



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000422782

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004091-02.2018.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ESTADO DE SÃO PAULO e PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ E RUBENS RIHL.

São Paulo, 28 de maio de 2019

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

VOTO Nº 9119

APELAÇÃO Nº 1004091-02.2018.8.26.0224

COMARCA: GUARULHOS

APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADAS: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E MUNICÍPIO DE GUARULHOS

Julgador de Primeiro Grau: *Rafael Tocantins Maltez*

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REEXAME NECESSÁRIO “INVERTIDO” considerado interposto – Aplicação analógica do artigo 19 da Lei nº 4.717/1965 – Demanda voltada a compelir o Estado de São Paulo e o Município de Guarulhos à criação de uma Casa-Abrigo de Acolhimento Provisório para mulheres, acompanhadas, ou não, de seus filhos, em situação de risco ou ameaças, em razão da violência doméstica ou familiar, em local seguro, adequado e mantido em sigilo, dotado de equipe multidisciplinar especializada neste tipo de atendimento – Não há óbice ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, seja alvejando a implantação deficiente destas, seja censurando a omissão (mora não razoável) na implementação dos programas governamentais comandados pelo ordenamento jurídico – Consiste dever do Poder Público ditar políticas públicas na área de assistência aos desamparados, a teor do disposto no artigo 6º, caput, da CF, cabendo ao Poder Judiciário reparar ilegalidades, com fulcro no artigo 5º, XXXV, da CF, desde que se verifique injustificada omissão administrativa no atendimento desse mister - Em que pese tenha prevalecido na redação final do artigo 35 da Lei nº 11.340/2006 o termo “poderá”, é estreme de dúvidas que existe dever constitucional do Estado e do Município de conferirem assistência a mulheres vítimas de violência doméstica e familiar (artigo 6º, caput, da CF), direito social fundamental – Omissão ilegal, ainda que parcial, por parte dos Poderes Públicos, ao quedarem inertes, eximindo-se do seu poder-dever de criar uma casa-abrigo na Comarca de Guarulhos – Prestações materiais já ofertadas que são insuficientes à plena adjudicação do direito social à assistência às mulheres desamparadas, em situação de violência doméstica e familiar, com risco iminente de vida, o que passa pela implantação de uma casa-abrigo na localidade - Construção de casa-abrigo que consiste em política pública específica e essencial ao atendimento de mulheres que sofrem de violência, indicada como solução de última saída para os momentos em que há risco de vida iminente, na ausência de outro lugar seguro para acolher, de maneira sigilosa, as vítimas, evitando a perpetuação e agravamento das agressões - A própria Subsecretaria de Políticas para Mulheres da Municipalidade de Guarulhos, em resposta ao ofício expedido pelo juízo de origem, acabou reconhecendo a insuficiência das demais políticas e serviços públicos disponibilizados, como o benefício da locação social – Endossa a conclusão de que é, mesmo, necessária à efetivação do direito social de assistência às mulheres desamparadas a construção de casa-abrigo na localidade a apresentação de projeto, pela Prefeitura Municipal de Guarulhos,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

em gestão anterior, à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, com vistas à obtenção de apoio financeiro à construção de tal aparelho comunitário - A efetivação do direito social à assistência aos desamparados (artigo 6º, C.F.) não pode ser obstaculizada pela teoria da “reserva do possível” – Direito social, inerente à consubstanciação do mínimo existencial, que integra o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, C.F.) e reclama prestações estatais positivas – Se a Municipalidade de Guarulhos solicitou e comprovadamente recebeu verba federal para a implantação de uma casa-abrigo (o projeto apenas não foi levado a efeito por questões burocráticas relacionadas à licitação da obra, resultando na devolução da quantia repassada), não é razoável que se levantem gargalos fáticos e jurídicos (sobretudo a falta de recursos materiais) para obstaculizar a plena efetivação do direito fundamental à assistência das mulheres vítimas de violência doméstica (artigo 6º da CF) – Procedência da demanda de rigor – Sentença reformada - Apelação e reexame necessário providos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 592/594, cujo relatório se adota, que julgou improcedente ação civil pública ajuizada pela **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra a **FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL** e o **MUNICÍPIO DE GUARULHOS** com o fim de obrigar os réus à criação de uma Casa-Abrigo de Acolhimento Provisório para mulheres, acompanhadas, ou não, de seus filhos, em situação de risco ou ameaças, em razão da violência doméstica ou familiar, em local seguro, adequado e mantido em sigilo, dotado de equipe multidisciplinar especializada neste tipo de atendimento. Assentou a r. sentença que: *“não se verifica omissão seja do Poder Público municipal seja do Poder Público estadual. Outra situação seria, quanto ao controle jurisdicional das políticas públicas, se não existisse nenhum serviço. Este poderia ser melhor prestado, mas não se trata de implementar o atendimento, mas eventualmente de melhorá-lo, o que concerne à atividade do Poder Executivo e seu poder discricionário.”* (fls. 594).

