

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.158.201 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (eDOC 64, p. 200):

“APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LOTEAMENTO IRREGULAR – COMUNIDADE SITUADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - Pretensão inicial da Defensoria voltada a impedir a intervenção da ré no loteamento clandestino sem ordem judicial, bem como para inscrever os ocupantes dos imóveis ali situados em programas de desenvolvimento urbano Impossibilidade Poder de Polícia Administrativo Dever da Municipalidade de zelar pelo meio ambiente equilibrado e pelo adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, consoante inteligência dos arts. 23, VI e 30 VIII, da CF Legitimidade da conduta da Administração, independentemente de ordem judicial, em impedir o crescimento da ocupação irregular, efetuando notificações e demolições Supremacia do interesse público sobre o particular A inscrição em programas habitacionais pressupõe manifestação de vontade dos interessados e preenchimento dos requisitos específicos de cada programa, razão pela qual não pode ser deferida na hipótese dos autos Discricionariedade da Administração - Interferência do Poder Judiciário na seara das políticas públicas que somente é admitida em caso de controle da legalidade do ato

ARE 1158201 / SP

administrativo Afastamento da condenação da autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 18, da Lei 7.347/85, aplicável ao caso Sentença de reformada - Recurso de apelação provido em parte”.

Os embargos de declaração opostos contra esse acórdão foram rejeitados (eDOC 65, fls. 14-25).

Na sequência foi interposto recurso especial, não admitido pelo Tribunal, nem pelo Superior Tribunal de Justiça.

No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, do permissivo constitucional, aponta-se ofensa aos arts. 1º, II e III, 3º, II, 5º, LIV e LV, 6º, 37 e 182, da Constituição Federal.

Aduz-se que o acórdão recorrido ofende os princípios do devido processo legal e da proporcionalidade ao manter decisão que julgou válido ato administrativo violador do direito à moradia. Alega-se, em seguida, que o processo de formação de loteamentos irregulares e clandestinos tem a ver não com a falta de fiscalização do recorrido, mas com a falta de política habitacional que atenda o enorme déficit de moradia de interesse social (eDOC 65, fls. 39-40):

“A Ordem Interna 01/2007, quando determina a demolição de moradias, não respeita o critério da adequação do princípio da proporcionalidade, decorrente do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), ou seja, não constitui meio adequado para a consecução do fim pretendido, já que não inibe a formação dos loteamentos irregulares ou clandestinos, tendo em vista que estes se formam por causa do processo econômico e exclusão sócio-territorial aliada à falta de uma política de habitação de interesse social eficaz”.

No que tange ao pedido subsidiário, de inclusão dos moradores das construções irregulares em programas de habitação, sustenta-se que não é possível invocar a reserva do possível em detrimento da concretização de direitos fundamentais, bem como que a concretização do direito a uma moradia digna não é disponível, de modo que não há falar em

ARE 1158201 / SP

necessidade de concordância expressa dos interessados, haja vista que é dever do Estado garanti-lo aos cidadãos. Nessa esteira, cabe a intervenção do Poder Judiciário para “determinar que o Poder Público realize políticas públicas que efetivem o direito fundamental à moradia”. Com essas razões, requer-se o provimento do extraordinário para reforma do acórdão recorrido, julgando-se procedente a ação para (i) condenar a Municipalidade em obrigação de não fazer, consistente em não proceder a qualquer intervenção na Comunidade da Rua Gerônimo Abreu do Vale, com fundamento na Ordem Interna 01/2007, sem ordem judicial que autorize a demolição de edificações habitadas ou desabitadas; bem como para (ii) determinar que a Administração inscreva os ocupantes dos imóveis notificados em programas de desenvolvimento urbano ou outros que possam ser caracterizados como de interesse social, inclusive financiamentos (fls. 02/36).

A Presidência do TJSP inadmitiu o recurso por ausência de prequestionamento explícito (eDOC 65, p. 118).

