

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0000390-46.2008.8.26.0177, da Comarca de Itapeçerica da Serra, em que é apelante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PREFEITURA DO MUNICIPIO DE EMBU GUAÇU.

ACORDAM, em 11ª 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 LUIS GANZERLA (Presidente) e PIRES DE ARAÚJO.

São Paulo, 7 de outubro de 2014.

RICARDO DIP

RELATOR

Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Público

Apelação Cível 0000390-46.2008.8.26.0177

Procedência: Itapecerica da Serra

Relator: Des. Ricardo Dip (Voto 33.211)

Apelante: Defensoria Pública do Estado De São Paulo

Apelado: Município de Embu Guaçu

DIREITO À MORADIA.

- Não há exercício de direito fundamental inteiramente à margem de uma ação positiva do Estado — e, portanto, isento de custos.

- A universalidade do direito ao bem jurídico da moradia dirige os correspondentes deveres de prestação estatal à ordenação de medidas razoáveis na órbita dos recursos disponíveis, de maneira que possa realizar-se progressivamente o bem perseguido.

- A permissão da reserva de normas restritivas em matéria de direito social de prestações leva a que a escolha constitucional demande o concurso de uma sobredeterminação por leis infraconstitucionais, é dizer, a concorrência de uma definição específica dos conteúdos do direito em foco, assinando-se ao legislador ordinário um “amplo espaço de liberdade de conformação” (RUI MEDEIROS).

- A admissão de demandas pela instituição de uma política pública habitacional e a observância das leis que lhe correspondam, as orçamentais, inclusive, não importam na correlata permissão de pleitos que visem à adjudicação singular de bens.

Não provimento da apelação.

RELATÓRIO:

1. Ajuizou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ação civil pública, visando a que o Município de Embu Guaçu forneça, prontamente, a famílias ocupantes de imóvel que está sendo objeto de um interdito possessório, unidades habitacionais com característica de moradia digna, sob pena de multa diária.

2. A r. sentença de primeiro grau julgou improcedente a demanda (fls. 756-9), e, do decidido, apelou a autora, a insistir, em resumo, na juridicidade de sua pretensão (fls. 767-94).

Respondeu-se ao recurso (fls. 803-8).

Ensejou-se vista do feito à Procuradoria Geral da Justiça, com parecer pela acolhida parcial do apelo (820-4).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 28 de maio de 2014 (fl. 814).

VOTO:

3. O escopo da demanda é o de impor ao Município de Embu Guaçu a concessão de unidades habitacionais a 60 famílias ocupantes de uma área que está sendo reintegrada, por determinação judicial, à posse da Companhia de Transmissão de Energia Elétrica Paulista –Cteep.

4. A previsão constitucional do direito à moradia (art. 6º da Constituição federal de 1988) implica um dever estatal de prestação –é dizer, uma atividade positiva do Estado na consecução dos supostos materiais para o exercício desse direito de habitação (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 435-6)–, mas não impõe a concomitante expressa recusa do tema dos custos econômicos e financeiros para a efetivação desse direito, ou quando menos, a indiferença de seu exame.

O fato de, plausivelmente, reconhecer-se que não há exercício de direito fundamental inteiramente à margem de uma ação positiva do Estado –e, portanto, isento de custos (cf., *causa brevitatis*, OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007, vol. I, p. 539-40) – não importa em equivaler os vários direitos fundamentais, sequer os que se ponham sob a mesma classificação de mínimo existencial, para rematar na exigibilidade imediata –e incondicionada– de todos esses diversos direitos.

A propósito, temos entendido nesta Câmara, isto merece destacar-se, que o direito à prestação de saúde não se condiciona por restrições orçamentárias. Mas essa orientação da Câmara –cônsona com precedentes dos egrégios Tribunais superiores– resulta, essencialmente, do íntimo liame que temos admitido entre o direito à saúde e o direito de personalidade, tese essa conformada a lições doutrinárias (cf. SOUSA, Rabindranath V.A. Capelo de.

O direito geral de personalidade. Coimbra: 1995, p. 124-5 e, sobretudo, 213-28) e que não se interdita pelo fato de a Constituição federal brasileira de 1988 situar o direito à prestação de saúde na ordem dos direitos sociais (art. 6º).

Todavia, esse entendimento não significa, em acréscimo, que tenhamos abdicado da grave preocupação com o custo econômico-financeiro das prestações **gratuitas** na órbita da saúde (*rectius*: **gratuitas**, ou quase isso, apenas para quem as recebe, por manifesto).

