

JUDICIALIZAÇÃO DA

VIDA
P
F
I
V
A
L
A

THIAGO PENIDO MARTINS

RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES

RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JÚNIOR

[ORGS.]

A TUTELA DA
AUTONOMIA E
DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE

JUDICIALIZAÇÃO DA

VIDA
P
I
A
L
A

A TUTELA DA
AUTONOMIA E
DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE

VOLUME 1

JUDICIALIZAÇÃO DA

VIDA

PEF

I V

AL A

THIAGO PENIDO MARTINS

RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES

RODOLPHO BARREIRO SAMPAIO JÚNIOR

[ORGS.]

A TUTELA DA
AUTONOMIA E
DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Tales Leon de Marco

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

Judicialização da vida privada: a tutela da autonomia e dos direitos da personalidade; MARTINS, Thiago Penido; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida; JÚNIOR, Rodolpho Barreiro Sampaio. [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-765-2

1. Direito 2. Direito Civil. 3. Direito Privado I. Título.

CDU347

CDD342.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....9

1. ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL E A (RE) INCLUSÃO SOCIAL POR MEIO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....11

Grazielle Mendes Martins

2. A INICIATIVA PRIVADA NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO TERCEIRO SETOR.....31

Moisés Eugênio Ferreira

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL FACE À RESERVA DO POSSÍVEL: DIREITO AO TRATAMENTO DOS PORTADORES DE DOENÇAS RARAS.....47

Lucas Carvalho Américo

4. JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS PROTAGONISMO JUDICIAL E A AUTONOMIA PRIVADA.....83

Aparecida Dutra de Barros Quadros

**5. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA
VEDAÇÃO LEGAL À LAQUEADURA TUBÁRIA TUTELA
DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PRÓPRIO CORPO...115**

Júnia Gonçalves Oliveira

**6. O DIREITO À MORTE DIGNA COMO UM NOVO
DIREITO DE PERSONALIDADE.....127**

Rodrigo César Bueno

Rodrigo Almeida Magalhães

**7. ANÁLISE ECONÔMICA DA JUDICIALIZAÇÃO
DA SAÚDE PRIVADA SAÚDE E LIBERDADE
CONTRATUAL.....147**

Thiago Penido Martins

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

**8. A AMPLA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR CASAIS
HOMOSSEXUAIS NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL175**

César Fiuza

Luciana Costa Poli

**9. O PROCESSO COMO LEGITIMADOR DOS
PROVIMENTOS JURISDICIONAIS.....197**

Natália C. Rabelo de Oliveira

**10. A PROTEÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA E AO
DIREITO DE LIBERDADE DE CRENÇA E RELIGIÃO
DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ COMO FORMA DE
PROMOÇÃO DE SUA DIGNIDADE E DE SEU DIREITO
AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA
PERSONALIDADE.....215**

Eduarda Lorena dos Santos Rodrigues

Thiago Penido Martins

APRESENTAÇÃO

A Judicialização da Vida Privada constitui uma das temáticas mais relevantes da atualidade, exigindo daqueles que se dedicam ao estudo do Direito uma análise aprofundada sobre os limites da intervenção dos órgãos jurisdicionais na vida privada, em especial, a partir de uma releitura crítica de temas como eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, autonomia privada, liberdade contratual, dirigismo contratual, direito ao corpo, neoconstitucionalismo, jurisdição e hermenêutica constitucional, ativismo e controle jurisdicional.

A presente obra, nessa esteira, é fruto da reunião de trabalhos acadêmicos produzidos pelos alunos e professores dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna, da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, e da Faculdade Milton Campos, cujas temáticas analisadas pretendem contribuir para o debate e aprofundamento teórico acerca da Judicialização da Vida Privada em seus mais diversos matizes.

O compromisso dos Professores organizadores dessa obra foi o de incentivar e orientar a produção dos trabalhos acadêmicos que a compõem, buscando manter a coesão entre as temáticas propostas, contribuindo para a compreensão e superação dos desafios inerentes à Judicialização da Vida Privada no ordenamento jurídico direito brasileiro, principalmente diante do constante e desmensurado intervencionismo do Estado na esfera privada do existir humano, seja em questões patrimoniais ou existenciais.

Apresento, com muito orgulho e entusiasmo, o livro *Judicialização da Vida Privada: tutela da autonomia privada e dos direitos da personalidade*, o qual reúne estudos produzidos por dedicados professores e alunos, que impulsionados pela necessidade de contribuir com os debates e estudos existentes, compartilharam seus conhecimentos, sempre em busca de proposições que tenham por desiderato assegurar o respeito aos direitos fundamentais, em especial, à autonomia privada e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade.

Thiago Penido Martins

Professor de Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Itaúna

ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL E A (RE) INCLUSÃO SOCIAL POR MEIO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

GRAZIELLE
MENDES
MARTINS¹

1. INTRODUÇÃO

Em que pese ser o ponto nodal do presente artigo a concessão do acesso à educação infantil e a (re) inclusão social por meio do controle judicial de políticas públicas, impossível fazer uma dissociação da conceituação dos direitos fundamentais, sua aplicabilidade e seus desdobramentos, que desencadearam na necessária existência do controle judicial. Essencial, portanto, abordar a constitucionalização de alguns direitos por força da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), a aplicabilidade dos direitos fundamentais e a tripartição dos poderes. De igual maneira, é crucial passar pelo estudo das políticas públicas, e, via de consequência, pela judicialização das políticas públicas, enfrentando, neste último aspecto, o acesso à educação infantil concretizado por meio do controle judicial.

Objetivou-se, com o estudo, encontrar soluções para o conflito existente, ao identificar a origem, discutir a precedência do direito em pauta, comparar as tentativas do Poder Judiciário em sanar o problema, sugerir medidas passíveis de aplicação imediata/mediata e, por fim, concluir sobre possíveis soluções, com observância às normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes e correlatas ao tema.

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pós Graduada em Direito Processual Civil e Pós Graduada em Direito de Família pela Universidade Estácio de Sá, Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna, Advogada.

A discussão em torno do controle judicial é interesse de toda a população e do Poder Público, ao passo que interfere de forma direta, principalmente na órbita dos direitos e garantias fundamentais explícitos ou implícitos no ordenamento jurídico, com efeitos reflexos para todos.

Embora seja reconhecido o fundamento da ingerência do Judiciário na órbita dos poderes Legislativo e Executivo, exigindo o dever de agir do Estado, há controvérsias sobre os limites e as possibilidades a esse agir quanto à reserva do possível, tripartição dos poderes, mínimo existencial, transformação social e demais embates discutíveis.

No tangente à judicialização e ao controle judicial do acesso à educação infantil, percebe-se como cerne da discussão a essencialidade do bem a ser protegido, com absoluta prioridade e sua violação em nosso sistema é considerada tão grave e inadmissível quanto negar a saúde e a vida.

Nesse sentido, nota-se que frequentemente mães de crianças de 0 a 5 anos, se dirigem à Secretaria de Educação Municipal, em busca de vaga para matricular seus filhos em creches ou pré-escolas. Em regra, são pessoas de baixa renda familiar, que não têm com quem deixar seus filhos e, muitas vezes, estão em busca de empregos e precisam se (re) incluir no mercado de trabalho. Os Municípios, em regra, alegam não serem dotados de estrutura suficiente para atendimento da demanda social crescente em nosso país.

Assim, para ter o amparo do direito social constitucional de acesso à educação, resta às famílias recorrer ao Poder Judiciário, por meio de ações judiciais, para conseguir a disponibilização de vaga em creche ou pré-escola nas proximidades de casa.

A Constituição Federal prestigia a educação infantil, como forma de propiciar o desenvolvimento integral das crianças de zero a cinco anos de idade, por meio do atendimento em creches e unidades de pré-escola (artigo 208, inciso IV, CR/88). O direito à educação também encontra guarida no Estatuto da Criança e adolescente (artigo 4º) e na lei 9.394/96 de Diretrizes e Bases da Educação (artigo 2º).

No entanto, apesar da previsão constitucional e infraconstitucional, nota-se que o direito à educação, precipuamente a infantil, não é exercido em sua plenitude, e, na eventualidade de não observância dos preceitos legais, pode se valer o Poder Judiciário da judicialização das políticas públicas, sem ingerência do Poder Executivo e determinar a concreção dos direitos garantidos constitucionalmente por meio do controle judicial.

À partir dessas premissas, denota-se que as crianças de 0 a 5 anos de idade têm seu direito constitucional à educação relegado há anos, e, com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial prejudicados em sua amplitude.

Portanto, sendo dever do Estado garantir o acesso à educação, diante da omissão pelo Poder Executivo, cabe ao Poder Judiciário, de forma excepcional, sem ferir a Tripartição de Poderes ou o princípio da Reserva do Possível garantir o direito fundamental suscitado através da judicialização e controle das políticas públicas.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O termo direitos fundamentais sociais advém da Constituição de Weimar e se difundiu por várias outras, inclusive para a Constituição Brasileira de 1988, com inserção dos direitos e garantias fundamentais no título II, artigos 5º ao 17. Incluso no capítulo II os direitos sociais e não limitados a estes capítulos, temos o direito à educação previsto também nos artigos 205 a 214 do título VIII.

