



REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0043709-85.2020.8.19.0000
REPUTE: EXMO. SR. PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
REPDOS: EXMO. SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES E EXMO. SR. PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPOS DOS GOYTACAZES
RELATOR: DESEMBARGADOR MAURICIO CALDAS LOPES

Representação por inconstitucionalidade.

Lei nº 7.956, de 14 de novembro de 2007, do Município de Campos dos Goytacazes, cujo art. 3.º, § 2.º fora alterado pela Lei n.º 8.753/17, ao possibilitar ao Executivo a suspensão, mediante decreto, da execução do programa municipal de transferência de renda, sempre que necessário, para fins de recadastramento ou em razão de grave crise financeira, assim como a modificar o valor do benefício assistencial.

Delegação de competência vedada pelos artigos 68, § 1.º da Constituição da República e 117, § 1.º da Carta Estadual, por isso que o artigo 7.º, inciso V, da Lei Orgânica revista e consolidada do Município de Campos dos Goytacazes, expressamente inscreve na competência da Câmara Municipal a de legislar sobre "**a concessão de auxílio, subvenções e contribuições em geral**" (art. 7º, V), em que se inclui, necessariamente, a de **suspendê-los** e, mais ainda, a de "**alterar, para mais ou para menos, os valores**" da subvenção.

Ademais, ao atribuir ao Executivo local a faculdade de, mediante decreto, suspender os benefícios do programa de assistência social ou alterar os valores do auxílio financeiro previsto em lei, a norma inquinada permite uma interferência imediata do Poder Executivo e a submissão dos respectivos beneficiários ao alvitre do gestor municipal, que pode privá-los, repentinamente, da renda fundamental à sobrevivência, autêntico direito fundamental, perfeitamente recortável como direito subjetivo individual, em ordem a enfrentar também o disposto no inciso II, do mesmo artigo 68 da Carta Fundamental.

Tese da deslegalização sequer debatível na espécie.

Representação de inconstitucionalidade procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Representação de Inconstitucionalidade nº 0043709-85.2020.8.19.0000**, em que é Representante o EXMO. SR. PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e Representados EXMO. SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES e EXMO. SR.





PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPOS DOS GOYTACAZES, **ACORDAM** os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em **julgar procedente** a Representação de Inconstitucionalidade e, em consequência, declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º da Lei Municipal 7.956/07, alterado pela lei 8.753/17, com eficácia *ex tunc*.

E assim decidem, adotada como relatório a parte expositiva do parecer ministerial dos índices 156/160, na conformidade do voto do Desembargador relator.

RELATÓRIO

1. Pretende o autor, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ver declarada a inconstitucionalidade, por vício formal e material, do art. 3º, § 2º da Lei Municipal nº 7.956, de 14 de novembro de 2007, promulgada pelo Prefeito da cidade de Campos dos Goytacazes, com alteração introduzida pela lei 8.753, de 07 de junho de 2017, assim dispondo:

"LEI Nº 7.956, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2007.

CRIA O PROGRAMA MUNICIPAL DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

A CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPO DOS GOYTACAZES DECRETA E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:

[...]

Art. 3º - [...]

[...]

§ 2º O Poder Executivo poderá, por decreto, suspender a execução do programa, sempre que necessário para fins de recadastramento ou em razão de grave crise financeira, comprovada por ato motivado, bem como alterar para mais ou para menos os valores previstos no caput deste artigo, desde que haja, em caso de aumento, disponibilidade orçamentária para esse fim. (Redação dada pela Lei n.º 8.753/2017)

[...]





PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DOS GOYTACAZES, 14 de novembro de 2007.

ALEXANDRE MARCOS MOCAIBER CARDOSO

Prefeito"

1.1 Sustenta o Representante, em substância, que a Lei objurgada conflita com os preceitos e normas inscritos nos arts. 7º, 9º (c/c art. 5º, II da Constituição da República), 39, 145, IV e VI, 305, *caput* e 345, *caput*, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e nos arts. 2º, 5º, II, 6º, 29, *caput*, 84, IV e VI e 203, I e II, todos da Constituição da República, ao argumento de violação dos princípios da reserva legal, da separação de poderes e do direito à assistência social.

