



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0033615 – 54.2015.8.19.0000
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
RELATOR: DESEMBARGADOR ALEXANDRE FREITAS CÂMARA

Direito processual civil. Direito constitucional. Demanda proposta pelo Ministério Público na qualidade de substituto processual de criança em suposta situação de risco. Alegação de que a criança teria sido vítima de violência sexual cometida por vizinho. Requerimento de tutela antecipada para determinar a inclusão da criança e sua família em programa municipal de auxílio-moradia ou, alternativamente, que o Município transfira toda a família para nova residência. Tutela antecipada deferida. Agravo interposto pelo Município. Ausência de *periculum in mora*, uma vez que o agressor já não mais reside perto da vítima, como reconhecido em documento produzido pelo próprio Ministério Público. Inexistência de *fumus boni iuris*, dada a inexistência de caráter universal do direito material afirmado em juízo. Não existe um direito fundamental das vítimas de violência sexual a uma nova moradia. A universalidade como característica dos direitos fundamentais e das decisões judiciais. Doutrina. Um precedente do Tribunal Constitucional Alemão. Reforma da decisão que se impõe. Provimento do recurso.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento n. 0033615 – 54.2015.8.19.0000, em que é agravante o MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES e agravado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Des. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA
Relator

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Agravo de Instrumento n.º 0033615-54.2015.8.19.0000



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou, em face do Município de Campos dos Goytacazes, demanda destinada a proteger interesse de uma menor, de nome Gabriely Calil Pereira, nascida em 13/10/2006. Afirma o MP, na petição inicial, que recebeu informação do Conselho Tutelar no sentido de que a menor vive em situação de risco, por ter sido vítima de abuso sexual perpetrado pelo pai do ex-companheiro de sua mãe, o Sr. Milton Soares dos Anjos, o qual residiria bem perto da residência da menor e de sua genitora, o que viria gerando grande temor à família. Diz, ainda, o *parquet* que o imóvel habitado pela família é “de invasão” e, apesar de referenciada pelo CRAS, já tendo sido solicitada sua inclusão em programa habitacional, ainda não houve resposta do Poder Público. Sustenta o Ministério Público, na petição inicial, que o direito à moradia é direito fundamental, e que deve haver uma “perspectiva de proteção especial e prioritária à criança Gabriely, que se encontra amedrontada vivendo próxima ao seu agressor, e ainda em residência inapropriada ao seu desenvolvimento sadio”. Invocando dispositivos da Constituição da República e do Estatuto da Criança e do Adolescente, então, o Ministério Público afirma que seu objetivo é compelir o réu a “deixar de lado sua conduta negligente, obrigando-o a incluir a família em programa de moradia, de promoção e auxílio, que possibilite a convivência familiar da criança em foco, permitindo-a crescer e se desenvolver no seio de sua família biológica e não em uma entidade de acolhimento”. Em função de todos esses argumentos, o Ministério Público postulou a concessão de medida liminar para o fim de determinar ao réu que avalie a

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Agravo de Instrumento n.º 0033615-54.2015.8.19.0000



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

possibilidade de inclusão da família em programa municipal de auxílio moradia já existente ou que assente a família em imóvel digno e em boas condições de habitabilidade, pertencente à Prefeitura, no prazo de dez dias, além de incluir a família em programas de promoção, acompanhamento, alimentação e auxílio, correspondente às suas necessidades.

A decisão agravada afirmou que, “[d]iante da análise dos autos”, se verificava ser “necessário garantir o acesso a moradia da menor, que atualmente vive em condições precárias e de risco, tendo em vista que já foi vítima de abuso sexual e o seu abusador reside próximo à sua casa”. Por isso, determinou o juízo *a quo*, liminarmente, “que o réu avalie a possibilidade de inclusão da família em programa municipal de auxílio moradia, e/ou (*sic*), que assente a família, no prazo de 10 dias, em imóvel da Prefeitura e inclua, imediatamente, em programas de promoção, acompanhamento, alimentação e auxílio de acordo com suas necessidades, que deverão ser indicados em relatório atualizado pelo CREAS”.