SARLET assim conceitua direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) (2015, p. 61).

Interessa ao presente estudo, os direitos sociais prestacionais, mais precisamente o direito à educação, bem como sua aplicabilidade imediata com fulcro na norma do artigo 5º, parágrafo primeiro da CR/88. Quanto à aplicabilidade imediata preleciona SARLET:

Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausên-

cia de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada. (2015, p. 243).

O mesmo autor ainda destaca a necessidade de resposta a três questionamentos no que concerne a obrigação do poder público a realizar justiça social, o limite da prestação social assegurado pelos direitos fundamentais e a viabilidade de reclamação judicial pelos particulares, senão vejamos:

a) se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo?; b) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direito fundamentais? e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade dos recursos para sua satisfação? (SARLET, 2015, p. 303).

As questões acima suscitadas podem ser respondidas com amparo na dignidade da pessoa humana, por pressupor o mínimo existencial na órbita dos direitos sociais atribuindo autonomia ao indivíduo, destacando sua liberdade e a própria dignidade.

Ao se valer da dignidade da pessoa humana como padrão das prestações sociais, resguardado pelas normas de direitos fundamentais, torna-se necessário solucionar o problema da aplicação de tais direitos. Neste sentido, deve ser observado o princípio da ponderação de Alexy com observância do caso concreto, sempre pautado no mínimo existencial.

Nas situações em que haja conflito entre a competência legislativa e os direitos sociais prestacionais na órbita do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, deve ser reconhecido e prevalecer o direito ao mínimo existencial pelo critério da ponderação.

A exigência face ao Poder Judiciário de solucionar tais demandas, de maneira vinculativa e impositiva, valendo-se da judicialização ou controle judicial de políticas públicas, funciona como papel reparador das omissões do poder público.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo BUCCI (2002, p. 241) *“políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado*

e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. O autor argumenta a possibilidade de análise do referido conceito em dois sentidos. No sentido político, podem ser lidas como um processo decisório composto por conflito de interesses, delimitado pelo agir do governo. Sob o ponto de vista administrativo, são conjuntos de projetos, programas e atividades colocados em prática também pelo governo.

VALLE, citando Theodoulou, trabalha o conceito a partir de elementos comuns presentes nas diversas escolas que se dedicam ao tema:

Políticas Públicas devem distinguir entre o que o governo pretende fazer, e aquilo que, de fato, ele realmente faz; que a omissão governamental é tão relevante quanto a ação. Políticas públicas, no plano do ideal, envolvem todos os níveis de governo, e não estão restritas a atores formais – em verdade, atores informais podem se revelar extremamente importantes; Políticas públicas é um tema que invade a ação governamental, e não está limitada à legislação, ordens executivas, regras e regulação – portanto, aos instrumentos formais desse agir do poder; Políticas públicas envolvem um curso de ação intencional, com uma finalidade específica e conhecida como objetivo; Políticas públicas envolvem um processo em desenvolvimento; elas compreendem não só a decisão pela promulgação de uma lei ou projeto, mas também as ações subsequentes de implementação, apoio e avaliação. (2016, p. 34)

A autora sugere, ainda, que políticas públicas “expressam, portanto, decisões [...] que, todavia, *se constroem a partir do signo da multiplicidade, e não de ser entendidas numa perspectiva de continuidade*”.

As políticas públicas, via de regra, são medidas de ordem do Poder Executivo, por meio de um juízo de conveniência e oportunidade, que levam em conta as necessidades prioritárias da população e os recursos orçamentários, relacionadas ao diagnóstico e planejamento, execução e avaliação das ações e políticas estabelecidas pelo governo, nas esferas federal, estadual e municipal, de prestação de serviços para a sociedade em geral. Assim, afetam a todos os cidadãos com o fito de promover o bem estar social.

As políticas públicas podem ser tanto medidas de Estado, por serem previstas constitucionalmente, como política de governo, face à alternância de poder.

Elas estabelecem metas e encaminham soluções para resolver problemas sociais nas mais diversas áreas, como educação, saúde, assistência social, habitação, lazer, transporte, segurança e meio ambiente, visando à melhoria dos serviços prestados à população com criação de programas, proposições e análises de linhas de financiamento com recursos públicos e avaliação dos resultados alcançados com as medidas adotadas, inovando as políticas já existentes ou definindo novas estratégias para solucionar problemas da coletividade, sempre de acordo com a viabilidade social, econômica e política.

As políticas públicas possuem fases ou ciclos a serem observados, quais sejam: formação da agenda; formulação; implementação; monitoramento; e avaliação. Possuem destinatários definidos pelo nível de necessidade, pobreza ou risco, podem ter caráter universal destinado a todos, ou destinadas a grupos específicos, com condições específicas.