Abri vista do feito à Procuradoria-Geral da República, que opinou pelo desprovimento do recurso, nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO CLANDESTINO SITUADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DESOCUPAÇÃO. PEDIDO PARA IMPEDIR A INTERVENÇÃO MUNICIPAL E INSCREVER OS MORADORES AFETADOS EM PROGRAMAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO. SENTENÇA PELA IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA PARCIALMENTE SOMENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM ÔNUS SUCUMBENCIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SEGUIMENTO NEGADO. AGRAVO.

NO JULGAMENTO DO ARE 748.371/MT – RG (TEMA 660), ESSA SUPREMA CORTE FIXOU A TESE DE QUE “NÃO APRESENTA REPERCUSSÃO GERAL O TEMA RELATIVO À SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO

ARE 1158201 / SP

CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DOS LIMITES DA COISA JULGADA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUANDO O JULGAMENTO DA CAUSA DEPENDER DE PRÉVIA ANÁLISE DA ADEQUADA APLICAÇÃO DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS”.

TARDIA ALEGAÇÃO DE OFENSA CONSTITUCIONAL, EM SEDE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA O ACÓRDÃO ORA RECORRIDO, NÃO SUPRE O REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE OS TEMAS CONSTITUCIONAIS TEREM SIDO ABERTAMENTE DEBATIDOS NA INSTÂNCIA ANTERIOR. SITUAÇÃO INOCORRENTE. SÚMULA 282/STF. PRECEDENTE.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CLARA E SUFICIENTE DA CONTRARIEDADE AOS DISPOSITIVOS INVOCADOS. SÚMULA 284/STF. PRECEDENTE.

IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (LEI 6.766/79) E DE REVOLVIMENTO DE QUESTÕES FÁTICO-PROBATÓRIAS. SÚMULAS 280 E 279 DESSA SUPREMA CORTE. PRECEDENTE.

MANIFESTAÇÃO PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO AGRAVO PARA SEQUER CONHECER DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.”

É o relatório, em síntese.

Passo à decisão. O agravo merece provimento.

Conquanto não tenha sido expressa a indicação dos artigos tidos por violados pela decisão recorrida, o Tribunal de origem examinou o núcleo essencial dos direitos em que se funda o recurso extraordinário. Com efeito, consta do acórdão recorrido (eDOC 64, fls. 210-211):

ARE 1158201 / SP

“Não obstante a importância do direito à moradia dos ocupantes das construções irregulares no caso concreto, prevalece na hipótese o direito ao meio ambiente equilibrado, dentro da ideia de cidade sustentável. O artigo 3º, V, da Lei Federal 6.766/795, veda o parcelamento do solo em área de preservação ambiental, razão pela qual, sob pena de ser responsabilizada por sua omissão, a Administração não pode permitir o aumento da deflagração irregular, sendo de rigor sua pronta atuação para evitar tal prática de modo a impedir a consolidação e a irreparabilidade dos danos urbanísticos e ambientais”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendido que, para ser prequestionada a matéria, não há necessidade de referência expressa ao artigo ofendido, se, a partir dos debates e das decisões anteriores, as normas tiverem sido invocadas. Nesse sentido:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO. DESNECESSIDADE. I - Para se ter prequestionada a matéria, não há necessidade de referência expressa ao artigo ofendido. Basta debate e decisões anteriores fulcrados na norma em questão. II - A perda de dias remidos, em virtude do cometimento de falta grave, não viola o postulado inscrito no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. III - Agravo regimental improvido.

(AI 616427 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, Dje-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-10 PP-02083)”

De fato, na petição de apelação, a recorrente expressamente indicou os artigos que deveriam ser utilizados como baliza do julgamento (eDOC 64, fls. 17 e 46):

ARE 1158201 / SP

“Com feito, pura e simplesmente demolir moradias, para desfazer loteamentos, sem qualquer compromisso com o atendimento habitacional, e, como se não bastasse, sem ordem judicial, ou seja, sem a possibilidade de se discutir da realização por outros meios do direito à moradia, é violação flagrante do princípio da proporcionalidade, decorrente do princípio do devido processo legal, e representa uma negação absoluta ao núcleo essencial do direito fundamental à moradia, que deveria ser protegido. (...)”