Apela a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO (fls. 602/621), postulando a reforma da sentença. Narra que, diariamente, a Unidade da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em Guarulhos, atende número significativo de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, várias delas com filhos e outros dependentes. Sustenta, em síntese, que: no Município de Guarulhos, mulheres vítimas de violência doméstica e familiar não possuem amparo adequado; a locação social ofertada pela Municipalidade de Guarulhos não é suficiente para atender as mulheres que correm risco de perder a vida, sendo imperiosa a construção da casa-abrigo como recurso para a proteção das mulheres que sofrem violência, indicada para os momentos em que há risco de vida iminente, quando não há outro lugar seguro para a mulher se dirigir, de sorte que há omissão estatal, ainda que parcial. Subsidiariamente, pede a desconstituição da sentença, posto não estar a causa madura para julgamento, devendo ser reaberta a instrução processual para a produção das provas requeridas em primeiro grau.

Foram apresentadas contrarrazões pelos demandados (fls. 635/658 e 659/665).

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

favorável ao provimento do apelo (fls. 691/695).

É o relatório. Decido.

O recurso é tempestivo; a apelante goza de isenção legal; e os demais requisitos de admissibilidade intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer, quais sejam: cabimento, legitimação para recorrer, interesse em recorrer e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e extrínsecos (relativos ao modo de exercer o recurso, a saber: tempestividade, regularidade formal e preparo) estão contemplados. Destarte, conhece-se do apelo.

Toma-se, ainda, por interposto o reexame necessário “invertido”, por aplicação analógica do artigo 19 da Lei nº 4.717/1965 (“*A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo*”).

Consigne-se, de saída, que não será apreciada a preliminar de nulidade da sentença, pois a solução de mérito ao final adotada favorecerá a apelante.

Incide, aqui, a norma do artigo 488 do CPC/2015, a preconizar que “*o juiz deixará de apreciar a preliminar e julgará o mérito, se notar que a parte a quem ela aproveita será beneficiada por isso. Trata-se de expressão do princípio da instrumentalidade das formas, enfatizando-se o fato de que, o que realmente importa é que o ato alcance a finalidade que lhe foi prevista.*” (Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 16ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1245).

No mérito, preservada a convicção do douto julgador de primeiro grau, a apelação e a remessa necessária comportam provimento.

A Defensoria Pública estadual objetiva, por meio da presente ação civil pública, compelir os demandados à implantação de uma casa-abrigo para acolhimento de mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar, em lugar seguro, adequado e mantido em sigilo, dotado de equipe multidisciplinar especializada nesse tipo de atendimento.

Como se vê, o autor coletivo formulou em juízo **pedido tencionado a obrigar a Administração Pública a adotar determinada política pública**.

Em linha de princípio, não há qualquer óbice ao controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, seja alvejando a **implantação deficiente** destas, seja censurando a omissão na implementação dos programas governamentais comandados pelo ordenamento jurídico. Nos dizeres de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“(…) Estamos em que é inequívoco que se pode controlar juridicamente políticas públicas. Com efeito, se é possível controlar cada ato estatal, deve ser também possível controlar o todo e a movimentação rumo ao todo. Assim como agredir um princípio é mais grave que transgredir uma norma, empreender uma política –



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

que é um plexo de atos – que seja em si mesma injurídica é mais grave que praticar um simples ato contraposto ao Direito. Logo, se é possível atacar o menos grave, certamente será possível atacar o mais grave.

Uma vez que tanto se ofende o direito fazendo o que ele proíbe como não fazendo o que ele manda, pode-se controlar tanto os comportamentos produtores de política pública, isto é, os comissivos, quanto os de omissão de política devida. (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 27ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010, 2010, Malheiros Editores, p. 814). (Negritei).