Não pode, assim, o Executivo, se furtar à elaboração de políticas públicas para atender os direitos sociais prestacionais previstos no artigo 6º da CR/88 e, ocorrendo tal hipótese, ou cumprindo de maneira ineficiente as políticas públicas, surge a discussão da possibilidade de intervenção dos órgãos jurisdicionais para aplicar e resguardar a implementação desses direitos, conforme se verá a seguir.

3.1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No Brasil, o processo de redemocratização do país impactou diretamente o Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988 veio como uma resposta aos anseios democráticos, após décadas de reiterados abusos, que desprestigiaram e mantiveram, à margem da lei, a maior parte da população.

A partir desse revés, trazido pela chamada “Constituição Cidadã”, os mais variados direitos foram previstos e ofertados indistintamente a todos, sendo que alguns deles foram elevados à condição de cláusulas pétreas, mantendo-se intangíveis e, por isso, à salvo de qualquer tentativa que viesse suprimi-los ou mesmo diminuí-los.

Ocorre que, quando se lança num projeto tão ousado de conquista de direitos, onde há a ruptura com antigos paradigmas, surgem situações novas, cujos contornos somente o tempo pode delimitar. E justamente assim ocorreu, a partir do momento em que a Constituição optou por garantir em seu texto direitos para os quais muitas vezes ficou evidenciado que o Estado não estava preparado para suprir.

Nesse sentido, a própria conjuntura econômica acabou representando um entrave para concretização de muitos desses direitos, uma vez que, ao mesmo tempo em que se adota uma política de inclusão, há por outro lado um economia de exclusão, alicerçada num capitalismo que cada vez mais se transforma e exige mudanças em todo o sistema. Nesse sentido MORAES menciona que:

Quando se constitucionaliza o chamado Estado Democrático de Direito- como nova versão do Estado Social-, deve-se atentar para o que isso significa e, por consequência, para as condições, possibilidades e limites de realização das promessas construídas no/pelo ‘contrato constitucional’ e contidas no bojo da Carta Política que o caracteriza. (2012, p.28).

Dessa forma, não há como ignorar que há uma insuficiência clara para dar conta de um contexto de profunda transformação das estruturas e políticas sociais, apesar de ser preciso insistir e acreditar que há um meio de se superar tal descompasso, que surge diante de necessidades infinitas, de um lado, e recursos escassos, do outro.

Outrossim, como se não fossem suficientes as dificuldades já apontadas, há ainda um outro obstáculo a ser transposto, qual seja, mesmo com a crescente popularização dos direitos, a ordem jurídica não é, e tampouco tem sido apresentada, de forma nítida, a todos os jurisdicionados, o que acaba por expor a tensão de acesso à justiça no outro lado de sua moeda, implicando na necessária ingerência do Poder Judiciário como garantidor do acesso à justiça e da aplicação dos direitos sociais prestacionais, de modo a aplicar e se fazer valer as políticas públicas previstas na Carta Magna.

Por essa concepção, vislumbra-se uma grande dificuldade de se socorrer do Judiciário, uma vez que grande parte da população, justamente a que mais precisa de cuidado, acaba por ficar à margem, seja porque não possui conhecimento hábil de como apresentar suas demandas à justiça, seja porque a própria hipossuficiência financeira a impede de se amparar devidamente.

Desta feita, ao mesmo tempo em que o judiciário é visto como meio para materializar direitos previstos na legislação, o que muitas vezes provoca a sua superlotação e dificulta uma prestação jurisdicional célere, por outro lado, grande parte da população, acaba ficando sem ter acesso à justiça uma vez que experimenta vulnerabilidades de ordem financeira, técnica e social.

É sob esse panorama que a constitucionalização das políticas públicas surgem no panorama jurídico, insertas com objetivo de facilitar o acesso à justiça enquanto direito fundamental capaz de ser uma resposta do Estado-Juiz frente às demandas da sociedade moderna.

Nesse sentido, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais sociais, revelou-se necessária a **introdução de dispositivos referentes às** políticas públicas no cenário da constitucionalização. Isso se deu sem um texto base, por votação descentralizada sob assuntos afetos à ciência política gerando embaraços a um consenso, fruto do desconhecimento amplo do assunto. Emergiu, assim, um texto confuso sobre a atuação do poder, sem a devida profundidade quanto à matéria e o meio de aplicação prática, sendo a política pública imbuída da falta de uma teoria suficiente na CR/88.

