XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-446-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3.Sociedade Plural. 4. Garantias. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, Universidade Católica de Brasília – UCB, Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 19 e 21 de julho de 2017 e teve como tema central "DESIGUALDADES E DESENVOLVIMENTO: O papel do Direito nas políticas públicas".

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, coordenado pelos professores Daniela Menengoti Ribeiro, Edinilson Donisete Machado e Lucas Gonçalves da Silva, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. LAICIDADE ESTATAL, LIBERDADE RELIGIOSA E RECONHECIMENTO: A POLÊMICA SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO DE ROUPAS RELIGIOSAS DURANTE O HORÁRIO DE TRABALHO

2. PRISÕES CAUTELARES E PRESUNÇÃO DE CULPA: NOTAS HISTÓRICAS SOBRE ESTA DIALÉTICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À INIMPUTABILIDADE PENAL ETÁRIA

4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE: IGUALDADE MATERIAL E CRITÉRIO DE DISCRIMINAÇÃO LÍCITA PARA UNIVERSALIDADE DO ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO

5. RESPONSABILIDADE CIVIL E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

6. LIMITES CONSTITUCIONAIS À REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE REUNIÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO

7. O DIREITO À MANIFESTAÇÃO E A REPRESSÃO DO ESTADO EM NOME DA SEGURANÇA NACIONAL: UMA REFLEXÃO SOBRE OS MOVIMENTOS DE PROTESTO NO BRASIL.

8. O DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA NA SOCIEDADE SOLIDÁRIA E A CATEGORIZAÇÃO DE PESSOAS

9. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO E A TRIBUTAÇÃO DA RENDA

10. A INCONSTITUCIONALIDADE DO LIMITE DE DEDUÇÃO DAS DESPESAS EDUCACIONAIS NO IRPF E A TUTELA JURISDICIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO.

11. A APLICABILIDADE DO INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS COMO FORMA DE

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VOLTADO AO CONTRIBUINTE DEVEDOR

12. OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL EM FACE DA CONSTANTE BUSCA POR SEGURANÇA JURÍDICA: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NOS CASOS DE FIM DE VIDA

13. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO DIREITO UNIVERSAL

14. UMA LEITURA ATUAL DO TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO À VIDA SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

15. A RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E DA NÃO-INTERVENÇÃO EM FACE DA SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

16. A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE QUALIDADE DO AR

17. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

18. DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE URBANA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

19. A AÇÃO POPULAR COMO MECANISMO ADEQUADO GARANTIDOR DO DIREITO DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO CONSAGRADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A ANÁLISE QUANTO A LEGITIMIDADE ATIVA SECUNDÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II também proporcionou um entoado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Daniela Menengoti Ribeiro - Unicesumar

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM e UENP

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL EM FACE DA CONSTANTE BUSCA POR SEGURANÇA JURÍDICA: O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NOS CASOS DE FIM DE VIDA

THE CHALLENGES OF PROCEDURAL JURISDICTION IN THE FACE OF CONSTANT SEARCH FOR LEGAL CERTAINTY: THE PHENOMENON OF JUDICIALIZATION ON END-OF-LIFE CASES

Géssica Adriana Ehle [1]
Nina Tricia Disconzi Rodrigues [2]

Resumo

O presente ensaio contempla os desafios enfrentados pela jurisdição atual diante do emergir de novos direitos, traçando um recorte teórico frente ao fenômeno da judicialização nos casos de fim de vida. Em um primeiro momento dedica-se ao estudo da permanência dos ideais de segurança jurídica, advindos do racionalismo moderno para, no instante seguinte, indagar sobre a necessidade de novos mecanismos de empoderamento social que sirvam de entrave ao excesso de judicializações. Para tanto, utilizou-se do método de abordagem dedutivo, bem como do procedimento bibliográfico e, como técnica empregada, a elaboração de fichamentos e resumos.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Autodeterminação em fim de vida, Judicialização, Protagonismo dos tribunais, Racionalismo moderno

Abstract/Resumen/Résumé

This essay covers the challenges faced by the current jurisdiction before the emerging of new rights, drawing a theoretical front clipping phenomenon of judicialization on end-of-life cases. In a first moment is dedicated to the study of the permanence of the ideals of legal certainty, from the modern rationalism, next, inquire about the need for new mechanisms of social empowerment as a barrier to excessive judicializações. To this end, we used the method of deductive approach, as well as the bibliographic and procedure, as technique employed, the preparation of fingerprinting and abstracts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Judicialization, Modern rationalism, Role of the courts, Self-determination in end of life

---

[1] Mestranda em Direito (UFSM); Especialista em Direito Constitucional (Faculdade Damásio); Integrante do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (UFSM).

[2] Doutora em Direito do Estado, USP; Mestra em Direito, UFSC; Professora adjunta no Departamento de Direito, (UFSM); Coordenadora do Grupo em Direito dos Animais (GPDA).

INTRODUÇÃO

Uma vez consagrada como Magna Carta, o texto constitucional de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito como paradigma de Estado. Contudo, em meio ao advento de uma nova sociedade, embebida por inéditas demandas, tal modelo estatal demonstra não ter sido capaz de consolidar a democracia que se aspirou vislumbrar a partir de sua entrada em vigor.

Desse modo, diante do emergir de novos direitos, oriundos da referida sociedade global, o Estado de Direito é questionado quanto aos seus aparatos democráticos para a efetivação do acesso à justiça. Muito embora tenham transcorrido quase quarenta anos desde a promulgação da atual Constituição, alguns de seus direitos, tidos como premissas basilares para sua consolidação, ainda não se mostram atingidos.

Em se tratando de um período de mutação paradigmática, é preciso que se repense os instrumentos jurisdicionais que levam o Direito a cumprir seu papel de ciência social que se adequa aos fatos e oportuniza o encontro entre o indivíduo e a justiça. Entrementes, diante do abismo estabelecido entre o que afirma o texto da Carta Constitucional e as ferramentas das quais dispõe o processo civil, indaga-se quanto a esse remodelar da jurisdição e sua efetividade na garantia dos novos direitos.

