PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Registro: 2012.0000440924

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0077923-88.2012.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados LUCICLEIDE CARVALHO DE LIMA (E POR SEUS FILHOS), LUDIMILA CARVALHO DE LIMA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), LUAN CARVALHO DE SENE (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), LUIZ HENRIQUE CARVALHO DE LIMA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), LUCAS CARVALHO DE SENE (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e LEIDIANE CARVALHO DE SENE (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AMORIM CANTUÁRIA (Presidente sem voto), RONALDO ANDRADE E JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 28 de agosto de 2012.

Camargo Pereira
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Este documento foi liberado nos autos em 30/08/2012 às 00:00, é cópia do original assinado digitalmente por ARMANDO CAMARGO PEREIRA.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0077923-88.2012.8.26.0000 e código RI000000EVY2I.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0077923-88.2012.8.26.0000
COMARCA: SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
AGRAVANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADOS: LUCICLEIDE CARVALHO DE LIMA E SEUS FILHOS
JUÍZA DA CAUSA: NAIRA BLANCO MACHADO
VOTO Nº 2087

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMÓVEL. DESOCUPAÇÃO IMEDIATA. HABITAÇÃO. DIREITO SOCIAL. AUXÍLIO-ALUGUEL. POSSIBILIDADE.
Constatados o risco à vida dos agravados e a mora do Poder Público em lhes fornecer a habitação pretendida, era mesmo o caso de se antecipar os efeitos da tutela para garantir o direito constitucional à moradia e assegurar a dignidade da pessoa humana dos envolvidos.
Agravo improvido.

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão (copiada às fls. 282/285) que, em sede de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação dos efeitos da tutela movida contra ela e a Municipalidade de São José dos Campos por Lucicleide Carvalho de Lima e seus filhos, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos para que as rés entreguem imediatamente um imóvel da CDHU à autora, ou, alternativamente, forneçam auxílio-aluguel, no valor de um salário mínimo mensal. Neste último caso, devem as rés arcar com a caução ou fiança bancária.

Requer a reforma da decisão ao

Este documento foi liberado nos autos em 30/08/2012 às 00:00, é cópia do original assinado digitalmente por ARMANDO CAMARGO PEREIRA.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0077923-88.2012.8.26.0000 e código RI000000EVY2I.

argumento de que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo, pois se trata de interesse local. Argumenta, também, que para a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública não bastam os requisitos dos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, devendo ser observado, também, o art. 1º da Lei nº 8.437/92. Não bastasse isso, insurge-se contra o pagamento pecuniário por entender que este não pode ser concedido liminarmente, tendo em vista os arts. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09 e art. 2º-B da Lei nº 9.494/97. Por fim, sustenta ser impossível a fixação de multa cominatória contra as pessoas jurídicas de direito público interno.

O efeito suspensivo ativo foi indeferido (fls. 120/126).

Recurso devidamente processado, com resposta contendo preliminar de perda do objeto (fls.147/164).

É o relatório.

Cumpre, antes de mais nada, abordar a preliminar de perda do objeto do recurso, trazida pela Defensoria Pública, que representa os agravados.

Não é o caso de acolhimento de perda de objeto. Embora se afirme que a agravada foi contemplada com unidade habitacional no dia 14/01/2012, antes de o d. magistrado ter deferido a antecipação dos efeitos da tutela (19/01/2012), não existe prova nos autos de que a unidade habitacional foi entregue antes da decisão ora ataca.

Este documento foi liberado nos autos em 30/08/2012 às 00:00, é cópia do original assinado digitalmente por ARMANDO CAMARGO PEREIRA.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0077923-88.2012.8.26.0000 e código RI000000EVY2I.

No mais, quando da decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo ao recurso, assim me manifestei:

"Os agravados residem em um imóvel que se encontra em situação de risco, em virtude da ocorrência de alagamentos em época de fortes chuvas, e foram notificados (em 17 de maio de 2011) por agentes municipais para que desocupassem imediatamente o imóvel. A srª. Lucicleide é empregada doméstica autônoma ("diarista") e tem cinco filhos. Além disso, ela está inscrita, desde 18 de novembro de 2010, em programa habitacional do município.

A d. magistrada fundamentou sua decisão do seguinte modo:

"A tutela antecipada pleiteada comporta deferimento. Verifico que o pedido dos autores encontra-se suficientemente instruído, demonstrando a existência dos requisitos legais impostos para a concessão da medida. Segundo documentos ofertados, os requerentes encontram-se residindo em imóvel precário, construído com madeiramento frágil e com risco de queda, com recomendação do próprio poder público municipal para desocupação, não dispondo, todavia, das condições financeiras de custear a locação de um outro imóvel para viverem. A situação de risco em que hoje se encontram os requerentes é patente, autorizando, por si, a concessão da medida. Como se não bastassem tais fatos, a autora Lucicleide, genitora dos demais requerentes, se encontra inscrita no programa habitacional do município desde 18.11.2010 (fls.46), sem nunca ter sido contemplada, inobstante a precariedade de sua moradia e o fato de residir com 05 crianças." (fls. 34).

As teses de ilegitimidade de parte e de interesse local esbarram no art. 23, inc. IX, da Constituição da República (C.R.), que

Este documento foi liberado nos autos em 30/08/2012 às 00:00, é cópia do original assinado digitalmente por ARMANDO CAMARGO PEREIRA.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0077923-88.2012.8.26.0000 e código RI000000EVY2I.

determina a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

No Estado de São Paulo existe a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado – CDHU, vinculada à Secretaria de Habitação, que em seu sítio na internet traz a informação de que tem por finalidade executar programas habitacionais em todo o território do Estado, voltados para o atendimento exclusivo da população de baixa renda.