Disso defluiu a inclusão de características dispostas no texto constitucional difíceis de explicar, ou, lado outro, a proposição de direito sem esclarecimento da efetiva extensão do dever do Estado sobre o modo como garanti-lo, resultando, daí, a falta de efetividade de compromissos constitucionais para políticas públicas futuras, com ensejo ao surgimento da necessidade de atuação judicial para suprir omissão legislativa ou administrativa.

Vale destacar que as políticas públicas, além do texto constitucional, **são incorporadas por meio de novos dispositivos** infraconstitucionais, com vinculação à programas futuros, frutos de longo processo de negociação, de difícil concretização, e razão da inércia do Legislativo e da pouca capacidade do Executivo e do Judiciário superarem o bloqueio parlamentar.

Quando se trata de efetivação dos direitos fundamentais tem-se a confluência da política parcial ou inteiramente constitucionalizada (geradora de judicialização) que de acordo com VALLE (2016, p. 57) *“importa em atrair para o julgador a possibilidade de proteção da constituição através da tutela de direitos fundamentais, tudo no exercício do judicial review”* ou a política pública decorre do atuar do legislador (pode não ser suficiente para gerar imediatamente o resultado esperado, gerando nova intervenção administrativa).

VALLE assim discorre sobre a constitucionalização das políticas públicas:

Políticas públicas constitucionalizadas, associadas com a preocupação de oferta de garantias do controle do poder

– judicial inclusive –, em favor da efetividade da Carta de Outubro, tem por resultado uma sobrecarga no sistema da justiça, e por duas razões. No plano mais imediato, a multiplicação de direitos (com maior ou menor densidade constitucional) determina por si só uma maior litigiosidade; de outro lado, a indeterminação do conteúdo possível das políticas públicas sugeridas no texto constitucional como exigível de parte do Estado remete ao Judiciário justamente os debates em relação aos limites e à eficácia desses mesmos preceitos. (2016, p. 58)

O embate traz consigo a judicialização das políticas públicas, seja por meio das ações coletivas ou individuais. Observa-se que a constitucionalização de políticas públicas ou ampliação do controle judicial, encampa um dilema na consagração dos direitos fundamentais visto que há uma sensação de inadequação ou desproporção do esforço do Estado, ao cumprir seus deveres e os resultados alcançados.

Nesse sentido, a ausência de transparência da prática pública corrobora para a ideia de ausência de concretização por falta de vontade política ou prioridade diversas das enunciadas na CR/88. Dessa forma, gera a falsa sensação de que a inaplicabilidade de políticas públicas protetivas dos direitos fundamentais seria causado por distúrbios do poder a serem corrigidos pela prestação jurisdicional.

O entendimento acima disposto, leva à crítica em torno das decisões judiciais postas e vistas como de progresso e incrementadoras de direitos fundamentais, que são simbólicas ou sem exequibilidade, com risco ao desmerecimento do Poder Judiciário e o sistema de controle de poder.

4. JUDICIALIZAÇÃO E CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os termos judicialização e controle de políticas públicas são considerados por vezes sinônimos, no entanto, guardam, em sua essência, diferenciação quanto ao modo e momento de execução. A judicialização pode ser entendida como o momento de provocação do Judiciário face à ação ou omissão estatal. Já o controle judicial, consiste na solução aplicada ao caso concreto, decidindo o Judiciário questões afetas ao Legislativo ou Executivo, oriunda da mesma ação ou omissão citada acima.

A provocação do Judiciário face à omissão ou ação dos Poderes Legislativo ou Executivo, como meio de solucionar conflito essencialmente político, é conhecido como judicialização de políticas públicas. Nesse sentido argumenta Janaina Brito:

O termo judicialização da política tem sido utilizado para designar o uso de meios propriamente jurídicos para a resolução de conflitos em áreas cuja atuação é majoritariamente política, assim como para a sinalizar a crescente presença das instituições nestas áreas. (BRITO, 2011, p. 11)

Baseado nos ensinamentos trazidos por Carvalho (2004), pode-se afirmar que a judicialização ocorre como resposta a uma falha do Poder Executivo e Legislativo em atender suas demandas, as quais são transferidas ao Judiciário, mediante um sem número de ações individuais ou coletivas, ajuizadas por aqueles que se vem lesados em um direito constitucionalmente tutelado.

Com a multiplicação de demandas provocativas do Poder Judiciário, sedenta por respostas e envolta em uma possível ingerência no campo dos demais poderes, surgem críticas quanto à ação do Judiciário por parte da doutrina, fundamentada em uma separação rígida dos poderes, sem ingerência de um poder para com o outro, com objetivo de evitar o ativismo judicial.

Em outro norte, parte da doutrina, mesmo adepta ao princípio da separação de poderes, entende que não deve haver um distanciamento entre eles, mas sim, uma relação de interdependência e comunicação. As principais ações ensejadoras de atenção do Poder Judiciário perante os direitos prestacionais são referentes à educação, saúde e segurança pública. Segundo CANOTILHO:

A Constituição, como estatuto jurídico do político, define os princípios políticos constitucionalmente estruturantes, estipula a configuração e disposição organizacional do Estado e do governo, estabelece as atribuições e competências constitucionais dos órgãos de direção política, e determina os princípios, formas e processos fundamentais da formação da vontade política e das tomadas de decisões pelos órgãos político-constitucionais. (1998, p. 1080-1081)

No mesmo sentido, o controle do poder político, pode usar como base os preceitos constitucionais, apesar de não ser tarefa de fácil

execução, devido à oposição por controle e limitação. No entanto, o Estado Democrático preza pela evolução das instituições, o controle dos poderes do Estado e da sociedade, com fulcro na concretização das previsões constitucionais.

A execução do controle de poder se concretiza por meio do controle de constitucionalidade e por meio do controle de conformidade dos atos governamentais (materializam o gerenciamento constitucional), sendo este o motivo de sua importância, pois atinge as omissões administrativas, normativas e governamentais.

O controle de conformidade abarca, por exemplo, ações ou omissões, criação de políticas públicas, e, estabelece obrigações de fazer, não fazer, além da nulidade dos atos contrários à previsão constitucional, precipuamente no que tange aos direitos fundamentais. Assim, ao realizar atos de um poder discricionário, a administração está vinculada a cumprir com presteza as determinações constitucionais, sob pena de sua invalidade.

Feita a descrição do controle de conformidade, passa-se, então, ao controle das políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro. Em razão das omissões estatais ou comportamento abusivo, o controle judicial tem encontrado campo fértil para sua atuação, ao exercer o controle jurisdicional de políticas públicas, com fundamento em preceitos constitucionais, para garantir que o poder público aplique os recursos disponíveis e atenda ao interesse público adequadamente.

Impele ainda destacar a subsidiariedade do Poder Judiciário aos Poderes Executivo e Legislativo (poder político). Cabe, todavia, o controle judicial nos sentidos formal (conjunto de normas em consonância com o sistema jurídico) e material (discriminação adequada dos objetivos e meios adotados), verificar se o programa de políticas atende à ação, se não haverá divergência com outras políticas públicas e se há convergência do processo com a situação jurídica.

Merece destaque o entendimento de condição obrigatória dos três poderes em cumprir as determinações a eles direcionadas, sob pena de coerção nos termos do artigo 37, § 6º da CR/88. O problema gira em torno dos limites e possibilidades de ingerência do poder Judiciário e as implicações, porque ele não pode fazer políticas públicas, mas, pode assegurar o cumprimento das previsões constitucionais.

Cumprir destacar, que as políticas públicas vinculantes reservam a todos, indistintamente, o direito de proteção à ameaça ou lesão à

direitos, e, devem ser implementadas em observância ao caso concreto e se valendo da ponderação.

5. DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL E REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE VAGA EM CRECHES

Sabe-se que nem todos os direitos positivados pela Constituição e demais legislações encontram-se, de fato, em estado que possam ser usufruídos de modo imediato pelos seus destinatários. Assim, em muitos casos será necessária uma intervenção judicial como alternativa para que as pessoas tenham amparados seus direitos, tendo o Estado avocado para si o poder de solucionar essas demandas sociais.

Ocorre que há um paradoxo: de um lado vê-se a democratização legal do acesso à justiça, na qual a justiça é ofertada pela Constituição a todos indistintamente como um direito fundamental e, do outro, vários fatores que acabam tornando esse direito difícil de ser alcançado de modo eficiente e célere, sendo que, não raro, grande parte da população sequer consegue se posicionar diante dos seus direitos.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, XXXV que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Assim, está nitidamente definido o papel do Poder Judiciário como espécie de garantidor dos direitos frente à possíveis lesões e ameaças de lesão à direitos de modo que todos têm, pela lei suprema, o direito de acesso à justiça para demandar tutela jurisdicional, seja ela reparatória ou preventiva, contemplando direitos individuais ou mesmo difusos e coletivos.

Dessa forma, tem-se que o acesso à justiça foi visto em sua matriz constitucional como um dos maiores mecanismos de materialização para uma ordem jurídica que, de fato, se mostre livre, justa e igualitária. Depara-se atualmente com o risco de perder seu maior propósito caso não encontre um caminho apto a retirá-lo do contexto de tensão para o qual involuntariamente se viu inserido.

Num contexto em que se busca democratizar o acesso aos direitos, não apenas a nível individual, como também coletivo, é importante discutir quais alternativas poderiam levar à um atendimento mais eficaz, célere, e principalmente, onde não se vivencie exclusões de direitos de modo tão recorrente.

No que tange ao acesso à educação, há previsões constitucionais e infraconstitucionais que garantem o direito à educação básica, desde a educação infantil, com vistas a proteger esse direito essencial. Conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 205, *“a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”*

Mais adiante, no inciso IV, do artigo 208 da Constituição da República, consta que, *“O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.”* Enfatiza-se, ainda, que, nos termos do artigo 211, §2º da Constituição da República, compete prioritariamente aos Municípios atuar no ensino fundamental e infantil.

Complementando, anota-se que o direito à vaga em creche ou pré-escola, encontra-se resguardado inclusive pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, em especial no artigo 54, inciso IV, segundo o qual *“É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;”*

Na mesma lógica da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a lei 9.394/96 de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prevê que, *“a educação infantil será oferecida em, creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.”*

Apesar da garantia constitucional do direito à educação e das previsões em normas infraconstitucionais, nota-se que o direito à educação, precipuamente a infantil, vem sendo relegada há anos, conforme preleciona HADDAD, senão vejamos:

Em relação à educação infantil, para crianças de 0 a 6 anos, pode-se dizer que a falta de acesso é ainda o grande foco da exclusão. Atualmente, existem 23 milhões de meninos e meninas nessa faixa etária e, apesar do impacto da educação infantil no desenvolvimento das crianças, menos da metade frequenta creche e/ou pré-escola. (2007, p. 24)”.

Exemplificativamente, verifica-se que em Belo Horizonte, as vagas são distribuídas de acordo com critérios especificados pela portaria 175/2011, da Secretaria Municipal de Educação, segundo a qual a matrícula é compulsória para crianças com deficiência ou sob

medida protetiva. O restante das vagas, 70% são preenchidas, por ordem de classificação, pelas crianças pertencentes a famílias em situação de vulnerabilidade social, 10% das vagas são preenchidas por meio de sorteio entre as famílias cujo endereço de residência ou do trabalho dos pais esteja no raio de até um quilômetro da unidade; e 20% são preenchidas por sorteio público, do qual participam todas as crianças não incluídas nos critérios anteriores, ficando cadastradas as demais e chamadas na ordem de classificação quando surgirem novas vagas.

É gritante a necessidade de implementação de políticas públicas no setor da educação, notoriamente no que tange à educação infantil, visto que, de acordo com pesquisa recente, no Brasil, 85% das crianças de 0 a 3 anos de idade estão fora das creches públicas, enquanto das crianças com idade de 4 a 5 anos, 20% não frequentam a pré-escola. Apesar do número ser reduzido, se comparado com a creche, ainda é deficitário o atendimento do ensino público municipal. Os dados foram revelados pela prévia do Censo Escolar 2012, divulgado pelo Inep (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais) e publicado no Diário Oficial da União.

A negativa da Municipalidade em fornecer vaga para as crianças de 0 a 5 anos de idade atinge frontalmente a Constituição da República, e via de consequência, as legislações infraconstitucionais. Por se tratar de um direito líquido e certo, a sua inobservância, enseja a proteção pelo Poder Judiciário sem, contudo, ferir os princípios da Separação de Poderes e da Reserva do Possível.

6. MEIO PROCESSUAL ADEQUADO PARA REQUERIMENTO DE VAGA VIA AÇÃO JUDICIAL

Apesar de ser competência do Poder Legislativo e Executivo a formulação e execução de políticas públicas, tal fato não se exime o Poder Judiciário, em caráter meramente excepcional, se valer da judicialização de políticas públicas e do controle judicial, em caso de omissão, para cumprimento e garantia de direitos fundamentais básicos, tal como o da educação, não resvalando na reserva do possível ou ferindo a tripartição do poder.

Nesse sentido, sobre a atuação do Poder Judiciário, destaca:

“[...] tendo em vista que uma das missões institucionais do Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é garantir os direitos sociais dos cidadãos, que exigem

uma atuação positiva, para a realização deste objetivo, ele pode conformar, aperfeiçoar e adequar as políticas públicas elaboradas pelo Executivo e o Legislativo, tendo sempre como referência a obediência às normas constitucionais.” (LA BRADBURY, 2016, p. 17).

É reconhecida como legítima e reiteradamente provocada a atuação do Judiciário para agir, de forma positiva, como garantidor e guardião da Constituição, limitado às regras e princípios implícitos e explícitos na lei maior, além, da necessidade de fundamentação das decisões, garantia do contraditório e devido processo legal. O agir do judiciário está adstrito tanto ao controle formal quanto ao material.

No entanto, apesar da existência dos limites quanto ao controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, tem crescido a quantidade de demandas levadas ao seu conhecimento, para decidir sobre assuntos antes exclusivos dos Poderes Executivo e Legislativo, fomentando, assim, a judicialização das políticas públicas e, via de consequência, o seu controle judicial.

Vale esclarecer que em casos de omissão ou abusividade do poder público, pode o Judiciário intervir nas políticas públicas, determinando o cumprimento do que está previsto constitucionalmente, não sendo possível o Estado se valer das alegações da reserva do possível e da tripartição dos poderes, visto que irão se resvalar nos princípios da dignidade da pessoa humana e no mínimo existencial, garantido a todos.

Assim, verificada a legitimidade do Judiciário e os fundamentos para o controle judicial, passa-se análise da forma de concretizar a sua atuação. Neste sentido, podem as partes interessadas se valerem do Mandado de Segurança (direito individual ou coletivo) para resguardar direito líquido e certo garantido constitucionalmente, como correção de ato ou omissão da autoridade coatora e, por meio do Ministério Público que tem legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública (direito coletivo), para resguardar os direitos difusos das crianças e adolescentes.

Das decisões dos tribunais, notadamente do Tribunal de Minas Gerais, bem como do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça assim se extrai, senão vejamos abaixo:

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURA-

DO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART.208,IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO”. (Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 45/2004. STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ACESSO À EDUCAÇÃO - MENOR - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - VAGA EM UMEI - UNIDADE MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO INFANTIL - DISPONIBILIZAÇÃO NO TERRITÓRIO DO MUNICÍPIO - DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO E CULTURA - AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA DISCRICIONARIEDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. (TJ/MG, Apelação Cível 1.0024.14.269270-6/001/MG; Des. (a) Rel. Renato Dresch).

“Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde. O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. 4. Cabe ao parquet ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA. 5. A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade por rede própria. 6. De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas

condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada.” (STJ, Resp. 200.200.699.966, Rel Min. Herman Benjamin. Brasília, 24.09.2010).

CACAU (2016, p. 76), preleciona que *“é necessário destacar que a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas deve ocorrer caso haja uma violação constitucional ou ilegalidade”*. Nessa acepção, mostra-se devidamente possível e plausível a intervenção do Poder Judiciário, na implementação de Políticas Públicas, verificada a omissão na concretização de um mandamento impositivo, de forma a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais imbuídos de estatura constitucional.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma análise acerca do controle judicial, torna-se possível verificar que para adentrar especificamente ao tema, primeiro se fez uma análise do constitucionalismo das políticas públicas, para identificar a origem da prevalência dos direitos fundamentais e sua consolidação na Constituição, sua aplicabilidade imediata e eficácia irradiante por todo o sistema jurídico.

Em seguida, fez necessário a conceituação de políticas públicas, sua forma de implementação e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Importa salientar que a omissão ou atuação com abuso de poder estatal, independente da forma, seja pelo Poder Legislativo ou Executivo, com previsão de atuação na Constituição, autoriza o Poder Judiciário, ao ser provocado, por meio de ações individuais ou coletivas, a agir, se valendo da judicialização e controle judicial das políticas públicas.

Ao judicializar e estabelecer um dever de agir dos demais poderes, exercendo o controle de conformidade, o Judiciário, exerce assim, o controle judicial. A doutrina se divide quanto à **tripartição de poderes e sua forma de concretização**, pois, parte pugna por uma separação rígida dos poderes, enquanto, a outra, também favorável à separação, propõe uma interdisciplinabilidade.

A previsão Constitucional em relação à elaboração de Políticas Públicas em matéria de acesso à educação infantil, claramente visa sobrestar a gritante situação de exclusão social e desigualdade na disponibilização de vagas em creches e pré-escolas. Assim, ao não serem

O compromisso dos Professores organizadores dessa obra foi o de incentivar e orientar a produção dos trabalhos acadêmicos que a compõem, buscando manter a coesão entre as temáticas propostas, contribuindo para a compreensão e superação dos desafios inerentes à Judicialização da Vida Privada no ordenamento jurídico direito brasileiro, principalmente diante do constante e desmensurado intervencionismo do Estado na esfera privada do existir humano, seja em questões patrimoniais ou existenciais.

Apresento, com muito orgulho e entusiasmo, o livro *Judicialização da Vida Privada: tutela da autonomia privada e dos direitos da personalidade*, o qual reúne estudos produzidos por dedicados professores e alunos, que impulsionados pela necessidade de contribuir com os debates e estudos existentes, compartilharam seus conhecimentos, sempre em busca de proposições que tenham por desiderato assegurar o respeito aos direitos fundamentais, em especial, à autonomia privada e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade.

THIAGO PENIDO MARTINS