Como recorte central e fulcral a este estudo, tem-se por objeto a apreciação do direito do indivíduo de estabelecer a trajetória que deseja que o Direito garanta para o seu período de fim de vida. Dito de outro modo, repensa-se sobre a forma com que a jurisdição atual enfrenta os casos em que o indivíduo deseja determinar o rumo de sua trajetória até a morte, ao passo que essa se mostra inevitável e iminente.

Diante de tal questionar, volta-se a pesquisa para duas frentes, a primeira propondo verificar a atual necessidade de se buscar o processo como resposta às lacunas existentes em termos de políticas públicas e matéria legislativa, verificando a ocorrência do fenômeno da judicialização como consequência de tal realidade social. E ainda, a partir da judicialização, estudar a postura de protagonismo dos magistrados no solucionar das novas demandas.

Em um segundo momento, busca-se verificar a presença/ausência de leis que divulguem os direitos de autodeterminação e dignidade da pessoa humana em fim de vida, bem como, de que forma tais preceitos são passados, ou não, a população. Nesse sentido, observando as ferramentas de acesso à justiça, busca-se verificar as formas de efetivação de tais direitos sem que se precise adentrar às portas do Judiciário.

Oportuna, também, é a observância dos novos caminhos de acesso à justiça que vêm fazendo voz ao texto constitucional, de modo que o processo, a jurisdição como um todo, seja apenas uma das ferramentas para tal desiderato. É preciso que se conceba, contudo, que algumas das formas de promover os direitos fundamentais por meio de uma nova jurisdição devem contornar os desafios que se oporão a esse avanço, é o caso da falta de capacidade das partes quando da interpretação dos textos de Lei.

Para que a concretude dos direitos fundamentais seja uma realidade, é preciso que o agir jurisdicional acompanhe o estado atual do Direito, de modo a servir como fonte de onde possa emergir uma decisão justa e adequada a cada caso concreto. Desse modo, a partir de um enfrentamento da atual jurisdição, o presente estudo imprime seus entornos em face da possível refundação da jurisdição, para a instituição de um novo paradigma de Estado, a partir de uma jurisdição sustentável, que visará o consagrar dos novos direitos, dentre os quais o direito de autodeterminar-se em fim de vida.

Diante de tal pretensão, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, partindo-se de teorias gerais, leis e doutrinas, para a verificação da origem de novos direitos e da forma com que a jurisdição deverá se adequar a eles. Ademais, como método de procedimento empregado, faz-se uso da pesquisa bibliográfica, bem como da técnica de elaboração de resumos e fichamentos, para a coerente elaboração da presente pesquisa.

1 A BUSCA POR SEGURANÇA JURÍDICA NO CONTEXTO DA ATUAL JURISDIÇÃO

O indagar quanto à necessária adaptação da jurisdição hodierna às novas demandas insurgentes da sociedade global faz-se fundamental quando se repensa o Direito como instrumento de efetivação da justiça. Nesse linear, ao passo do nascimento de novos direitos, nota-se certa reformulação em várias das cearas da prestação jurisdicional, sobretudo devido à necessidade de se atentar a força do texto Constitucional para tal adequação normativa aos novos direitos.

No entanto, muito embora já existam estudos e avanços no sentido de trazer à jurisdição novos aparatos de aplicabilidade, tal cenário faz com que surjam inúmeras lacunas como resultado de uma virada paradigmática que delineia seus entornos por entre os textos normativos vigentes. A transposição, ainda intermitente, de um paradigma racionalista moderno carece de apreciação quando da análise de novas formas de acesso à justiça e efetivação de direitos fundamentais.

Nesse ínterim, verifica-se que o direito, segundo Streck e Moraes (2008, p. 41), passou a sofrer influências racionalistas com a insurgência do Estado Moderno, por volta do século XVI, quando o paradigma do feudalismo medieval abriu caminho para a modernidade. Ainda de acordo com os autores, no feudalismo o poder era concentrado nas mãos do senhor feudal, que decidia de acordo com sua consciência, ao passo que com o raiar do Estado Moderno o direito passa a ser positivado, de modo que o poder é realocado em uma relação legal-racional.

Ademais, tal modelo de Estado, uma vez instituído, passa a conceder ao indivíduo autonomia e capacidade de construir seu próprio destino, livres dos antigos vínculos comunitários medievais; a liberdade trouxe consigo os primeiros conflitos, e eles, por sua vez, a progressiva jurisdicionalização do mundo; foi o início da perseguição por segurança jurídica (SILVA, 2009, p. 55). Diante de tal virada de paradigma de Estado, pode-se notar a dificuldade sempre genuína em se adequar o agir da jurisdição às novas demandas.

Ressalta-se, a partir desse recorte temporal, que a sociedade passa a vivenciar as premissas de um racionalismo cartesiano, focado na evolução das ciências e nas respostas exatas e incontestáveis aos casos concretos. A equiparação entre as ciências naturais e sociais mostrou-se evidente quando se passou a prever um método único para ambas as áreas do saber, uma realidade que custou a ser falseada.

Corroborando tais considerações, tem-se que a maior consequência da instituição do paradigma racionalista foi a substituição da retórica – a força da arte de argumentar – pelas certezas advindas das ciências exatas; o enquadrar do Direito por entre a racionalidade metodológica proveniente de ciências não sociais gerou uma inadequação lógica, fadada ao fracasso (SILVA, 2004, p. 60). Com isso, o Direito distancia-se das exatidões e passa a ser compreendido enquanto ciência social que é.

No entanto, mesmo com o entendimento de que o Direito não tem lugar ao lado das ciências exatas do ponto de vista de seu método, há muito que se analisar sobre os resquícios que o racionalismo moderno ainda mantém em meio à jurisdição contemporânea. Para além das reformas legislativas em vários âmbitos do Direito, o racionalismo em âmbito processual ainda conserva suas bases, como é o caso da busca pela segurança jurídica que somente a ordinariedade do rito processual parece ser capaz de conceder às partes.