Aduz competir à lei, jamais a decreto, indicar condições de aquisição ou restrição de direitos e imposição de deveres. Ademais, o decreto previsto no diploma impugnado ostenta caráter autônomo, autorizado apenas nas hipóteses do art. 145, VI da Constituição Estadual -- *organização e funcionamento da administração estadual, que não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos ou extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos* --, o que não é o caso dos autos, vedado que é ao Poder Executivo desempenhar atividades tipicamente legislativas.

Além disso, a redação atual do dispositivo atacado possui o condão de tornar os beneficiários do Programa de Transferência de Renda, verdadeiros reféns de eventuais avanços autoritários do gestor municipal, que pode despojá-los, abruptamente, da renda fundamental para a sua sobrevivência, em ordem a violar o art. 39 da Constituição do Estado.

1.2 Em informações, o Prefeito do Município de Campos dos Goytacazes alega que o dispositivo impugnado se lastreia na deslegalização, conceito introduzido pela doutrina brasileira e defendido





pelo STF, que consiste numa revisão dos princípios da legalidade e da Separação de Poderes, em ordem a descongestionar os órgãos legislativos e proporcionar uma flexibilização à atuação legiferante, com alteração de conteúdo normativo, sem necessidade de sujeição ao demorado processo legislativo ordinário. Requer, ao final, a improcedência desta Representação, à míngua de violação qualquer dos arts. 7º, 9º (c/c art. 5º, II da Constituição da República), 39, 145, IV e VI, 305, *caput* e 345, *caput*, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

1.3 A Câmara Municipal, por sua vez, repisa os mesmos argumentos expendidos pelo Prefeito, *“na medida em que no caso em questão tem-se evidenciada a hipótese do fenômeno da deslegalização, que significa a possibilidade de retirada pelo próprio legislador de certas matérias do domínio da lei ao domínio do regulamento, cuja validade encontra-se amparada pela farta jurisprudência pretoriana e clássica doutrina”*.

1.4 Há manifestações da Procuradoria Geral do Município e da Câmara Municipal de Campos dos Goytacazes, que repetem os mesmos argumentos expostos nas informações prestadas pelos representados, fortes na ausência de inconstitucionalidade qualquer no dispositivo impugnado, razão pela qual requerem a improcedência da representação.

1.5 Manifestação da Procuradoria Geral do Estado para que fosse a Câmara de Vereadores do Município de Campos intimada a informar a autoria do projeto de lei que originara a Lei Municipal nº 8.753/17, que dera a nova redação ao § 2º do art. 3º da lei 7.956/07, o que fora devidamente atendido com a juntada da cópia integral do processo legislativo que originara a lei 8.753/17.



1.6 Redistribuição dos autos por prevenção em virtude da aposentadoria do Des. Jessé Torres Pereira Junior.

1.7 Nova manifestação da Procuradoria Geral do Estado, a oficiar pela improcedência da representação, com a declaração de constitucionalidade do art. 3º, § 2º da Lei Municipal 7.956/07, na redação da Lei 8.753/17, ao fundamento de que a norma hostilizada detém autêntica delegação legislativa, com parâmetros claros e suficientes ao exercício da atividade regulamentar pelo Poder Executivo, olhos postos na celeridade e no dinamismo relacionados à matéria disciplinada.

1.8 O parecer da douta Procuradoria de Justiça recomenda a procedência da representação, declarada a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, com eficácia *ex tunc* e efeitos *erga omnes*.

1.9 É o relatório.

VOTO DO RELATOR

2. Como relatado, pretende o autor ver declarada a inconstitucionalidade do art. 3.º, § 2.º da Lei Municipal nº 7.956, de 14 de novembro de 2007, do Município de Campos dos Goytacazes, na redação da Lei Municipal n.º 8.753, de 07 de junho de 2017, maculada por vícios material e formal, ao delegar ao executivo municipal a competência para legislar por decreto sobre a suspensão, sempre que necessário, da execução do programa municipal de transferência de renda, para fins de recadastramento ou em razão de grave crise financeira, e, mesmo, aumentar ou reduzir o valor do benefício assistencial.