Ao revés, temos referido de modo recorrente, esta observação que, com as vistas postas no direito alemão, assentou Manfred LÜTZ: “com base evidentemente em um instinto sadio— a ninguém veio ainda à mente a idéia, **catastrófica** do ponto de vista do financiamento, de conferir à saúde o grau de bem tutelado na Constituição” (cita-se pela tradução italiana, *Il piacere della vita*. Milão: San Paolo, 2008, p. 15; o realce gráfico não é originário).

5. O caso sob exame —de direito à moradia—, embora seja de direito social de prestação, com não se destinar, diretamente, à garantia da vida, da liberdade ou da igualdade abstrata, relaciona-se “às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: 8.ed., Livraria do Advogado, 2007, p. 301).

Todos os direitos têm custos e deveres contrapostos: “não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos de borla, apresentando-se todos eles como bens públicos em sentido estrito” (NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Texto em e-reader¹).

Em outras palavras, a universalidade do direito ao bem jurídico da moradia dirige os correspondentes deveres de prestação estatal à ordenação de medidas razoáveis na órbita dos recursos disponíveis, de maneira que possa realizar-se gradualmente o bem almejado (QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: 2006, p. 100). Assim, a admissível pretensão dos particulares, nesse âmbito, é a de que se adote uma razoável política pública de moradia e não a de uma adjudicação individual de bens (TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, coordenadores. *Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 81).

Nada obstante possa integrar-se o direito à

¹<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15184/14748>

moradia na esfera do mínimo existencial –condição indispensável para uma vida com mínima dignidade–, esse direito só pode realizar-se mediante o dispêndio de recursos econômicos e financeiros disponíveis, de sorte que o mais a exigir é o de seu tratamento preferencial no âmbito das políticas públicas (cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 196. O subtítulo desse livro é gráfico: *Direitos não nascem em árvores*).

6. Não falta, é verdade, alguma persistência doutrinária contemporânea na linha da indiferença dos custos para a efetivação dos direitos sociais, incluso o de moradia (p.ex., com matizações: CORTI, Aristides Horacio M. “*Acerca del derecho financiero y tributario y de los derechos humanos*”. In: BIDART CAMPOS, Germán J. e RISSO, Guido. *Los derechos humanos del siglo XXI*. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 137-42), mas, de par com a incessante inflação desses direitos (cf. o paradigmático estudo de SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 77-83), a plena verificação do fracasso do socialismo real acarretou uma fecunda revisão das teses doutrinárias que consagravam o desprezo por limites de despesas na consecução de direitos de prestação social (cf. LOBO, o.c., p. 72-3).

Nisso parece encontrar-se a chave para o crescente interesse em sindicar o âmbito propício à atuação da **reserva de leis restritivas** –direta ou indiretamente autorizadas pela Constituição (cf. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (teoria*

geral). Coimbra: 2002, p. 206-11). É que, de um lado, cabe reconhecer o risco de um utopismo –em que não se consideram os limites reais dos recursos económicos e financeiros dos Estados, nem os efeitos indiretos do assistencialismo–, ao passo que, de outro lado, não se quer permitir à discricionariedade das reservas orçamentais a linha de clivagem para decidir sobre a prelação (ou mesmo a consecução) de direitos.

Ora, a admissão da reserva de normas restritivas em matéria de direito social de prestações leva a que a escolha constitucional demande uma **sobredeterminação por meio de leis infraconstitucionais**, é dizer, uma definição específica dos conteúdos do direito em foco, assinando-se ao legislador ordinário um “amplo espaço de liberdade de conformação” (MEDEIROS, Rui. *In*: VV.AA., *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: 2005, tomo I, p. 668).

Não se avistando nos autos, expresso dispositivo local que escore a adjudicação de unidades habitacionais em favor de beneficiários **singulares** e em contorno de processos administrativos, é caso, a meu ver, de negar acolhimento ao recurso sob exame.

7. Em remate, para o prequestionamento que se tem entendido indispensável à interposição de recurso especial e de recurso extraordinário, cabe mencionar que todos os dispositivos legais indicados nestes autos já se encontram, de algum modo, sob a incidência dos fundamentos suficientes para o desate das questões

decididas.

POSTO ISSO, meu voto nega provimento à apelação interposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para, assim, manter a r. sentença exarada nos autos de origem nº 0000390-46.2008, da Comarca de Itapecerica da Serra.

É como voto.

Des. RICARDO DIP –relator
(assinado eletronicamente)