.

BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do Executivo brasileiro**: o impacto da Constituição de 1988. São Paulo: Própria, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. **Constituições do Brasil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1983.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARBONELL, Miguel. **Neocosntitucionalismos**. Madrid: Trotta, 2005 .

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa Almeida: 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **A cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2007.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

CLEVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 51.

COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. **O “Novo” Constitucionalismo e a (In)Justiça no Brasil**. <[https://seer.imes.edu.br/index.php/revista\\_de\\_direito/article/view/573](https://seer.imes.edu.br/index.php/revista_de_direito/article/view/573)> data de acesso 05 de março de 2017.

CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Salvador. *Anais...* Salvador: [S.n.], 2008.

CONJUR. Congresso é responsável pela judicialização da política, afirma Barroso. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/congresso-responsaveljudicializacao-politica-barroso>> Acesso em: 20.ago.2017.

DAHL, Robert A. **Sobre a soberania**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

DALARI, Sueli Gandolfi. **Políticas do Estado e políticas do governo**: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DORIA, Antonio Sampaio. **Direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 1958. v.1.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. **Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais do Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo) Constitucionalismo na Pós-modernidade: princípios e fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos custos dos direitos, direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Concentração do Poder Jurisdicional: uma análise de seus pressupostos filosóficos. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al (Coord.). **Direito constitucional, estado de direito e democracia**: Homenagem ao professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartin, 2011.

GARAPON, Aníonie. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2. ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; Jay, John. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e tributário**. São Paulo: Atlas, 2006,

HEINER, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, n. 27., 2012, Salvador... *Anais*. Salvador: [S.n.], 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod991c0955da231335>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

INSTITUTE, Bill of Rights. Disponível em: <<http://www.billofrightsinstitute.org/educate/educator-resources/lessons-plans/landmark-supreme-court-cases-lessons/marbury-v-madison-1803/>>. Acesso em: 7 jan. 2018.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California law review*, v. 92, p.1441-1478, 2004.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAUDA, Bruno Bolson. A análise Econômica do Direito: Uma dimensão crematística no Direito. **Revista eletrônica do curso de Direito UFSM**, v.4, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viel/7026>>. Acesso em: dez. 2017.

LESSA, Pedro. **Do Poder judiciário**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. 2. ed. São Paulo: Martins fontes, 2005.

LIMA, Nísia Trindade; FONSECA, Cristina M; HOCHMAN, Gilberto. A saúde na construção do Estado nacional do Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In: **Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1965.

LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

MAUÉS, Antônio Moreira. **Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil**: a eficácia dos direitos sociais. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

MAUS, Ingebord. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”, **Novos estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000.

MENDES, Conrado Hüber; SILVA, Vírgilio Afonso da. Habermas e a Jurisdição Constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. Portugal: Ed. Corimbra, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PERRY, Michael J. Judicial Activism. **Harvard journal of law and public policy**, v. 7, 1984.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1999.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Tereza Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. **California law review**, vol.100, n.3, 2012.

RAMOS, Elival da silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. Separação dos Poderes e democracia deliberativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALAMANA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio do eficientismo na obra de Richard Posner.** *Trinta anos de Brasil*, 2002. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)>. Acesso em: 15 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção à saúde aos 20 anos da Constituição federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Helena Bastos de; Bonfim, José Ruben de Alcântara (Org.). **As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

SCHMITT, Carl. La tirania de los valores. Tradução de Anima Schmitt de Otero. **Revista de estudos políticos**, Madrid, v. 115, enero-febrero, 1961.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: \_\_\_\_\_. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.); SOUZA NETO, Cássio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Vinte anos da Constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Fórum, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lênio Luis. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, vol.5, n.2.

STRECK, Lênio Luis; TRINDADE, André Karan (orgs.) **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

TEIXEIRA, J. H. Meireles. **Curso de Direito constitucional**. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Berntein**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiro editores, 2007.

VILE, Maurice J. C. **Constitutionalism and separation of powers**. 2. ed. Indianápolis:Liberty Fund., 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Estado Constitucional. In:HORBACH, Carlos Bastide et al (coord). **Direito Constitucional: Estado de Direito e Democracia**. Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