Nessa ordem de ideias, compreende dever do Poder Público ditar políticas públicas na área de **assistência aos desamparados** na Comarca de Guarulhos, a teor do disposto no artigo 6º, *caput*, da CF, cabendo ao Poder Judiciário reparar ilegalidades, com fulcro no artigo 5º, XXXV, da CF, **desde que se verifique omissão administrativa no atendimento desse mister.**

No particular caso das mulheres, *“o Estado brasileiro, depois de ratificar os documentos internacionais de proteção à mulher, assumiu obrigações no plano internacional, comprometendo-se a adotar medidas para garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares, resguardando-se de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Para tanto, deve traçar políticas de prevenção, bem como investigar diligentemente qualquer violação, assegurando recursos para efetivas a finalidade desta Lei. A omissão do Estado, em qualquer das frentes, configura publicidade negativa na comunidade internacional.”* (ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO, *Legislação Criminal Especial*, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 – (Coleção Ciências Criminais, p. 1171). (Negritei).

Em passo seguinte, foi editada a **Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)**, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra elas, nos termos do § 8º do artigo 226 da CF, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. No seu artigo 35, a lei em foco dispõe:

*“Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios **poderão criar e promover**, no limite das respectivas competências:*

(...)

*II – **casas-abrigos** para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar.”* (Negritei).

Em comentário ao dispositivo legal em destaque, ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO esclarecem que houve celeuma na tramitação do projeto legislativo em torno da conotação do termo *“poderão”*, traçando uma retrospectiva histórica da edição da lei:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

*'Uma das discussões surgidas nas diversas mesas que se formaram para debater o estatuto novel diz respeito, exatamente ao emprego da expressão “poderão”, como que conferindo aos entes públicos a **faculdade** de criar (ou não) centros de atendimento, casas-abrigos, delegacias, núcleos de defensoria pública etc. O mesmo verbo é utilizado com idêntico sentido, também, nos arts. 34, 38, parágrafo único, e 39.*

*Interessante que se faça, para melhor entendimento da questão, uma rápida retrospectiva do trâmite legislativo que culminou com a edição da lei. Após a apresentação, pelo Executivo, do Projeto de Lei 4.559/2004, vários debates foram travados no seio do Congresso Nacional. Assim, a **deputada Jandira Feghali, na qualidade de componente da Comissão de Seguridade Social e Família, apresentou um substitutivo ao texto original, no qual utilizada a expressão “deverá”, dando, portanto, uma conotação de obrigatoriedade ao Estado (lato sensu), na implantação das diversas políticas públicas previstas na lei. Com efeito, constava desse substitutivo que “o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher deverá contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar (...)”, ou que “o Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, deverá prever recursos (...)”, ou, ainda, que “os Estados e o Distrito Federal criarão e instalarão os Juizados de Violência doméstica e Familiar contra a Mulher no prazo máximo de dezoito meses (...)”.***

*Esse substitutivo mereceu críticas do deputado Antonio Carlos Biscaia, membro da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que apresentou voto em separado, sugerindo a adoção do termo “**poderá**”, que acabou prevalecendo na redação final da lei. Entendeu o parlamentar que a forma impositiva proposta pela deputada importava em indevida ingerência no Poder Judiciário, rompendo a clássica harmonia que deve reinar entre os poderes. Daí o texto final.’ (op. cit., p. 1249). (Negritei).*

Em que pese tenha prevalecido na redação final do artigo 35 da Lei nº 11.340/2006 o termo “**poderá**”, é estreme de dúvidas que existe **dever constitucional** do Estado e do Município de Guarulhos de conferirem assistência a mulheres vítimas de violência doméstica e familiar (artigo 6º, *caput*, da CF), **direito social fundamental**.

Cuida-se de posição jurídica subjetiva ativa oponível ao Estado, em todas as suas esferas políticas, em face dos quais são exigíveis **prestações positivas**.

Daí pontificarem **ROGÉRIO SANCHES CUNHA** e **RONALDO BATISTA PINTO**:

*'Entendemos que, a despeito do texto final da lei, a **adoção das políticas de proteção à mulher vítima de violência, e, por consequência, a implantação de todos os equipamentos que possibilitem sua efetiva aplicação, não se constitui em mera faculdade concedida ao administrador. Imaginar dessa forma importaria em transformar a lei em letra morta. De que adiantaria a lei prever a criação, por exemplo, de casas-abrigo se o administrador, a quem cabe, na prática, executar essa medida, simplesmente desse de ombros para tal necessidade? A lei, com efeito, estabeleceu uma diretriz a ser observada pelo administrador, cabendo ao Ministério Público (ou a “associação de atuação na área”, ex vi do art. 37 da lei), ajuizar a medida***



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

judicial cabível quando constatar, no âmbito de sua respectiva comarca, que há necessidade, v.g., da criação de casa-abrigo e, sem embargo dessa constatação, o poder público se mantém inerte.