A aferida procura por segurança jurídica, nas palavras de Silva (2009, p. 11-12), nasceu da necessidade dos grandes empresários diante das intempéries do mundo industrial e passou a ser uma reivindicação da massa social devido à emergência de uma condição de

produção de riscos[1] em larga escala – consequência da sociedade global. Ainda, segundo o autor, com o anseio por representatividade e acolhimento quando da busca pelo Direito, o indivíduo volta sua devoção à jurisdição, depositando sua fé na sacralidade do texto constitucional aliada a força da palavra do magistrado.

Mostra-se válido, em forma de observação, o estudo do tratamento concedido aos direitos fundamentais a partir de uma nova roupagem constitucional e, em especial, a apreciação dos direitos à vida, à dignidade humana e à autonomia dos indivíduos em situação de fim de vida. Ainda, torna-se imprescindível a análise da atual jurisdição que proverá a prestação de tais direitos de forma atrelada ao sentido da Constituição.

Quando se adentra a um espaço de emergência de novos direitos a herança racionalista em meio à jurisdição merecem ser revisitada. A atuação da jurisdição deve ser redimensionada, promovendo a procura por uma nova racionalidade que proponha a reflexão acerca dos institutos processuais vigentes, que deverão ser iluminados pelo sentido da Constituição, rompendo o paradigma racionalista moderno em rumo a um novo horizonte de sentido (ESPINDOLA, 2013, p. 61 e 64).

Para que haja uma coerente reflexão sobre o modelo paradigmático mais bem adequado a sociedade hodierna, é importante que se verifique as peculiares características do ente estatal. Nas palavras de Espindola (2008, p. 93), "tratar sobre jurisdição, sua concepção e sua função é também discutir sobre o perfil do Estado. Antes de se defender um sentido de jurisdição, é preciso observar o Estado que se possui". Por assim dizer, antes do sugestionar de um inovador modelo de jurisdição sobre o qual se desenvolverão os novos direitos, é preciso observar qual a realidade social instituída pelo Estado Democrático de Direito e seu desenrolar, com o advento da sociedade global.

Alguns doutrinadores defendem a ideia de que o Brasil, por ser um país de modernidade tardia, ainda não conseguiu desenvolver plenamente as proposições trazidas pela modernidade. Em defesa deste entendimento, Hommerding (2007, p. 25-27) aduz que há uma notável contradição entre o que dizem os textos das leis e da Constituição quando em comparação à realidade social, sobretudo porque as transformações da contemporaneidade trouxeram consigo consequências contrárias aos valores da modernidade, e também de

[1] Cabe breve ressalva no tocante ao termo "riscos" como característica social. Ocorre que, Beck (2002, p. 25) denominou, em 1986, a sociedade da época de "sociedade do risco". Outros autores conceberam diferentes expressões como: "sociedade pós-moderna", "sociedade da informação", "sociedade tecnológica", "sociedade pós-industrial", etc., o que somente justifica-se pela ênfase a uma, ou algumas características, socais a serem mais bem trabalhadas por cada doutrinador, pois todas têm em comum a conexão com a ideia de risco global, assim como Beck sustenta, sobretudo a partir da modernidade e dos novos direitos, que trazem consigo seus problemas e riscos correspondentes ao seu desenvolvimento.

encontro à realização dos direitos fundamentais – resultando em uma crise no Estado e na cultura jurídica.

A crise do ente estatal e a crise cultural da jurisdição podem parecer negativas, mas trata-se de um momento de necessária reflexão acerca de um novo paradigma que deverá se consolidar em breve. Por óbvio os reflexos de uma modernidade tardia e de grandes pilares não desaparecerão em minutos, tampouco será estabelecida uma nova interpretação e aplicação do texto da Constituição em questão de dias, no entanto, é preciso que se institua um pensamento reflexivo sobre os novos direitos.

Com o a ampliação do horizonte de interpretação de sentido dos textos de lei, à luz da Constituição Federal, há estudos acerca do raiar de um novo constitucionalismo – também chamado de neoconstitucionalismo por alguns autores. Assim, Carbonell (2010, p. 153) ao defender a terminologia neoconstitucionalismo e conceitua-la como sendo a incorporação dos direitos fundamentais ao texto da Carta Magna, institui o que entende como basilar à efetivação de uma jurisdição voltada à defesa dos direitos fundamentais.

Deixando de lado os embates doutrinários quanto à melhor definição para a nova forma de se aplicar a Constituição, o que merece ressalva é o fato de que a gênese de tal constitucionalismo procurou enfatizar a importância da proteção aos direitos fundamentais, bem como de que maneira seriam mais bem instituídos em uma sociedade global. Ainda, deve-se salientar o condicionar da jurisdição em prol da consagração do texto constitucional, para que todas as decisões aplicadas aos casos concretos partam de uma jurisdição em consonância com a Magna Carta.

De outra sorte, quando se versa sobre o reinterpretar do texto constitucional, não se pode conceber tal ideia como algo supremo, instituidor de uma ordem global imposta, de modo a determinar as linhas sobre as quais deve ser trilhada a vida em sociedade. Deve-se compreender a Carta Magna como uma premissa norteadora para que os cidadãos possam conhecer do aparato normativo e empoderar-se dos procedimentos políticos, o que os levará a assumir seu direito de autodeterminação e a perseguirem, cooperativamente, o projeto de produção de condições justas de vida (HOMMERDING, 2007, p. 28).

Nesse sentido, há que se repensar o paradigma no qual as bases do sistema jurisdicional estão assentadas. Muito embora a aplicabilidade do Direito pareça manter laços sólidos com a ordinariedade do processo de conhecimento, que promete atingir uma verdade definitiva, e com a segurança jurídica que o racionalismo moderno propiciou, todo aparato jurisdicional que sustenta o processo não se encontra preparado para enfrentar as demandas

oriundas dos novos direitos, o que faz com que se repense um remodelar dos preceitos jurisdicionais.

Por todo o exposto, para e enfrentamento da necessária superação do racionalismo moderno e construção de uma jurisdição constitucional assentada em premissas que contemplem os novos direitos, Espindola (2013, p. 66 a 68) afirma que é preciso vislumbrar não uma reforma do Direito Processual, mas sua refundação seja em termos ideológicos, políticos, jurídicos, ou éticos – nas várias dimensões que compõem o processo – superando, por fim, o paradigma racionalista moderno.