Os argumentos expostos pelos Representados, em consonância com os da Procuradoria do Estado, se pautam na deslegalização, também denominada de delegificação, tese pensada ao



escopo de desobstrução dos órgãos legislativos de modo a proporcionar uma flexibilização da atuação legiferante, consistente na retirada, pelo próprio legislador, de determinadas matérias do domínio da lei, passadas ao domínio do regulamento, sem necessidade de observância dos trâmites inerentes ao processo legislativo ordinário, circunstância que não implica renúncia à função normativa, mas em verdadeira parceria entre os Poderes Legislativo e Executivo, indene de violação qualquer ao princípio da Separação de Poderes.

3. Bem, anoto que o Programa de Transferência de Renda implementado pela Lei Municipal n.º 7.956/07 consiste num plano de assistência social destinado ao desenvolvimento da cidadania e à inclusão social das famílias em situação de vulnerabilidade social, desde que cadastradas e preencham os requisitos legais, em ordem a habilitarem-se ao recebimento mensal da monta de R\$ 200,00, por meio de cartão magnético.

4. Como já mencionado, a norma hostilizada permite ao Poder Executivo local suspender, unilateralmente e através de decreto, a realização do programa, sempre que necessário, para fins de recadastramento ou em razão de grave crise financeira, assim como a modificar o valor do benefício assistencial.

Ei-la:

*"LEI N° 7.956, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2007.
CRIA O PROGRAMA MUNICIPAL DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA E DÁ
OUTRAS PROVIDÊNCIAS.
A CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPO DOS GOYTACAZES DECRETA E EU
SANCIONO A SEGUINTE LEI:*

[...]

Art. 3º - [...]

[...]

§ 2º O Poder Executivo poderá, por decreto, suspender a execução do programa, sempre que necessário para fins de recadastramento ou em razão de





grave crise financeira, comprovada por ato motivado, bem como alterar para mais ou para menos os valores previstos no caput deste artigo, desde que haja, em caso de aumento, disponibilidade orçamentária para esse fim. (Redação dada pela Lei n.º 8.753/2017)

[...]

PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DOS GOYTACAZES, 14 de novembro de 2007.

ALEXANDRE MARCOS MOCAIBER CARDOSO

Prefeito"

5. Urge considerar, por primeiro, que o referido diploma impugnado viola o princípio da reserva legal, porquanto demanda votação pela respectiva Câmara Municipal, expressamente inscrita na competência da Câmara Municipal a de legislar sobre "**a concessão de auxílio, subvenções e contribuições em geral**" (art. 7.º, V)¹, em que se inclui, necessariamente, a de **suspendê-los** e, mais ainda, a de "**alterar para mais ou para menos os valores**", em ordem a violar a proibição imposta pelos artigos 68, § 1.º, da Constituição Federal (art. 68, §1.º)², 117, § 1.º, da Estadual.

6. Em boa verdade, ao atribuir ao Executivo local a faculdade de, mediante decreto, suspender os benefícios do programa de assistência social ou alterar os valores do auxílio financeiro previsto em lei, a norma inquinada permite uma interferência imediata do Poder Executivo nas atividades tipicamente legislativas, de modo a submeter os beneficiários do programa ao alvitre do gestor municipal, sem o controle do sistema de freios e contrapesos, e que pode privá-los, repentinamente, da renda fundamental à própria sobrevivência, e se pôr

¹ Art. 7º Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, exceto quando se trate de leis orgânicas:

V - autorizar a concessão de auxílio, subvenções e contribuições em geral;

² § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, (...).



em testilhas também com o inciso II, do mencionado artigo 68, § 1.º, da Carta da República.

7. Dessa forma, inaplicável à espécie a tese de deslegalização suscitada pelos representados, apoiada, ademais, pela Procuradoria do Estado e defendida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, e que o relator se reserva ao debate sobre a respectiva constitucionalidade quando se fizer necessário, por isso que irrenunciável – e indelegável -- a competência legislativa do parlamento municipal para dispor sobre tema que diz respeito a direito social de marcada fundamentalidade – *por vinculada ao valor axiomático da dignidade da pessoa humana* --, tal como defendido, aliás, pela manifestação ministerial, que ora se transcreve:

"(...) Por variadas razões não se cuida de deslegalização constitucionalmente válida. Em primeiro lugar, a deslegalização só poderá ter lugar frente a matérias que não se encontrem, constitucionalmente, sob a incidência do princípio da estrita reserva legal, a exemplo do que ocorre com a alteração ou extinção de prestações que materializam direito fundamental à assistência social. Em segundo lugar, a deslegalização proposta não se fundamenta em critérios de ordem técnica, como costumeiramente se verifica em hipóteses nas quais determinada temática é retirada do domínio da lei, passando ao domínio regulamentar. Desse modo, não haveria qualquer particularidade atinente à matéria a ser regulamentada que viesse a justificar seu deslocamento para a esfera decisória do Poder Executivo. Em terceiro lugar, a deslegalização não pode acarretar que o decreto a ser editado venha a dispor sobre elementos essenciais à regulamentação, ao ponto de suspender a eficácia do programa assistencial criado por lei. Ao estipular por lei a criação de determinado benefício e permitir, todavia, sua extinção ou alteração por intermédio regulamentar, o legislador deixa de observar a necessária simetria de formas, conferindo idêntica força normativa a figuras primárias (lei) e secundárias (regulamento)".

Dessa forma, a lei impugnada viola também o inciso II, do § 1º., do artigo 68 da CR, verbis:



§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

7.1 E nem se pretenda que os direitos sociais não se inscrevam entre os direitos individuais apenas por não se situarem em um dos incisos do artigo 5º. da Constituição da República, tal como o esclarece, aliás, o próprio § 2º. do mencionado artigo:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em trabalho³ que dei à publicação por mais de uma vez, anotei:

"É no mínimo curioso que o direito à alimentação, de exuberante fundamentalidade, só vá ser reconhecido por força do denominado mínimo existencial de que a pessoa humana revestida da dignidade que tal condição lhe transmite, é destinatária, quando desde logo poderia ter sido reconhecido como uma espécie de garantia do próprio direito à vida, e vida digna -, quando não se o reconhecesse como direito fundamental expressamente inscrito nos artigos 63º, 3, da Constituição da República portuguesa, e 6º, 208 e 227 da CR brasileira...

Jorge Reis Novais⁴, com a agudeza de sempre explica o fenômeno a partir da intencional omissão da Constituição de Bonn a propósito dos direitos sociais e da doutrina e da jurisprudência a respeito do mínimo existencial e do direito à liberdade que então se formou, que acabaram por deslocar o foco da jusfundamentalidade do direito a alimentos, decorrentes

³ O artigo, em verdade, um dos quatro relatórios apresentados nos idos de 2.013, (setembro) para admissão ao Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, foi antes publicado em Direito à Alimentação e Segurança Alimentar, Juruá Editora, Brasil/Europa (Vila Nova de Gaia, Porto), 2.017, pág. 273/312, disciplina orientada pela Professora-Doutora Maria João Estorninho.

⁴ Novais, Jorge Reis, Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Coimbra editora, 1ª. Ed., março 2010, págs. 65 a 86.





de sua singela e expressa inscrição nas constituições do Brasil e de Portugal, para o da dignidade da pessoa humana, zona nebulosa e indeterminada do mínimo necessário à vida digna humana, sempre contingenciado pela denominada reserva do possível que, em nossa opinião, mais tem a ver com o grau ou intensidade da prestação devida, do que com sua jusfundamentalidade.

Assim, indevidamente subordinado a uma reserva do possível, o direito à alimentação não pode, contudo, sujeitar-se ao juízo de conveniência e oportunidade do legislador ordinário, mas desfruta de prioridade absoluta dos gastos e despesas públicos que não pode contemplar a construção de estradas e rodovias pelas quais ninguém passa, se a pessoa, protagonista absoluto da vida e destinatário das maiores e melhores preocupações do ordenamento jurídico, não tem como prover a própria subsistência.

Quem tem fome, não pode esperar!

Se, entretanto, priorizam-se investimentos em outras áreas, em detrimento de direito de tão evidente fundamentalidade, há algo de manifestamente errado em todo o sistema e que necessita de ser urgentemente revisto”.⁵

7.2 Ou ainda porque não integraria o patrimônio subjetivo individual, mas de todos.

Transcrevo parte dos estudos que fiz a propósito dos direitos, liberdades e garantias constitucionais:

"No dizer do professor Jorge Miranda, os direitos "... representam, só por si, certos bens...", que se integram ao patrimônio jurídico da pessoa, enquanto as garantias, em linha de princípio, "... destinam-se a assegurar a fruição desses bens". Os direitos, portanto, seriam "... principais e, as garantias, acessórias, muitas delas adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo) ...", ou de aplicação direta. Os direitos, ensina o eminente professor de Lisboa, "... permitem a realização das pessoas, inserem-se direta e imediatamente por isso nas respectivas esferas jurídicas, as garantias, só nela se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na aceção jusracionalista inicial, direitos declaram-se, as

⁵ Tivemos a oportunidade de discorrer, em Judicialização da Saúde, Lumen, Juris, Rio de Janeiro, 2010 sobre o direito social à saúde e respectiva exigência em juízo.





garantias estabelecem-se".⁶

"As liberdades - prossegue o renomado constitucionalista português, com apoio na lição de Pierfrancesco Grossi - são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado. As liberdades envolvem sempre a escolha entre o facere e o non facere, ou entre o agir e o não agir, em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face - positiva e negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de atuação do Estado ou das próprias pessoas. As liberdades valem por si; as garantias têm valor instrumental e derivado."⁷

As garantias, em linha de princípio, teriam uma função muito mais instrumental e se poderia reconhecê-las como assecuratórias do exercício de certos e determinados direitos exatamente por essa instrumentalidade. Entretanto, vejam-se, por exemplo, os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, cânones constitucionais que se destinam a garantir o direito-direito à liberdade física e o próprio status dignitatis da pessoa, pública e duramente atingido pela privação de sua liberdade; a irretroatividade da lei, a intangibilidade do ato jurídico perfeito e acabado e a garantia da coisa julgada, que se exibem, à primeira vista, meramente instrumentais do direito-direito à segurança jurídica que necessariamente há de presidir a vida de relação.

*Na verdade, esses direitos-direito, enquanto despidos das garantias do respectivo exercício, se constituiriam em simples enunciados normativos desprovidos de qualquer efeito prático ou material, daí porque não se pode dizê-las - as garantias - apenas "estabelecidas" diante da **eficácia constitutiva** do próprio direito-direito de que são eventualmente providas.*

O que seria, por exemplo, do direito à liberdade física, não fossem as garantias da presunção de inocência, do devido processo legal, da instrução contraditória, do habeas corpus e da ampla defesa? E da segurança jurídica, sem os institutos-garantia da irretroatividade das leis, da intangibilidade do ato jurídico perfeito e acabado, e da coisa julgada?

*Nesse viés, bem se legitima a asserção de que certas garantias são, na verdade, **parte constitutiva** e indissociável do próprio direito-direito, e que, por isso, se constituiriam numa espécie de direito-garantia, ainda quando "estabelecidas" pelo ordenamento jurídico, mas com a intangibilidade decorrente da dignidade do respectivo assento constitucional. Mesmo o ilus-*

⁶ Manual, já citado, p. 95.

⁷ *Idem, ibidem*, pp. 95-96.





tre Professor Jorge Miranda não passa ao largo dessa perspectiva: há certas garantias constantes da Constituição que não são direitos; mas muitas - outras há que se constituem, em bom rigor, em elementos da definição constitucional do próprio direito, e que não podem ser suspensas nem pelo estado de sítio ou pelo de emergência, como a do direito de defesa dos arguidos.⁸

Tudo se passa - nas palavras do mestre lusitano - "como se houvesse o desdobramento de certo direito num elemento ou momento primário - o direito propriamente dito - e num elemento ou momento secundário - a garantia".⁹

No Brasil, a distinção não passou despercebida. Rui Barbosa, desde logo, acentuava que "uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos de que essas garantias traduzem em parte a condição de segurança política ou individual", concluindo por definir as garantias constitucionais como "solenidades tutelares de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder".

Veja-se, do texto da Constituição comentada por Rui Barbosa, o seguinte excerto:

"Verdade é que também não se encontrará na Constituição parte ou cláusula especial que nos esclareça quanto ao alcance da locução 'garantias - constitucionais', mas a aceção é óbvia desde que separemos no texto da lei fundamental as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que em defesa dos direitos limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias, ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional ou legal a fixação da garantia com a declaração do direito. Essa discriminação produz-se naturalmente de um modo material pela simples enunciação de cada cláusula do título II da Constituição da República."¹⁰

Considere-se novamente o direito à segurança jurídica, princípio puro, sequer constituído por um enunciado normativo-constitucional específico, mas construído a partir das garantias que se destinam a assegurá-lo, circunstância que bem demonstra a eficácia constitutiva de certas garantias, como também, e a partir da respectiva dimensão objetiva, sua natureza prin-

⁸ *Manual...*, ob. cit. Tomo IV, pp. 97-98, citando, em nota de rodapé, Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 97.

¹⁰ *Apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, pp. 529/530.



ciplológica e institucional, com inegável força normativa que se espraia por toda a ordem jurídica.

Fique assentada, portanto, a conclusão no sentido de que muitas das garantias constitucionais não se afiguram meramente instrumentais, mas portam verdadeira eficácia constitutiva do próprio direito cujo exercício intentam assegurar, autorizando a designação que nesta investigação se lhes dá de direitos-garantia, que, a partir da respetiva dimensão objetiva, se caracterizam como princípios cuja eficácia jurídica se projeta para além da simplesmente interpretativa, negativa e impeditiva de retrocesso em face de um ato do poder público, ainda quando o respetivo e identificado efeito pretendido envolva não só abstenções, mas também ações estatais.

Convém enfatizar, ainda, antes do desenvolvimento dessa conclusão, a distinção acentuada pelo eminente professor Paulo Bonavides, qual a de que as garantias tanto podem ser da própria Constituição como dos direitos subjetivos dela constantes, ressaltando que na primeira aceção estão as garantias engendradas para manter ou assegurar a permanência da ordem "contra fatores desestabilizantes", entre as quais se situam os estados de emergência e o de sítio, destinados à manutenção das bases do regime e de suas instituições em situações de crise constitucional.¹¹ Já no que respeita às garantias dos direitos subjetivos, estar-se-ia a tratar de uma proteção direta e imediata dos direitos fundamentais na via jurisdicional - não judicial, em Portugal - através de instrumentos processuais de índole constitucional, de tal modo que, nesta perspetiva, a garantia constitucional é entendida não apenas como uma garantia prática do direito subjetivo, mas também como instrumento ou remédio jurisdicional que acaba por conferir eficácia, segurança e proteção ao direito violado. Assim, no Brasil como em Portugal - onde tem sede infraconstitucional, embora -, o habeas corpus, destinado a garantir a liberdade de ir, vir e ficar ou, ainda, no Brasil, o mandado de segurança, dedicado a assegurar o cidadão contra a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo; o mandado de injunção, o habeas data, e no Direito espanhol, o recurso de amparo - de feição recursal ou indireta,

¹¹ Também a *reforma da Constituição*, no dizer do ilustre Professor Cearense (p. 531), é, na verdade, um mecanismo poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, sobretudo quando se considere que essa reforma está sempre balizada pelas cláusulas - pétreas que impedem a reforma dos pilares sobre que se constitui o Estado Democrático de Direito brasileiro. O mesmo se pode dizer a respeito da Constituição portuguesa, na medida em que também os estados de sítio e o de emergência são remédios excepcionais que em situações de crise e instabilidade se destinam a assegurar a base do regime e o sistema das instituições.



embora, como está a indicar o próprio nome - que ensejam acesso à jurisdição constitucional.

(...)

"É verdade que tanto no Brasil quanto em Portugal sempre se procurou separar com certa nitidez os limites entre os direitos fundamentais e as garantias institucionais, mas parece que não se pode deixar de encontrar, a partir de uma dimensão objetiva daqueles - os direitos e liberdades -, autênticos institutos que acabam por se estender a todos em ordem a constituírem-se no componente institucional dos direitos fundamentais, que Häberle tão bem acentuou, como o direito a não discriminação ou à equal protection of law -, passíveis sim, de se verem recortados subjetivamente em atenção a uma certa e determinada situação de fato, mas verdadeiros institutos incorporados objetivamente ao patrimônio jurídico não de um ou de outro, mas de todos.

(...)

"Bem, não se pode deixar de considerar, também, aquelas garantias sem as quais os direitos-direito não passariam de enunciados normativos incompletos e ineficazes, ao se exibirem separados de seu segundo momento constitutivo,¹² como sucede na já mencionada relação que se estabelece, por exemplo, entre a segurança jurídica, a irretroatividade das leis e o caso julgado. Bem se poderia objetar estar-se, nessa hipótese, diante de uma garantia constitucional, é certo, mas de uma garantia que, para além de constitutiva do próprio direito que intenta assegurar, diz respeito a um autêntico instituto, assim entendido o direito à segurança jurídica em sua mais pura dimensão objetiva, desvinculado de qualquer subjetividade e circunstâncias¹³ - sem prejuízo, é claro, de seu recorte em face de determinado trecho da realidade e respetiva subjetivação, como se verá adiante..."

(...)

"Pois bem, quando se consideram os argumentos contra e a favor da constitucionalização dos direitos sociais, prossegue Alexy, constata-se que há muitos deles de peso considerável, não negligenciáveis, o que, desde logo, gera uma conclusão aparentemente paradoxal, qual a de que os direitos constitucionais, nomeadamente os de índole social, são daqueles que, exatamente pela controvérsia que geram, não podem ficar de fora do texto cons-

¹² Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 97.

¹³ Right-holder, addressee and object, na dicção de ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, tradução para o inglês de Julian Rivers, 2002, p. 353.





titucional, ao sabor dos desacordos episódicos das maiorias parlamentares simples, sempre eventuais e transitórias.

Daí a proposta, do mestre alemão, de um modelo de direitos constitucionais sociais que se fundamente na ponderação ou balancing entre, de um lado e sobretudo, o princípio da liberdade real, de fato, e, de outro, os princípios formais da competência e separação de poderes, além dos substantivos relativos aos direitos do outro - mesmo os coletivos, como o direito ao meio-ambiente antes mencionado,¹⁴ sem prejuízo da resposta genérica que desde logo oferece:

"One has to consider an entitling position guaranteed, if(1) the principle of the factual freedom requires it very strongly, and (2) the principles of the separation of power and democracy (including the budgetary competence of parliament), as well(3) competing substantive principles(in particular those relating to the legal liberty of others) are relatively slightly affected by the constitutional guarantee of the entitling position and the decisions of the constitutional courts which take account of it. These conditions are satisfied at any rate, by minimal constitutional rights, such as the right to an existential minimum, to basic accommodation, to school education, to training for a job, and to a basic level of healthcare." (destaquei)

Assim, aqueles que não consideram os direitos sociais como direitos fundamentais, mesmo depois de assentados no texto da lei constitucional, talvez não considerem a Constituição como norma jurídica, e norma jurídica axiomática de todo o ordenamento jurídico, com força normativa vinculativa e conformadora dos poderes públicos - no mínimo, e no particular dos direitos fundamentais - e, bem assim, dos particulares, a partir de uma eficácia vinculativa bilateral da norma constitucional.¹⁵

Talvez se apeguem ainda à leitura liberal de um estado de direito puramente formal, já sucedido de há muito por um Estado material de Direito que se funda na concreção do princípio democrático a partir de uma ordem jurídica legítima, isto é, uma ordem jurídica legitimada pela efetiva

¹⁴ Em outras palavras: as objeções ao direito à inclusão ou à *equal concern and respect* a ser materialmente assegurado aos despossuídos, se armam, a bem da verdade, nas mesmas estratégias de contenção do poder, já não agora do monarca, mas dos verdadeiros detentores do poder, o povo, que tanto serviram à burguesia na manutenção do *establishment* a duras penas – reconheça-se-o – conquistado, e do qual, mesmo agora, não se pretende abrir mão.

¹⁵ A vinculação dos particulares aos direitos sociais, também ela, não é negada pela doutrina (v.g., CANOTILHO. *Direito Constitucional...* Ob. cit., p. 483), submetendo, assim, o comércio jurídico em torno da saúde, e, mais que isso, a própria interpretação dos contratos – e, por consequência, a própria autonomia privada – aos direitos fundamentais sociais, como se verá adiante.



satisfação das necessidades dos "reais detentores do poder político", em ordem a evitar que "a legalidade seja utilizada como mecanismo de escamoteamento do conteúdo da noção de Estado de Direito Material".¹⁶

Talvez não considerem que os direitos sociais, já pelo assento constitucional que têm - e que não poderiam deixar de ter, sob pena de permitir que as maiorias eventuais pura e simplesmente os desconsiderassem, malgrado o princípio estruturante da dignidade da pessoa que lhes dá fundamento - não são inferiores a qualquer outra norma de mesmo assento, tanto mais quanto, ao vincular a conformação da estrutura do Estado no sentido da respetiva efetivação, desnudam, nitidamente, a fundamentalidade conformadora de que são providos.¹⁷

8. Tudo isso, contudo, não dispensaria considerações a respeito da tese da "deslegalização", de duvidosa constitucionalidade, que me reservo debater quando eventualmente "aplicável" à espécie então em exame.

8.1 Cumpre acentuar que a Lei 7.956, de 2.007 não continha, ordinariamente, parágrafos em seu artigo 3.º, sobrevindos com as Lei 8.729/2011 e 8.491/2013 e, finalmente, alterados pela Lei 8.753/2.017 que deu a redação impugnada.

É, portanto, de 2.017, 10 anos depois da edição originária, e, ademais, uma colcha de retalhos tantas vezes alterada ao longo do tempo...

Hoje tem o nome de Cartão Cooperação, e como objetivos o desenvolvimento da cidadania e a inclusão social da família em situação de vulnerabilidade nutricional por meio de transferência financeira para a garantia mínima de segurança alimentar e nutricional dos munícipes (Artigo 2º., na redação da lei nº 8.753/2017).

¹⁶ MASTRODI, Josué, Direitos Sociais Fundamentais, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 84.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 89.





8.2 Anoto que, segundo a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Humano e Social do Município, o Governo do Estado, também ele, auxilia os munícipes mais desvalidos de Campos, através do Programa Supera RJ, e noticiou a chegada de mais 2.398 cartões desse Programa, de modo a totalizar 3.798 cartões disponíveis, conforme acesso ao respectivo Portal no dia 12/02/2.022.

8.3 Também não se pode deixar de anotar que a REpINco, distribuída em 03/07/2.020, foi a mim redistribuída em 20/04/2.021, mais de 09 meses depois, e a PGE não havia ainda se manifestado, só vindo a fazê-lo em 07/05/2.021, porque este relator determinara fosse certificado o decurso de seu prazo para tanto.

E não só a PGE, mas também a de Justiça, em 28/06 e a PG do Município, em 12/08, ***mais de um ano depois da distribuição...***

Novamente ouvidas as PGE e PGJ sobre o acrescido, o último pronunciamento do MP veio aos autos em 01/10/21, mesmo dia em que apresentei relatório e pedi dia para julgamento

De todo modo, entrou em pauta virtual para o dia 24/01/22, nada menos do que CENTO E QUINZE DIAS DEPOIS do pedido de dia, foi adiado para 14/02/2.022 por conta do intento da PGJ de sustentação oral e novamente para hoje, por conta de falha nos sistemas deste TJRJ, que inviabilizou seu julgamento.

8.4 Em julho próximo completaria dois anos de tramitação, mas a demora, provocada pelos que intervêm na ação, não pode gerar modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que, aliás, tem aplicação extraordinária e está condicionada a ***razões de segurança jurídica*** ou de ***excepcional interesse social***, segundo dispõe o artigo 27 da Lei 9.868/99, e que, no caso, só recomendaria a



eficácia ordinária, isto é, *ex tunc*, pois quem tem fome não pode esperar, muito menos sujeitar aos bons humores do Alcaide, o direito à alimentação, de tão exuberante fundamentalidade.

9. Pelo exposto, **acolhe-se a presente Representação por Inconstitucionalidade** para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º da Lei Municipal 7.956/07, alterado pela lei 8.753/17, com eficácia *ex tunc*.

Preclusas as vias impugnativas, dê-se baixa, arquivando-se em seguida os autos, independentemente de nova conclusão ao relator.

Intimem-se e, **pessoalmente**, o Ministério Público.

Rio de Janeiro, 07 de março de 2.022.

Desembargador Mauricio Caldas Lopes
Relator