Veio, então, o agravo de instrumento interposto pelo Município. Aduz o agravante que é feita uma grave acusação de prática de crime sexual ao Sr. Milton, sem qualquer respaldo em elemento probatório. Diz que a liminar foi deferida sem quaisquer provas que a justificassem, não havendo indícios de autoria, não tendo sido colhida qualquer prova material. Diz, ainda, que o próprio Ministério Público se manifestou pelo arquivamento do caso, por não haver risco que justificasse a medida, sequer havendo atualmente a convivência entre a criança e o suposto abusador. Acrescenta o Município que não existe *periculum in mora*, uma vez que os fatos

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Agravo de Instrumento n.º 0033615-54.2015.8.19.0000



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ocorreram três anos antes do ajuizamento da demanda. Afirma que a medida liminar deferida esgota o objeto do processo, e pede a reforma da decisão recorrida.

O juízo de primeiro grau prestou informações, aduzindo ter sido mantida a decisão recorrida.

O Ministério Público, na qualidade de agravado, ofereceu contrarrazões prestigiando a decisão recorrida.

É o relatório. Passa-se ao voto.

Trata-se, como relatado, de demanda proposta pelo Ministério Público em favor de criança que teria sido vítima de violência sexual cometida pelo pai do ex-companheiro de sua mãe. E o Ministério Público, atuando como substituto processual, postula a concessão de tutela jurisdicional – o que foi deferido, em caráter provisório, pela decisão agravada – consistente em incluir a criança e sua família em programa de auxílio moradia ou, alternativamente, que se realoque toda a família, para que passe a residir em imóvel da Prefeitura que lhes dê melhores condições de moradia do que o lugar em que residem atualmente.

A concessão da tutela antecipada, como sabido, pressupõe a presença de dois requisitos: a existência de uma situação de perigo de dano iminente (*periculum in mora*) e a probabilidade de existência do direito material deduzido em juízo (*fumus boni iuris*).



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No caso em exame, não se faz presente o *periculum in mora*. O exame da prova dos autos indica que não há qualquer situação de risco de dano iminente para o direito da substituída processual. O próprio Ministério Público juntou à petição inicial uma *promoção de arquivamento*, elaborada pela eminente Promotora de Justiça Dra. Gabriela Baeta Mello (e datada de 27/10/2014), em que se lê expressamente que “a criança ou sua família não mais convivem com o abusador, tendo inclusive a genitora se separado do antigo padrasto da criança Gabriely”, motivo pelo qual o MP verificou que “cessou o risco a que estava submetida a criança enquanto convivia com o autor do fato” (pasta eletrônica 00007 do anexo 1 destes autos).

O mero fato de não haver *periculum in mora* é suficiente para a reforma da decisão recorrida.

Ainda que assim não fosse, porém, e de qualquer maneira, deveria ser revogada a tutela antecipada concedida pelo juízo de primeiro grau. É que não há, na hipótese, *fumus boni iuris*. E isto porque certamente não se pode qualificar como provável a existência do afirmado direito a uma nova moradia que se busca ver reconhecido para uma menor em razão do fato de ter sido ela vítima de violência sexual.

Isto se diz porque não existe um *direito fundamental ao fornecimento de nova moradia para aquele que foi vítima de violência*. E esse direito fundamental não existe, registre-se, pelo simples fato de não ser ele *universalizável*.



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Juristas de várias linhas de pensamento diferentes reconhecem na *universalidade* uma característica essencial dos direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo, o que sobre o ponto leciona Daniel Sarmento:¹

“[O] Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que ele não tiver condições de dar a todos os que se encontrarem na mesma posição. Esta é uma exigência fundamental imposta pelo princípio da igualdade, que não pode ser postergada”.

No mesmo sentido, ensina Luigi Ferrajoli que “são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade para agir; entendendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica; e por ‘*status*’ a condição de um sujeito, prevista assim mesmo por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas”.²

¹ SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pág. 199.

² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (ed.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 3ª ed., 2007, pág. 19 (tradução livre do relator). No original: “son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ora, se direitos fundamentais são universalizáveis, decisões judiciais que os asseguram também devem ser universalizáveis. Em outros termos, só pode ser considerada correta uma decisão judicial que assegura um direito se for possível afirmar que em *todos os casos idênticos* seria possível decidir-se rigorosamente do mesmo modo. Como disse com propriedade Lenio Luiz Streck, “decisões jurídicas corretas têm de ser universalizáveis, sob pena de contrariarem o fundamento da democracia – a igualdade”.³

Para melhor explicar o que se quer dizer com isso, seja dado transcrever trecho da obra de Georges Abboud:⁴

“Para melhor elucidar o raciocínio, faremos breve síntese de importante decisão sobre o tema, proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão: BVerfGE 33, 303, 18 de julho de 1972.

No caso, a Universidade da Baviera estabeleceu limites rígidos de vagas (*Numerus Clausus* absolutos, como diz o TCF) para alguns cursos, na hipótese de a limitação ser estritamente necessária à manutenção do regular funcionamento do curso, tendo em vista a estrutura dos *campi* da Universidade. Essa limitação incidiu, entre outros, no curso de Medicina e

expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidade para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de facto”.

³ STRECK, Lenio Luiz. *O juiz soltou os presos; já Karl max deixou de estudar e foi vender droga. In: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-21/senso-incomum-juiz-solta-21-karl-max-deixou-estudar-foi-vender-droga>, acesso em 23/11/2015.*

⁴ ABOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial*. São Paulo: RT, 2014, pág. 170-171, sem grifos no original.



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

implicou a impossibilidade de alguns interessados, por conta da limitação de vagas, não poderem ingressar no curso de Medicina. O Tribunal Constitucional Federal alemão foi provocado pelo Tribunal Administrativo da Baviera para analisar a constitucionalidade dessa limitação.

O direito constitucional invocado para sustentar a inconstitucionalidade da limitação foi o art. 12, I, da Lei Fundamental de Bonn, que consagra a liberdade profissional, nos seguintes termos: *"todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei com base em uma lei"*. Com base nesse preceito, os estudantes cujo acesso ao curso de Medicina não tinha sido possível, por conta da limitação das vagas, alegavam que a lei que previu essa limitação era inconstitucional, posto ter violado seu direito fundamental à escolha livre da profissão (desejavam estudar Medicina para se tornarem médicos, e não puderam por força da limitação de vagas).

Contudo, o Tribunal Constitucional Federal alemão, porém, não deu razão à pretensão dos estudantes, e reputou a lei bávara compatível com a Lei Fundamental de Bonn. Entendeu que, apesar de o art. 12, I, da Lei Fundamental consagrar um direito à admissão ao curso universitário, considerou também que esse direito pode ser limitado por meio de lei ou com base em uma lei. O Tribunal entendeu ainda que limitações absolutas de admissão para ingressantes de determinado curso de graduação são constitucionais somente se: a) essas limitações forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino. Respeitadas essas condições, o Tribunal entendeu que é o legislador quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação das limitações absolutas de admissão e os critérios de escolha a serem aplicados. Considerando, em

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Agravo de Instrumento n.º 0033615-54.2015.8.19.0000



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

síntese, que as universidades podem ser autorizadas à regulamentação de demais particularidades dentro dos limites estabelecidos, o Tribunal Constitucional julgou constitucional a lei bávara que impunha limitação ao número de vagas no curso universitário de Medicina.

O caso é interessante - e em certa medida surpreendente - porque a argumentação judicial não menciona o direito à educação - direito social (importante lembrar que a Lei Fundamental não prevê nenhum direito social) -, girando em torno apenas da liberdade profissional - direito individual, e não social.

O que efetivamente interessa é a discussão subjacente a ele em que se evidencia que nem todo direito pode ser efetivado pelo Judiciário. Se realmente há um direito à educação fundamental, não há um direito fundamental a cursar a medicina, o que se pode pleitear é que haja processo democrático e de meritocracia para se acessar as vagas do curso de medicina.

Portanto, o que efetivamente há de se perquirir quando se está diante de uma lide que pode se consubstanciar em uma implementação judicial de política pública é se, de fato, há ou não um direito fundamental *sub examine* apto a reclamar sua concretização. Se for constatada a presença desse direito e ele, por consequência, tiver caráter universalizável, esse direito poderá ser concretizado mediante a implementação da política pública pelo Judiciário, sem que isso configure qualquer ingerência indevida nos demais poderes ou manifestação de ativismo judicial.