A interpretação e aplicação do Direito por meio do agir jurisdicional não deve abrir mão de uma análise fundamentalmente derivada do texto constitucional, mesmo em se verificando a possível superação do racionalismo e uma refundação da atual jurisdição. Já aferia Streck (1999, p. 227), "a Constituição é o *topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico", o que se traduz na ideia de não abandono do texto constitucional, ainda se está à luz de uma jurisdição constitucional.

Diante de toda construção até o momento produzida, é possível que se trilhe uma linha temporal desde a insurgência do racionalismo, sua profunda ligação à atual forma de Estado, bem como as aspirações sociais que continua a produzir, a exemplo da segurança jurídica que se reproduz como sendo apenas aquela oriunda dos tribunais. Porquanto seja fundamental a apreciação da atuação jurisdicional em face das novas demandas, mesmo diante daquelas que versam sobre direitos consagrados há muito, como o direito à vida, à dignidade humana e à autonomia (como autodeterminação) do indivíduo.

No instante em que se visualiza uma jurisdição refundada, destituída de suas bases racionalistas modernas e agigantada desde o seu princípio fulcral pelos ditames constitucionais, compõe-se um modelo que talvez seja capaz de trazer à reflexão o fenômeno da judicialização. Além disso, uma jurisdição refundada, baseada em ideais de rompimento com a premissa de uma segurança que só pode ser oriunda do processo, quiçá possa evitar o silogismo entre os termos "acesso à jurisdição" e "acesso à justiça".

É de um modelo prospectivo, e não tão somente reativo, que a "nova" jurisdição precisa, nesse sentido, sugere Espindola (2013, p. 64) que um novo paradigma possível à atual sociedade seria um paradigma calcado na sustentabilidade. Defende a autora, que tal paradigma deve lastrear seus entornos por entre as várias multidimensões[2] da

[2] Em 1983, a Assembléia Geral das Nações Unidas cria a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - UNCED, que tem como Presidente a então primeira-ministra da Noruega Grö Harlem Brundtland. Em abril de l987, a comissão apresentou o relatório conhecido como Relatório Brundtland,que

sustentabilidade, como a dimensão ambiental e econômica, mas, especialmente no que importa à presente discussão, multidimensões sociopolíticas e simbólico-culturais.

Diante, pois, desta perspectiva multidimensional de sustentabilidade, que procura combinar eficiência econômica com prudência ecológica e justiça social, vê-se a integração da prestação de direitos individuais e sociais. Tal ideal sustentável engloba os problemas da pobreza, da satisfação das necessidades básicas, de alimentação, saúde e habitação e de uma matriz energética que privilegie as fontes renováveis no processo de inovação tecnológica (GUIMARÃES, 1991).

Diante da vastidão do tema, para o presente estudo, recortam-se dois aspectos desse novo ideal de sustentabilidade, qual seja o que prevê a efetiva justiça social, bem como o que garante a prestação dos direitos básicos, dentre os quais se ressalta o direito à saúde. Ao passo que se trata de uma busca por justiça social e prestação mínima de direitos, faz-se imprescindível repensar acerca dos meios para a garantia de efetivação de tais aspirações, sobre os mecanismos de que dispõe a atual jurisdição.

De tal direito à saúde, antes de uma perspectiva social, volta-se para sua prestação individual, aliado a ideia da supremacia da dignidade humana, enquanto princípio instituído há tempos com a Declaração Universal de 1948. A partir dessa narrativa, concilia-se o direito à prestação da saúde básica, também como um meio de garantir o direito individual à vida, direito este que não poderá ser reduzido, através de um olhar encarcerado em antigos preceitos de sustentabilidade, unicamente a funções biológicas e de produção-consumo.

Os direitos à vida, à saúde, e à justiça social, observados de modo conjunto, remetem a ideia da necessidade de uma jurisdição que, norteada pelo paradigma da sustentabilidade, mostre-se prospectiva, no sentido de promover a efetivação de tais direitos, não apenas focada em trabalhar com a reparação dos danos causados pela não prestação destes. Atrela-se, ainda, à ideia de uma jurisdição sustentável, em termos sociopolíticos, o tratamento dos direitos que envolvem o gerir da vida humana, mesmo em tempos de terminalidade, a (des) necessária judicialização da vida.

Para que tal coesão se mostre eficiente, no sentido de promover uma jurisdição sustentável que sirva como caminho para efetivar a justiça social, no tocante, especialmente,

---

divulgou o conceito de desenvolvimento sustentável como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras também atenderem as suas. Ademais, o relatório Brundtland inova no sentido em que recusa tratar exclusivamente dos problemas ambientais, seu discurso se orienta no sentido da sustentabilidade do desenvolvimento e da necessidade de uma perspectiva multidimensional, que articula os aspectos econômicos, políticos, éticos, sociais, culturais e ecológicos, evitando os reducionismos do passado (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1987). Desde então a concepção multidimensional da sustentabilidade ganhou força, a partir da ONU (Organização das Nações Unidas) e em face do mundo todo.

aos direitos do sujeito em fim de vida, há que se estudar o fenômeno da judicialização. Partindo do ideal da busca por segurança, a sociedade, em maioria, ainda procura pelos Tribunais, que agirão, por vezes, como legisladores, quando não houver lei para o caso específico, ou ainda como agentes do Executivo, servindo de meio para viabilizar políticas públicas.

Assim, no intuito de lutar contra a ideia de que a judicialização é a única forma de obtenção de respostas, de efetivação de direitos, é preciso que se supere o modelo processual de busca incessante por segurança jurídica e por verdades absolutas pronunciadas, unicamente, pelos Tribunais. Repensar sobre a Jurisdição dentro de uma nova racionalidade jurídica – quiçá à luz de um modelo jurisdicional sustentável –, é preciso, especialmente para que se possa desenvolver um trajeto de acesso à justiça que faculte ao indivíduo o ingresso no Judiciário. Ainda sobre a judicialização, sobretudo nos casos de indivíduos em fim de vida, melhor abordagem será conferida ao longo do capítulo seguinte.