*Afinal, não nos esqueçamos do teor do § 1º do art. 3º da lei em exame, segundo o qual “o poder público desenvolverá políticas que visem garantir os **direitos humanos das mulheres** no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (op. cit., pp. 1249/1250).*

E, na espécie, **verifica-se omissão ilegal, ainda que parcial**, por parte dos Poderes Públicos, ao quedarem inertes, eximindo-se do seu poder-dever de criar uma casa-abrigo na Comarca de Guarulhos.

De fato, tanto o Estado de São Paulo quanto o Município de Guarulhos dispõem de **algumas políticas públicas e de serviços públicos** preordenados à assistência às mulheres desamparadas, vítimas de violência doméstica e familiar.

O ente estadual disponibiliza, por exemplo, por meio da Secretaria de Segurança Pública, em colaboração com outras Secretarias, diversos programas com esse escopo, quais sejam: Provita, “Bem-me-quer”, Centro de Convivência para Mulheres Vítimas de Violência Doméstica (COMVIDA), Delegacias de Defesa da Mulher (DDM), Centro de Referência e Apoio à Vítima (CRAVI) (fls. 418/423).

Já a Municipalidade de Guarulhos oferta o programa social denominado Locação Social, criado pela Lei Municipal nº 6.623/2009 (fls. 64/69) e regulamentado pelo Decreto Municipal nº 30.890/2013 (fls. 70/71), destinado ao pagamento de gastos com moradia a mulheres vítimas de violência doméstica e seus dependentes; possui uma Casa de Passagem Municipal “Dando um Tempo”, endereçado a mulheres em situação de violência (fls. 55); em caso de impossibilidade de abrigamento imediato da mulher, são pagas diárias em hotéis até que se defina a situação concreta (fls. 54); sempre que necessário, as mulheres são encaminhadas a abrigos em cidades vizinhas, a fim de retirá-las de uma situação de risco (fls. 55); criou a Subsecretaria de Políticas para Mulheres Casa das Rosas, Margaridas e Betes Centro de Referência em Atendimento às Mulheres em Situação de Violência Doméstica, que atua na prevenção e no enfrentamento da violência contra estas.

Sucede que tais prestações materiais são insuficientes à **plena** adjudicação do direito social à **assistência às mulheres desamparadas**, em situação de violência doméstica e familiar, o que passa pela **implantação de uma casa-abrigo** na localidade.

O conceito de casa-abrigo é bem delineado pela autora portuguesa SUSANA RAMOS:

“Deverá ser um local onde as mulheres vítimas de violência conjugal, em situações-limite, se sintam protegidas, possibilitando o início de uma nova forma de vida, para ela e também para os filhos. Ter um lugar seguro para viver é fundamental para a obtenção do reequilíbrio físico e psicológico, constituindo um fulcral



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

requisito para a recuperação. Para tal, é importante trabalhar a sua valorização e segurança pessoal, possibilitando às crianças uma nova noção de família, dando-lhes conhecer outras relações que não passem pela violência.” (“A Importância das Casas de Acolhimento no Território da Violência Conjugal. Subjudice – Justiça e Sociedade”, pp. 22/23, Lisboa, jul./dez. 2001, p. 139). (Negritei).

Trata-se, pois, de uma política pública específica e essencial ao atendimento de mulheres que sofrem de violência, indicada como **solução de última saída** para os momentos em que há **risco de vida iminente**, na ausência de outro lugar seguro para acolher, **de maneira sigilosa**, as vítimas, **evitando a perpetuação das agressões**.