Destarte, o agir administrativo está vinculado diretamente ao que estabelece a Constituição, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais. Essa vinculação constitucional impede o agir discricionário que, verdadeiramente, significa seu contraponto, qual seja: uma alforria constitucional”.



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ora, assim como na Alemanha não se pôde reconhecer um *direito universal a estudar Medicina*, no Brasil não se pode reconhecer um suposto *direito universal a uma nova moradia daqueles que são vítimas de violência sexual*. Há direito fundamental – este, sim, universalizável – ao ressarcimento do dano; há direito fundamental ao afastamento do agressor. Nada disso, porém, foi pedido pelo Ministério Público. Não há, todavia, direito fundamental a uma nova moradia para a vítima da violência.

Vale aqui, uma vez mais, recordar a lição de Lenio Streck:⁵

“Tenho tentado mostrar esse grau de autonomia do direito. Ele não pode ser corrigido por subjetivismos, seja com que roupagem for, se éticas ou morais ou moralizantes — por exemplo, a autorização de julgamento *por equidade*, presente também no projeto do novo CPC, jamais poderá significar um alibi para que o juiz se afaste do sistema de direito e julgue conforme critérios morais, econômicos, políticos, etc. Nessa linha, tenho utilizado algumas ilustrações. Confesso, ilustrações duras e até antipáticas. Mas bastante didáticas e isto ninguém pode negar! Por exemplo, um aluno de medicina ou biologia alega objeção de consciência para não frequentar a cadeira de anatomia, onde são feitos exercícios com animais (dissecação). Entra em juízo e pede que a Universidade lhe proporcione um curriculum alternativo. O judiciário concede a ordem. Qual é o problema dessa decisão? Sem dúvida, a decisão é equivocada. Sem discutir o direito dos animais (essa é outra questão), não parece constitucional que o restante da

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?*
In: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>, acesso em 23/11/2015.



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

sociedade transfira recursos para proporcionar o bem estar da consciência moral do nosso pretendente a esculápio. O juiz terá que responder a algumas perguntas, como: há um direito fundamental a cursar medicina? Se não há, o pleito não vinga. Segundo: a conduta é universalizável? Um estudante de direito pode alegar problemas morais e não cursar direito penal, por exemplo? E na engenharia, pode o estudante exigir um currículo próprio? E a isonomia, a igualdade, a república, etc...onde ficam? E os recursos, que são de todos, podem ser desviados em favor de um?"

Ora, se não existe um *direito universal das vítimas de violência sexual a uma nova moradia*, então não existe o "direito da criança Gabriely a uma nova moradia em razão da violência sexual que supostamente sofreu". E isto é, também, motivo suficiente para reformar-se a decisão judicial.

Aliás, chama a atenção o fato de que, não obstante tenha chegado ao Ministério Público a notícia de que uma pessoa perfeitamente identificada teria praticado ato libidinoso com criança (colocando seu pênis na boca da criança e se masturbando diante dela, de forma a despejar líquido seminal em seu rosto, boca e colo), o que caracteriza, ao menos em tese, o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), crime de ação penal pública incondicionada, para o qual é cominada pena de reclusão entre oito e quinze anos, não haja nos autos qualquer notícia no sentido de que tenha sido tomada alguma medida no âmbito criminal contra o suposto responsável pela violência sexual. Ao que parece, então, o órgão de atuação do Ministério Público de Campos dos Goytacazes, ao tomar conhecimento do estupro de vulnerável, abriu mão de perseguir o autor do crime e preferiu afastar de



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

.....

sua moradia a vítima. Com todas as vênias devidas aos ilustres representantes do valoroso Ministério Público que atuaram neste processo – e também ao magistrado prolator da decisão agravada –, mas há algo aí que juridicamente não se sustenta.

E nem se fale em extrair peças para o Ministério Público, na forma do art. 40 do Código de Processo Penal, já que o *parquet* já teve conhecimento dos fatos aqui relatados.

Por tais fundamentos, o voto é no sentido de DAR PROVIMENTO AO RECURSO, para revogar a tutela antecipada.

Rio de Janeiro, 09 de dezembro de 2015.

Des. Alexandre Freitas Câmara

Relator