2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E OS CASOS DE INDIVÍDUOS EM FIM DE VIDA

Historicamente, o Judiciário foi associado a ideia de um poder inerte, ao qual caberia apenas reproduzir o conteúdo previsto na lei, de modo que o magistrado seria o responsável por dar voz aos textos normativos. Com o transcorrer dos séculos e revolucionar das formas de Estado, ao passo da aprovação de um modelo Democrático de Direito, muito se modificou no tocante a capacidade de compreensão e interpretação das normas.

Desse modo, cabe refenrenciar que tamanha mutação estatal foi capaz de promover o Sistema Judiciário a posição de centralizador do poder, ampliando o campo de fala dos magistrados. Neste contexto, desenvolveu-se o fenômeno conhecido como “expansão global do poder judiciário”, definido como sendo o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito (SANTOS, 2007, p. 10).

Diante do agigantamento do Poder Judiciário como o grande solucionador das novas demandas, “os magistrados são chamados a se manifestar sobre os diversos campos da vida social, isto é, a vida política, a vida econômica, a vida privada, a vida internacional, a vida moral” (Hommerding, 2007, p. 34). Ou seja, passa ao Judiciário a função atípica de ser um provedor de políticas públicas que embasassem ou satisfizessem as demandas resultantes dos novos direitos.

Quando uma população se mostra insatisfeita com as promessas não efetivadas que uma Carta Constitucional apresentou, algum outro polo da sociedade arcará com suas reivindicações. Ao tempo em que não se visualizou a criação de políticas públicas que viabilizassem o previsto ao texto normativo supremo, os indivíduos voltaram-se para o Judiciário a fim de satisfazerem de suas lides, aqui também compreendidas as pretensões acerca dos direitos à dignidade em fim de vida e à saúde em tempo integral, essenciais na efetivação da justiça social.

A concretude dos direitos e garantias fundamentais depende de instrumentos que ajam no intuito de descortinar o sentido da Constituição para que, assim, se possa transferir à jurisdição processual, além da companhia de normas infraconstitucionais complementares, a prestação jurídica pretendida. Para além dessa falta de compreensão da amplitude agregada ao texto constitucional com a chegada do neoconstitucionalismo, ou novo constitucionalismo, salienta-se o protagonismo dos tribunais quando decidem deliberar de modo apartado do sugerido no ínterim da Constituição.

Alguns magistrados deixam claro que estão julgando de acordo com sua consciência, construindo seu próprio objeto de conhecimento, deliberando a partir de seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei e sua aplicação no caso concreto; é, na verdade, a expressão pura de que se aposta no protagonismo judicial como meio para se concretizar direitos (STRECK, 2012, p. 20). Lamentável realidade, em que se ignora a visão integrada entre o processo de decisão e o acesso à justiça.

Com a vigência da Constituição que trouxe o Estado Democrático de Direito consigo, a valoração dos direitos e garantias fundamentais, bem como a defesa dos direitos sociais, novos espaços de discussão insurgiram-se em meio à sociedade. Por conseguinte, o despreparo dos tribunais para com o solucionar das demandas que bateram as suas portas, acabou por desencadear decisões de cunho solipsista e de pouco embasamento legal, protagonizadas pelas convicções dos magistrados.

O protagonismo judicial pode ainda ser entendido como “a possibilidade de o juiz [...] decidir casos complexos, ou difíceis, de acordo com a sua moralidade individual, com o seu ‘prudente arbítrio’ ou, enfim, de acordo a todos os nomes que se dê a sua capacidade pessoal de discernimento” (MOTTA, 2010, p. 34). E essas decisões de cunho pessoal e pouco fundamentadas, passaram a minar o Poder Judiciário, parecendo prática comum e aceitável ao tempo do prover e assegurar de direitos.

Faz-se imprescindível a ressalva de que, muito embora a prática de decisionismos e arbitrariedades apresente-se como costumeira por entre as decisões – aqui se pode até mesmo

considerar os costumes como fontes do direito, que são, e os interpretar de modo a conceber uma analogia a esta reflexão – não deve ser compreendida como aceitável do ponto de vista de um Estado que aprova uma Constituição Democrática.

Quando se pretende atingir a Justiça para o caso específico, é preciso observar as peculiaridades da lide e embatê-las com o que prevê o Ordenamento, à luz das premissas basilares da Constituição, de forma que nenhuma decisão seja proferida a partir de considerações pessoais sobre o caso. Ainda, a justiça e o Judiciário, não são maleáveis a ponto de caberem sob as argumentações do magistrado; o Direito não pode ser aquilo que um juiz disser que é (STRECK, 2012, p. 115).

Importante ressaltar que, quando se trata do protagonismo nos tribunais, está-se referindo a um agir de duas vias, sendo o primeiro o decidir de modo ativista – o julgador assume de forma explícita que o ato de julgar decorre da sua vontade –e o segundo o modo discricionário – as decisões são justificadas pelo plano da racionalidade argumentativa, em que os juristas são adeptos à teoria argumentativa (STRECK, 2012, p. 23 e 24). Independentemente de qual das posições assumirá o juiz, esta dará ensejo a uma decisão que em nada contempla uma interpretação avaliativa das peculiaridades do caso concreto aliadas à historicidade do Direito e ao Texto Constitucional.

Vislumbrado o fenômeno jurisdicional do protagonismo do magistrado na jurisdição hodierna, há que se verificar quais são as fontes que mantém esse sistema, a primeira delas já anteriormente aludida, é a própria busca por segurança jurídica. Quanto às demais peculiaridades da atual sociedade que cultua em seu meio uma jurisdição produtora de decisionismos e arbitrariedades, ressalta-se a falha dos outros entes estatais, Legislativo e Executivo, no adimplemento de suas funções, o que faz do Judiciário o mantenedor da ordem, pela Lei, e o prestador do Direito, por meio das políticas públicas.

A ausência de uma legislação de se adeque aos novos direitos, como os que tratam do gerir da vida humana na atual perspectiva, bem como a falta de empoderamento informacional do cidadão, fazem com que o Poder Judiciário acabe exercendo funções atípicas, de modo demasiado, dando origem ao fenômeno da judicialização. Nesse sentido, segundo Barroso (2009, p. 03), a judicialização é compreendida como a atuação do Poder Judiciário em face de questões de larga repercussão política ou social que não puderam ser resolvidas pelas instâncias políticas tradicionais, quais sejam o Congresso Nacional e o Poder Executivo.