A própria Subsecretaria de Políticas para Mulheres da Municipalidade de Guarulhos, em resposta ao ofício expedido pelo juízo de origem, acabou reconhecendo a **insuficiência das demais políticas e serviços públicos disponibilizados**, como o benefício da locação social:

“6) se a concessão do benefício de locação social é capaz de atender adequadamente a demanda local, a fim de justificar a não implantação de casa-abrigo:

Não, a concessão do benefício de locação social não justifica a não implantação de casa-abrigo, pois a necessidade de abrigamento é mecanismo imediato, ou seja, quando a mulher vem em busca do atendimento e estão sob risco de morte ou grave ameaça de morte não há possibilidade de que ela retorne ao lar. A casa-abrigo é um serviço de atendimento imediato da demanda, enquanto a locação social está na perspectiva de rompimento do ciclo de violência num trabalho de longo prazo, auxiliando a mulher que passado o risco iminente ela não seja obrigada a retornar para o ambiente conflituoso.

7) se a concessão do benefício locação social, em vez de implantação de casa-abrigo, mostrou-se a política pública mais razoável e proporcional de acordo com a eficiência, legitimidade e economicidade.

*Não, casa-abrigo e locação social são instrumentos diferentes e utilizados em momentos distintos, quando há o atendimento à mulher em situação de violência doméstica, a aplicação de um outro varia de acordo com a demanda trazida pela mulher. **Se ela estiver sob risco ou ameaça grave de morte precisa de um local em que possa ser abrigada em segurança no início de seu atendimento de forma imediata, ou seja, precisa de casa-abrigo.** A locação social não atende de forma imediata a necessidade de moradia e segurança para a mulher, além disso, para a concessão deste benefício é necessário que a mulher já esteja num processo de acompanhamento pela equipe técnica da Casa das Rosas, Margaridas e Betes, equipe responsável por avaliar se a concessão do mesmo realmente auxiliará no rompimento do ciclo de violência.” (fls. 586). (Negritei).*

Endossa a conclusão de que é, mesmo, necessária à efetivação do direito social de **assistência às mulheres desamparadas** a construção de **casa-abrigo** na localidade a apresentação de projeto, pela Prefeitura Municipal de Guarulhos, em gestão anterior, à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, com vistas à obtenção de apoio financeiro à construção de tal aparelho comunitário (fls.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

160/179).

Não se descarta que a Administração Pública detém certa esfera de liberdade (discrecionalidade) quanto à definição de suas prioridades e áreas de atuação, tampouco que limitações fáticas e jurídicas (sobretudo orçamentárias) há.

Mas não é dado ao Poder Público, a pretexto de não haver previsão orçamentária, ou de faltar recursos materiais - argumentos inerentes à teoria da “reserva do possível” -, obstaculizar a plena efetivação do direito social fundamental da assistência aos desamparados (artigo 6º, C.F.), inerente à consubstanciação do **mínimo existencial**¹, que integra o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, C.F.) e reclama prestações estatais positivas. Como anota INGO WOLFGANG SARLET:

'Em vista tanto da dimensão fática, quanto da faceta jurídica referida, passou-se a sustentar que os direitos sociais a prestações materiais estariam sob uma “reserva do possível”, caracterizada por uma tríplice dimensão, a saber: a) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos do sistema federativo; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito. Todos esses aspectos vinculam-se entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, assim, uma solução sistemática e constitucionalmente adequada, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais, não sirvam como barreira intransponível, mas como ferramental que se soma às

¹ Ensina INGO WOLFGANG SARLET que “(...) o conteúdo do mínimo existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável e com certa qualidade. Não se pode negligenciar que o princípio da dignidade da pessoa humana também implica uma dimensão sociocultural que não pode ser desconsiderada, mas que lhe constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido, razão pela qual determinadas prestações em termos de direitos culturais (notadamente, embora não de modo exclusivo, no caso da educação fundamental) deverão integrar o conteúdo do mínimo existencial. Dessarte, o conteúdo do mínimo existencial deve compreender o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, no sentido de algo que o Estado não pode subtrair do indivíduo (dimensão negativa) e, ao mesmo tempo, algo que cumpre ao Estado assegurar, mediante prestações de natureza material (dimensão positiva). Em termos de fundamentação constitucional, a ausência de explicitação da garantia (e do direito) ao mínimo existencial pela CF é superada pela inserção da garantia de existência digna dentre os princípios e objetivos da ordem econômica (art. 170, caput, CF), assim como pela proteção à dignidade da pessoa humana.” (Comentários à Constituição do Brasil, J.J. Gomes Canotilho...[et al.] – São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 546).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

demais garantias de proteção dos direitos fundamentais (e sociais) – como na hipótese do conflito de direitos em que se tiver a invocação, e desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial, da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Por tudo isso, é possível sustentar a existência de uma obrigação por parte dos órgãos estatais e dos agentes políticos de maximizarem os recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível, naquilo que serve de obstáculo à efetividade dos direitos sociais. Se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são em si mesmas uma falácia; o que de fato é falaciosa é a forma pela qual o argumento tem sido por vezes utilizado entre nós, como óbice à intervenção judicial e desculpa genérica para uma eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente aqueles de cunho social.” (Comentários à Constituição do Brasil, J.J. Gomes Canotilho...[et al.] – São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 545). (Negritei).

Nesse sentido se posiciona o Superior Tribunal de Justiça:

*"escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O MIN. CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: 'Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. (...) **Cumpre advertir, desse modo, que a***



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (REsp. nº 811.608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.05.2007). (Negritei).

No caso concreto, sequer se entrevê específica e excepcional impossibilidade orçamentária objetivamente demonstrada. Bem ao contrário.

A construção e a manutenção de casa-abrigo tem **respaldo financeiro do Governo Federal**, por meio de **convênio** firmado com a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República.

O programa de apoio já beneficiou inúmeros outros municípios brasileiros, inclusive a Municipalidade de Guarulhos, que teve o supra mencionado **projeto** apresentado por gestão anterior à Secretaria para construção de Casa Abrigo **aprovado** pela União, seguindo-se o **repasse de verba de R\$ 450.000,00** (fls. 93)

Ora, se a Municipalidade de Guarulhos solicitou e comprovadamente recebeu verba federal para a implantação de uma casa-abrigo – o projeto apenas não foi levado a efeito aparentemente por questões burocráticas relacionadas à licitação da obra, resultando na devolução da quantia repassada (fls. 93/103 e 184/185) -, **não é razoável que se levantem gargalos fáticos e jurídicos (sobretudo a falta de recursos materiais) para obstaculizar a plena efetivação do direito fundamental à assistência das mulheres vítimas de violência doméstica (artigo 6º da CF).**

Em suma: **verifica-se omissão ilegal, ainda que parcial**, por parte do Estado de São Paulo e do Município de Guarulhos, que estão em mora no cumprimento de seu **dever-poder** de criar uma **casa-abrigo** na Comarca de Guarulhos.

Logo, é o caso de reformar a sentença para **JULGAR PROCEDENTE** o pedido inicial, **CONDENANDO-SE SOLIDARIAMENTE** o Estado de São Paulo e o Município de Guarulhos à obrigação de fazer consistente em implantar, em prazo não superior a 180 dias, contados da próxima Lei Orçamentária Anual, Casa-Abrigo de Acolhimento Provisório para mulheres, acompanhadas, ou não, de seus filhos, em situação de risco ou ameaças, em razão da violência doméstica ou familiar, em local seguro, adequado e mantido em sigilo, dotado de equipe multidisciplinar especializada neste tipo de atendimento, garantindo-se a participação e o controle social na implementação da política pública.

Não se mostra razoável, por ora, a fixação de multa cominatória por eventual descumprimento em desfavor do Poder Público, sem prejuízo de ser estabelecida posteriormente, no momento processual adequado, **a fim de evitar eventual recalitrância no cumprimento do comando judicial.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por fim, deixa-se de condenar os demandados pelo custo do processo civil, pois o artigo 18 da Lei nº 7.347/1985 prevê que este só será devido em casos de litigância de má-fé, o que não ocorreu no presente caso.

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a sedimentada orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida².

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** à apelação e ao reexame necessário, considerado interposto, para julgar **PROCEDENTE** o pedido inicial, a fim de **CONDENAR SOLIDARIAMENTE** o Estado de São Paulo e o Município de Guarulhos à obrigação de fazer consistente em implantar, em prazo não superior a 180 dias, contados da próxima Lei Orçamentária Anual, Casa-Abrigo de Acolhimento Provisório para mulheres, acompanhadas, ou não, de seus filhos, em situação de risco ou ameaças, em razão da violência doméstica ou familiar, em local seguro, adequado e mantido em sigilo, dotado de equipe multidisciplinar especializada neste tipo de atendimento, garantindo-se a participação e o controle social na implementação da política pública.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA

Relator

² EDROMS 18205/SP, Ministro Felix Fischer, DJ. 08.05.2006, P. 240.