Vê-se que o Estado tem programa de construção de moradia, fato que afasta a responsabilidade exclusiva de outro ente público.

Também não procedem os argumentos de que a decisão esbarra nos artigos 1º da Lei nº 8.437/92, 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/09 e art. 2º-B da Lei nº 9.494/97.

A argumentação de não cabimento da liminar contra a Fazenda baseada na Lei nº 8.437/92, é totalmente infundada. Em primeiro lugar, porque estamos diante de uma decisão de antecipação dos efeitos da tutela em ação ordinária e não se trata de cautelar ou de ação cautelar.

Não estamos analisando um Mandado de Segurança (o que implica a não aplicação da Lei nº 12.016/09 ao caso) e nem é o objeto da ação eventual aumento e extensão de vantagem a servidor público (o que obsta a incidência do art. 2º-B da Lei nº 9.494/97).

Quanto à fixação de multa diária contra o Poder Público, o eminente des. Ricardo Feitosa, quando do julgamento da Apelação Cível nº 552.624.5/7-00, já se manifestou:

"Estabelecendo o artigo 644 do Código de Processo Civil que "A sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461...", é evidente que o juiz pode fixar multa

Este documento foi liberado nos autos em 30/08/2012 às 00:00, é cópia do original assinado digitalmente por ARMANDO CAMARGO PEREIRA.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0077923-88.2012.8.26.0000 e código RI000000EVY2I.

diária visando compelir o vencido ao cumprimento do preceito, consoante expressamente autorizado pelo parágrafo 4º do dispositivo por último mencionado.

E tudo "independentemente de pedido do autor" ou de estipulação na sentença exeqüenda, pacificado no Superior Tribunal de Justiça que "As astreintes podem ser fixadas pelo juiz de ofício, mesmo sendo contra pessoa jurídica de direito público, que ficará obrigada a suportá-las caso não cumpra a obrigação de fazer no prazo estipulado" (RF 370/297).

Com efeito, não existe vedação legal da imposição de multa cominatória ao Poder Público, meio coercitivo de execução a estimular o cumprimento da obrigação no prazo assinalado. E para que o ônus não venha a recair sobre toda a sociedade, restará à Administração, em caso de descumprimento do prazo, identificar o agente que a tanto deu causa, para responsabilizá-lo, civilmente inclusive." (4ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n° 552.624.5/7-00, Des. Relator Ricardo Feitosa, 03/04/2008)

Não tendo os agravados local adequado para sua imediata moradia, era o caso de antecipação dos efeitos da tutela tendo em vista o seu direito social à moradia, estabelecido no art. 6º, caput, da Constituição da República e o direito que as crianças possuem de apoio e promoção social trazidos nos arts. 7º e 86 da Lei nº 8.069/1990.

Partindo da ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, C.R.), direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X, C.R.) e de ser a casa asilo inviolável (art. 5º, XI, C.R.), não há dúvida de que o direito à moradia busca consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto é assim que o art. 23, X, C.R., estabelece ser atribuição de todos os entes federativos combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

O direito aqui discutido insere-se no âmbito dos chamados "direitos a prestação". Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo

Este documento foi liberado nos autos em 30/08/2012 às 00:00, é cópia do original assinado digitalmente por ARMANDO CAMARGO PEREIRA.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0077923-88.2012.8.26.0000 e código RI000000EVY2I.

Gustavo Gonet Branco (Curso de Direito Constitucional, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 181):

"Enquanto os direitos de abstenção visam assegurar o status quo do indivíduo, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades, com isso estabelecendo moldes para o futuro da sociedade.
Os direitos de defesa, conforme a própria denominação os designa, oferecem proteção ao indivíduo contra uma ação, apreciada como imprópria, do Estado. Já os direitos a prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Figuram direitos de promoção. Surgem da vontade de estabelecer uma 'igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política'. São direitos que se realizam por intermédio do Estado.
Se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades. Os direitos a prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil.
O traço característico dos direitos a prestação está em que se referem a uma exigência de prestação positiva, e não de uma omissão. Na relação jurídica, ao direito prestacional corresponde uma obrigação de fazer ou de dar."

Este entendimento pode ser vislumbrado no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351-DF (p. 53):

(...) É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de

Este documento foi liberado nos autos em 30/08/2012 às 00:00, é cópia do original assinado digitalmente por ARMANDO CAMARGO PEREIRA.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0077923-88.2012.8.26.0000 e código RI000000EVY2I.

direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Esta postura vai ao encontro de dois tipos do denominado ativismo judicial, a saber, ativismo de precedentes e ativismo remediador. Segundo Willian Marshall (Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. University of Colorado Law Review, 2002. Disponível em http://ssrn.com/abstract_id=330266), o primeiro consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos e, o segundo, é marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas dos outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicialmente imposto.

Deste modo, inexistindo relevância na fundamentação, indefere-se o efeito suspensivo ativo."

Inexistem motivos para alterar a conclusão.

Pelo exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recuso.

.

CAMARGO PEREIRA
Relator

Este documento foi liberado nos autos em 30/08/2012 às 00:00, é cópia do original assinado digitalmente por ARMANDO CAMARGO PEREIRA.
Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0077923-88.2012.8.26.0000 e código RI000000EVY2I.