Nesses termos, o fenômeno da judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais que, por vezes, servirão como figuras meramente aconselhatórias,

meios de empoderamento informacional social, para que direitos sejam conhecidos; trajeto que não precisaria passar pelas portas dos Tribunais. Em outras palavras, “na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel de árbitro ou de jurista, mas igualmente o de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública” (GARAPON, 1999, p.24).

Com o Judiciário desempenhando funções de implementação de políticas públicas, majora-se seu protagonismo, sobretudo quando passa a prover a efetivação de direitos também de cunho social e coletivo (ASENSI, 2010, p.40). Um grande exemplo de tal prática, em meio a atual jurisdição, é a crescente judicialização da saúde, da qual se recorta a prestação última, para os indivíduos em fim de vida.

Com relação ao direito à saúde e a judicialização envolvendo sua falta de efetividade, tem-se, segundo Bliacheriene e Santos (2010, p. 33) que, logo após a entrada em vigor da Carta Magna de 1988, prevendo em seu artigo 196 tal direito, de imediato justificou-se seu não cumprimento por se tratar de uma norma programática, de modo que as ações judiciais que se embasavam em tal dispositivo, em sua maioria, não eram deferidas. Ainda, de acordo com os autores, à luz de tal realidade, tem-se que políticas públicas de saúde acabam por ser efetivamente prestadas, em grande parte, quando o Poder Judiciário é chamado a atuar.

Os indivíduos, tendo consciência de seus direitos, e de que a eles estão sendo incorporadas políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para que os protejam, ou os viabilizem efetivamente. Este é um claro e congruente exemplifiar de como desenvolve-se o fenômeno da judicialização em meio ao agir dos magistrados. A fim de corroborar tal explanar, as afirmações de Santos (2007, p. 15):

> Como me referiu um magistrado brasileiro, uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão a tribunal exatamente para poderem ter acesso a medicamentos ou a tratamento médicos que de outra maneira não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm o acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social.

Porquanto o acesso aos direitos sociais, e em especial ao direito à saúde, seja um dos expoentes da judicialização atual, por se tratar de um fenômeno que engloba a busca por segurança e efetividade na prestação do que a própria Constituição assegura, o protagonismo dos tribunais cresce em demasiada escala. Antes disso, diante do notório ampliar da judicialização, é preciso entender que o processo civil não tem servido de instrumento

suficiente à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sejam de ordem individual ou social, o que demostra uma ausência de Justiça Constitucional (Hommerding, 2007, p. 108-109).

Ademais, ao tentar refutar a necessidade de judicialização de alguns casos, especialmente quando o que falta é apenas a tomada de conhecimento de que existem direitos previstos, e mecanismos para que os execute sem a presença do Judiciário, desenvolvem-se mecanismos de promoção do acesso à justiça de forma independente do exercício jurisdicional – mecanismos pré-processuais. Tais ferramentas são responsáveis pela insurgência do que se pode chamar de juridicização, ou seja, a discussão de conflitos fora do Judiciário, mas sob o ponto de vista jurídico, que intencionam atingir o Direito, sem necessariamente burocratizar o caminho até ele (ASENSI, 2010 p. 48).

Engajado a desmitificar a necessidade de judicialização, alguns mecanismos vêm sendo usados para garantir o acesso à Justiça, tais como a assistência judiciária, a representação jurídica para os interesses difusos, e estudos voltados à transgressão das barreiras que estreitam tal acesso (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.12). Nesse ínterim, faz-se oportuno analisar as barreiras que ainda condicionam a efetivação de tais mecanismos, quais percalços precisam ser transpostos para o empoderamento total dos indivíduos sobre eles.

No que diz respeito à presente pesquisa, mostra-se contundente aferir como principal barreira de acesso à justiça, dentre as elencadas por Cappelletti e Garth (2002, p. 08 e 09), é falta de capacidade dos indivíduos, o grande déficit de conhecimento da massa populacional que leva a não compreensão de seus direitos. Ainda, segundo os autores, coadunada a tal impedimento, reside à indisposição psicológica das pessoas para recorrerem a processos judiciais, ou ritos que demostram necessitar de certo formalismo, o que em se tratando de questões que envolvem o fim da vida, tornam-se ainda mais intimidadoras.

Não bastasse a falta de políticas públicas que ressaltem a importância das questões sobre o fim da vida, bem como a falta de compreensão sobre as formas alternativas de resolução de conflitos, quando se busca o que a voz do Direito tem a dizer sobre a autonomia para decidir sobre si mesmo, que detém todo sujeito, sobretudo em fim de vida, o que se encontra é em uma nesga de obscuridade. Não há, em termos de direito brasileiro, nenhuma Lei que regulamente a ortotanásia, ou as diretivas antecipadas de vontade – que são dispositivos voltados a atender as aspirações de indivíduos em fim de vida –, o que existe são

resoluções do Conselho Federal de Medicina[3] regulamentando a matéria, e decisões de tribunais fundamentadas nestes textos.

Em não havendo dispositivos de lei sobre o tangenciar da vida humana, alguns estados brasileiros normatizaram por si mesmos os direitos dos usuários dos serviços de saúde, permitindo, de modo geral, que possam escolher a quais tratamentos desejarão se sujeitar, a exemplo das Leis de n. 10.241/99, estado de São Paulo; Lei n. 14.254/2003, estado do Paraná; Lei n. 16.279/2006, estado de Minas Gerais (DADALTO, 2013). Na tentativa de se lavrar uma Lei Federal que norteasse a matéria, o Senado Federal elaborou o Projeto de Lei n. 524/2009, versando sobre direitos da pessoa em fase terminal de vida[4], mas tal projeto foi arquivado ao final da legislatura em 26 de dez. de 2014. (BRASIL, 2009).

Mesmo em situações de fim de vida o sujeito deve ter garantida sua dignidade no processo de morrer e, da mesma forma, ser o gestor de sua vida durante esse período, o que não se externa no momento em que o magistrado assume o futuro do procedimento ao qual o indivíduo irá, ou não, ser submetido. Quando não existem normas que deliberem sobre a matéria, grande parte das pessoas não acredita ser capaz de desenvolver sua autonomia, ou autodeterminação, para escolher sobre as técnicas às quais deseja se submeter quando não houver mais recursos médicos para mantê-lo em sobrevida.

Então, por esse caminho, faz-se visível mais um recorte da herança do iluminismo-racionalista em meio à jurisdição atual, nos casos em que a judicialização desnecessária leva o magistrado a assumir o papel de protagonista no processo, distante da Constituição e decidindo de acordo com a sua moralidade individual (MOTTA, 2010, p. 34). Diante disso, ao passo que se destine os rumos da vida dos enfermos às mãos do magistrado, está-se transferindo o direito de autodeterminação e de autonomia, direitos inerentes à qualidade de pessoa humana capaz, claramente incontestáveis do ponto de vista legal.

Diante de todo o exposto tem-se que a judicialização em nada contribui para a ampliação do acesso à justiça, apenas age no sentido de ampliar o protagonismo dos tribunais. Nesses termos, a melhor forma de se recepcionar os novos direitos, aqueles que são

---

[3] A primeira Resolução n. 1.805 de 28 de novembro de 2006, da Resolução, diz respeito ao procedimento da ortotanásia, ou seja, que ao momento que sobrevier a fase terminal da vida, o médico poderá suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem uma vida sem assegurarem a cura da patologia, devendo, apenas, preocupar-se com o bem-estar do paciente; é autorização aos cuidados paliativos e o rechaçar a obstinação terapêutica (BRASIL, 2006). Enquanto a segunda Resolução de n. 1.995 de 31 de agosto do ano de 2012 prevê a possibilidade de que o paciente rediga suas diretivas antecipadas de vontade – conhecidas como testamento vital – sobre os cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (BRASIL, 2012).

[4] O Projeto de Lei definia direitos à pacientes em estado terminal, apenas um dos estágios que coloca o paciente em fim de vida, dentre os quais ainda residem o estado vegetativo persistente, doenças crônicas e a demência avançada (DALDALTO, 2013, p. 35).

originários da atual sociedade, ou que ganharam com ela uma nova roupagem, mostra ser a ampliação da juridicização, ou seja, de formas alternativas de prestação jurisdicional, até mesmo para que a jurisdição possa cumprir com as aspirações de um paradigma tangenciado pelas várias dimensões da sustentabilidade.

Uma jurisdição sustentável deve almejar – a partir da ideia da criação de direitos, da prevenção de conflitos, do agir para mais do que dizer o direito – interpretar a norma e efetivá-la antes de sua própria transgressão. Com o advento das novas demandas, novos interpretações a partir da atual sociedade global, não se pode mais ocultar o tempo como fonte do direito e sequer se pode falar em promoção e proteção de direitos fundamentais e consolidação de um Estado Democrático de Direito, sem o desvelamento de uma autêntica tutela preventiva (ESPINDOLA, 2008, p. 279).

Sendo assim, mostra-se importantíssimo que cada Poder do Estado assuma, acima de tudo, suas funções típicas, legislando sobre matérias que ganham novos espaços de debate, executando políticas que promovam e assegurem direitos, servindo como portas de acesso à justiça. O empoderamento dos cidadãos sobre seus direitos, mesmo daqueles de foro mais íntimo como os concernentes à própria vida humana, não será plenamente conhecido e garantido se não houver comprometimento por parte de todos os entes do Estado.

Uma vez proposta uma jurisdição sustentável como novo paradigma de Estado, corrobora-se a pertinência do aludido recorte temático, demonstrando sua conjectura ao documento intitulado "O caminho para a dignidade até 2030: acabando com a pobreza, transformando todas as vidas e protegendo o planeta", que apresenta a agenda a ser seguida pela Organização das Nações Unidas (ONU). Presentes no texto encontram-se os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), dentre os quais se extrai o item de número dezesseis, e seus desdobramentos, taxativamente determinando o comprometimento em:

> 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; 16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos; 16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis; 16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais. (Nações Unidas, 2014).

Observados tais tópicos pertencentes ao conjunto de objetivos a serem alcançados em esfera global, é notória a importância de se prover a sustentabilidade multidimensional, anteriormente aludida, aos mais variados níveis de concessão de direitos, garantindo o acesso

à justiça, às liberdades individuais e, em última análise o exercício da autodeterminação por parte dos indivíduos, cientes e empoderados das ferramentas que possuem. Em outras palavras, alguns estudiosos compreendem que o caminho para a efetivação da própria dignidade, até o ano de 2030, é a sustentabilidade (PESSINI; BERTACHINI; BARCHIFONTAINE; HOSSNE, 2015, p. 135).

Assim, as aspirações basilares do Estado Democrático de Direito continuam suspensas, à espera de uma concretude célere e eficaz, que não demostra ser por meio da judicialização. O Judiciário precisa servir de veículo de propulsão à direitos de todas as ordens, porém apenas quando houverem lacunas legislativas insanáveis, e resoluções extrajudiciais inviáveis.

Nesse sentido, no que diz respeito às situações de fim de vida, a busca pelo que os Tribunais têm a dizer, tem maior ligação a falta de conhecimento técnico, a inexistência de previsão normativa que oriente a população, bem como o não interesse do Estado em lançar políticas públicas de conscientização sobre o fim de vida. Casos de distanásia, mistanásia e ortotanásia[5], por exemplo, seriam mais bem compreendidos se houvesse algum tipo de fomento à discussão do tema.

Sob tal análise, afere-se a real necessidade de observação quanto à judicialização de questões pertinentes ao fim da vida humana, para que estas, à luz da constitucionalização do Direito, ao menos sigam o caminho da garantia da dignidade humana. Sendo assim, enquanto não se repensar a jurisdição, a busca racionalista pela segurança na voz dos Tribunais, o magistrado continuará sendo o responsável por decidir sobre o fim de vida de milhares de pessoas que desconhecem a autonomia/autodeterminação que possuem.

Por fim, diante do ressaltar da, ainda fundamental, presença do Poder Judiciário nas causas sobre direitos de ordem individual, dentro da égide das liberdades fundamentais concebidas por uma futura jurisdição sustentável, cabe salientar, por último, as vantagens para o Estado em se refletir sobre tal objeto de análise. Reavaliar a necessidade de intervenção dos magistrados em questões que poderiam ser solucionadas extrajudicialmente, por meio de empoderamento informacional, é repensar acerca da redução custos para a máquina estatal, diante da desburocratização do acesso à justiça; ao fim e ao cabo, bendiga Carlini (2016) “a vida é preciosa, mas a saúde tem preço”, seja em prol da coletividade, do indivíduo, ou do próprio ente estatal, que seja revista, a jurisdição atual.

[5] Para maiores informações sobre as práticas de ortotanásia, distanásia, mistanásia e até mesmo as distintas espécies de eutanásia – ativa, passiva, direta e indireta – indica-se a leitura da obra de Diniz (2002), obra que dispõe claramente sobre a ciência Bioética e o ramo ao qual o Direito a ela se coaduna, o Biodireito.

CONCLUSÃO

Inicialmente confrontado o atual modelo de Estado, fez-se notória a presença constante de ideais do racionalismo moderno, a não superação do paradigma racionalista que em nada se adequa na concretização dos novos direitos. Nesse exato sentido, tem-se que o nascer de uma sociedade global, composta por uma gama de novas aspirações litigiosas, despende de uma adequação por parte do Poder Judiciário, no intuito de garantir a efetividade do Direito.

Como resquício de tal racionalismo impregnado à jurisdição, percebe-se o contínuo movimento de busca pelo Judiciário para a satisfação das lides e, consequentemente, o agigantamento deste Ente. Tal fenômeno constitui o protagonismo dos tribunais, em que pese a possibilidade de decisões discricionárias e/ou arbitrárias como resposta as demandas, bem como dá origem a judicialização como aparato de solução para o provimento de direitos.

Ao tentar compreender melhor o que está por detrás da judicialização em massa, tem-se justamente o enraizar da busca pela segurança que, para grande parcela da população, emana tão somente da voz dos Tribunais. Dessa forma, talhou-se o estudo no sentido de discorrer argumentações que enfatizassem a importância de outros mecanismos de acesso à justiça, que não dependam do ingresso na via judicial.

Tratou-se, pois, da juridicização das demandas, ou seja, a tratativa de tais problemáticas com fulcro no que prevê o Direito, porém de modo extrajudicial. Então, citou-se o maior obstáculo a efetivação de direitos que pode existir em termos de direitos e garantias fundamentais: o despreparo do próprio indivíduo, sua falta de aptidão para compreender suas faculdades. Tal realidade deve ser superada com a majoração de políticas públicas – realizadas especialmente pelo órgão responsável – a fim de consagrar o direito à autodeterminação como prática recorrente na defesa de direitos, especialmente no tocante aos de ordem individual sobre as liberdades fundamentais.

Em se tratando de defesa ao direito de autodeterminação, procurou-se avaliar de que forma os indivíduos compreendem o processo de fim de vida, ao passo que não existe legislação de determine sobre tais aspectos, tampouco interesse do Estado em empoderar informacionalmente tais sujeitos. Reconhecendo o importante *locus* que tal discussão ocupa em face das novas demandas emergentes da atual sociedade global, matérias como ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade precisam ser legisladas ou, como alternativa segunda, enfatizadas em políticas de atendimento aos cidadãos.

Por fim, em que pese a necessidade de se repensar sobre a atual jurisdição, apresentou-se um novo paradigma de atuação jurisdicional, por meio de ideais de sustentabilidade, a fim de se consagrar um cenário de efetiva justiça social, preventiva e efetiva na garantia à direitos. Direitos estes, como o direito à vida e à prestação da saúde, que até o último instante da existência humana, precisam estar garantidos ao centro das discussões sobre acesso à justiça, o que oportunizará a disseminação dos ideais de autodeterminação aos indivíduos, retirando do Judiciário uma gama de demandas sobre as quais não lhe cabe decidir.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização?** As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. Rio de Janeiro: Revista de Saúde Coletiva, 2010, p. 33-55. Disponível em: < http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>. Acesso em 13 jan. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Rio de Janeiro: **Revista de Direito do Estado**, 2009.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** hacia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica S.A., 2002.

BLIACHERIENE, Ana Carla e SANTOS, José Sebastião dos**. Direito à Vida e à Saúde** – Impactos Orçamentário e Judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Resolução nº 1.805/2006.** Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em 10 jan. 2017.

_____. **Projeto de Lei do Senado n. 524/2009**. Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94323>. Acesso em: 15 jan. de 2017.

_____. **Resolução nº 1.995/2012.** Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br >. Acesso em: 10 jan. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Safe, 2002.

CARBONELL, Miguel. El neoconsitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo.** Madrid: Trotta, 2007.

CARLINI, Angélica Luciá. Direito e promoção à saúde no Brasil. *In*: **II Congresso Brasileiro de Direito Médico.** Santa Maria: ULBRA, 2016. (Comunicação oral).

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**,1987. Disponível em: < http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2002.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A refundação da jurisdição e as multidimensões da sustentabilidade: Qual a jurisdição que temos e qual queremos? In: TYBUSCHU, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Orgs). **Direitos Emergentes na Sociedade Global:** Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Ijuí: Unijuí, 2013.

_____. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função.** (Ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?), 2008. Disponível em: <http://migre.me/uCueR>. Acesso em: 10. Jan. 2016.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUIMARÃES, Roberto P.. A assimetria dos interesses compartilhados: América Latina e a agenda global do meio ambiente. In**: Ecologia e política mundial.** LEIS, H. R. (org.). Rio de janeiro: Vozes, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério:** uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. In: **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2017.

PESSINI, Leo; BERTACHINI, Luciana; BARCHIFONTAINE, Christian de P. de; HOSSNE, WILLIAM S**.. Bioética em tempos de globalização.** São Paulo: Loyola, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa**. Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Epistemologias das ciências culturais.** São Paulo, Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz**. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

URBAN, Cícero de Andrade. **Bioética Clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2003.