E assim sendo, a r. Sentença acabou por violar o art. (...) 5º, LIV da CF/88, c/c art. 182 da CF/88 (..) c/c art. 182, § 1º da CF/88, c/c art. 6º da CF/88, c/c art. 3º, II, da CF/88, c/c art. 174 da CF/88, c/c art. 37 da CF/88”.

E, por meio dos embargos de declaração, novamente requereu a manifestação do tribunal a quo acerca dos dispositivos indicados (eDOC 65, fls 4-7).

Ao contrário do que assentou a decisão recorrida, houve, portanto, o prequestionamento, razão pela qual deve-se dar provimento ao agravo.

Relativamente aos demais requisitos para admissão do recurso extraordinário, cumpre registrar que, embora o acórdão recorrido tenha reconhecido que a controvérsia versada nos autos consiste em saber se a Administração Municipal pode intervir, independentemente de aval do Poder Judiciário, em parcelamentos irregulares e determinar desocupações de imóveis e demolição de construções, com fundamento no poder de polícia estatal e no dever de preservação do meio ambiente, a matéria deve ser analisada sob outro enfoque. Ao contrário do assentado pelo acórdão recorrido, no entanto, o exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode, em tese, ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal.

Registre-se, neste ponto, que a questão não passou despercebida dos Tribunais Constitucionais de países que, como Brasil, apresentam semelhantes problemas na solução da equação entre desenvolvimento e

ARE 1158201 / SP

justiça social. A Corte Constitucional da África do Sul, por exemplo, no caso *Grootboom*, reconheceu que o direito à moradia impunha condicionantes às ordens de despejo.

A questão posta aos autos tem, portanto, nítida matriz constitucional, a autorizar, ante o preenchimento dos pressupostos processuais, o conhecimento do recurso extraordinário.

Ademais, assiste razão à recorrente quando aduz a relevância do tema sob o ponto de vista econômico e social. A discussão sobre o alcance do direito à moradia afeta, de um lado, um dos principais problemas nacionais que é o déficit habitacional. De outro, o direito à moradia também constitui óbice à atividade relevante de ordenação territorial, o que atinge diretamente a reforma urbana e o direito à cidade.

É preciso registrar, por fim, que o direito à moradia recebe especial proteção pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, como se depreende, *v.g.*, do Comentário Geral 7 do Comitê de Direitos Econômicos e Sociais, a ensejar, eventualmente, responsabilização internacional do Estado brasileiro, em caso de descumprimento. Essa perspectiva empresta, por outra razão, repercussão geral à matéria.

No caso, há pedido na inicial para o fim de impor a ora agravada a obrigação de “que inscreva os ocupantes dos imóveis notificados (...) em programas de desenvolvimento urbano” (eDOC 1, p. 40). Na específica situação dos autos, considerando-se concreta e unicamente as circunstâncias do caso com sua projeção de índole constitucional, o pedido inicial alternativo se impõe à luz da Constituição da República e da mitigação de danos pelo deslocamento em áreas de adensamento urbano mesmo não regularizadas.

Antes o exposto e com essas considerações, com fulcro especialmente no parágrafo segundo do artigo 21 do RISTF, dou provimento ao agravo para o fim de prover parcialmente a pretensão recorrente, e por conseguinte, reformar o acórdão que manteve a sentença no ponto em que julgou improcedente o pedido de inclusão dos ocupantes dos imóveis notificados da Comunidade da Rua Gerônimo de

ARE 1158201 / SP

Abreu do Vale em programas de desenvolvimento urbano do recorrido,
decisão específica e concreta para o efeito dos presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 02 de setembro de 2020.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente