



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000592300**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2061891-90.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE UBATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE UBATUBA.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. FERRAZ DE ARRUDA.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, RICARDO TUCUNDUVA, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FIGUEIREDO GONÇALVES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE E XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 21 de julho de 2021.

**MOACIR PERES**  
**RELATOR**  
Assinatura Eletrônica

**VOTO Nº 33.999 (PROCESSO DIGITAL)**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2061891-90.2020.8.26.0000**

**AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**RÉUS: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE UBATUBA E PREFEITO MUNICIPAL DE UBATUBA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRÊMIO ANUAL. Artigo 139 da Lei n. 2.995, de 15 de outubro de 2007, do Município de Ubatuba.

Impossibilidade de concessão pelo simples fato da assiduidade do servidor público municipal, que é mero dever funcional e não deve ser premiada. Inobservância ao interesse público e às exigências do serviço. Gratificação que ofende os princípios constitucionais da Administração Pública. Ausência de razoabilidade e de proporcionalidade. Desrespeito aos artigos 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

Ressalva apenas quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até a data deste julgamento.

Ação julgada procedente, com observação.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em face do artigo 139 da Lei n. 2.995, de 15 de outubro de 2007, do Município de Ubatuba.

O autor transcreve o dispositivo legal impugnado. Diz que os dispositivos legais contrariados ofendem os artigos 1º, 18, 29 e 31 da Constituição Federal, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição do Estado. Acrescenta que há também violação aos artigos 111 e 128 da Constituição Paulista. Discorre sobre as parcelas que compõem os vencimentos dos servidores públicos. Explica que o prêmio anual de assiduidade, correspondente ao valor de um salário mínimo, tem como pressuposto para seu recebimento o mero adimplemento de deveres funcionais ordinários do serviço público, constituindo dispêndio público sem justa causa. Invoca os princípios da moralidade, do interesse público, da igualdade e da finalidade. Diz que o benefício não é razoável nem proporcional. Transcreve jurisprudência. Pede a



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concessão de liminar (fls. 1/13).

Foi indeferido o pedido de liminar (fls. 101/102).

Os réus apresentaram informações (fls. 119/123 e 143/145).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado deixou de se manifestar (fls. 113).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 148/155).

É o relatório.

Pretende o Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo obter a declaração da inconstitucionalidade do artigo 139 da Lei n. 2.995, de 15 de outubro de 2007, do Município de Ubatuba (fls. 1/12).

O dispositivo legal impugnado assim dispõe:

*Art. 139 –Terá direito ao prêmio anual de 1 (um) salário mínimo vigente, o servidor estável que:*

*I - No efetivo exercício compreendido entre 1º de janeiro e 31 de dezembro do ano anterior não ultrapassar o limite de 05 (cinco) ausências justificadas ou não.*

*II - Não serão computados como ausências os afastamentos em virtude de:*

*a) férias;*

*b) júri ou obrigações legais;*

*c) licença à gestante, à adotante e à paternidade;*

*d) participação autorizada em programas de treinamento ou capacitação;*

*e) por acidente em serviço;*

*f) nojo;*

*g) gala;*

*Parágrafo único – O prêmio anual será pago em parcela única no pagamento referente ao mês de aniversário do servidor.*

O autor da ação alega que a legislação impugnada ofende os



seguintes dispositivos constitucionais, aplicáveis aos Municípios em função do princípio da simetria<sup>1</sup>:

### **Constituição Estadual**

*Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.*

*Artigo 128 - As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço.*

### **Constituição Federal**

*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*[...]*

*Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*

*[...]*

*Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os*

---

<sup>1</sup> Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.



*seguintes preceitos:*

[...]

*Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.*

*§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.*

*§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.*

*§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.*

*§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.*

**A ação é procedente.**

Discute-se na presente ação a constitucionalidade de gratificação denominada prêmio anual, devida em razão do fato de o servidor público do Município de Ubatuba não ter ultrapassado o limite de 05 (cinco) ausências, justificadas ou não, no período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de dezembro do ano anterior ao do pagamento.

Como é cediço, “vantagens pecuniárias são as parcelas pecuniárias acrescidas ao vencimento-base em decorrência de uma situação fática previamente estabelecida na norma jurídica pertinente. Toda vantagem pecuniária reclama a consumação de certo fato, que proporciona o direito à sua percepção. Presente a situação fática prevista na norma, fica assegurado ao servidor o direito subjetivo a

receber o valor correspondente à vantagem. Esses fatos podem ser das mais diversas ordens: desempenho das funções por certo tempo; natureza especial da função; grau de escolaridade, funções exercidas em gabinetes de chefia; trabalho em condições anormais de dificuldades etc.” (José dos Santos Carvalho Filho. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 750. g.n.).

Portanto, a vantagem pecuniária não é contraprestação pecuniária adequada ao simples fato do comparecimento ao servidor público ao seu local de trabalho.

Nos termos em que foi criada, a gratificação deixa de atender ao interesse público e às exigências do serviço – posto que pretende remunerar simples assiduidade do servidor, que, na realidade, é um dos deveres funcionais mais inerentes à carreira pública.

Dado o postulado da continuidade do serviço público, em prol do interesse público, deve mesmo o servidor público se apresentar para prestá-lo a contento.

Na realidade, a ausência injustificada e reincidente ao serviço público pode caracterizar desídia ou abandono, sujeitando o servidor a penalidades administrativas.

**Nesse sentido, sendo a assiduidade mero dever funcional, não deve ser premiada. Antes, é a sua inobservância que deve ser – como o é - punida.**

Além disso, necessário ressaltar que o dispositivo legal impugnado ofende a eficiência, a razoabilidade e a moralidade administrativa, previstas no art. 111 da Constituição Estadual, que assim dispõe:

*Art. 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E, como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, “[t]ambém vilipendia os princípios de razoabilidade e proporcionalidade que devem nortear a Administração Pública e a atividade legislativa e que, como aqueles, têm assento no mesmo art. 111 da Constituição do Estado, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta. A medida normativa não transita incólume pelo denominado 'teste' de razoabilidade, ou seja, que ela seja adequada, necessária, e proporcional em sentido estrito. Ora, o prêmio por assiduidade não é adequado para valorização do servidor público. Mecanismos de meritocracia são relacionados ao cumprimento de obrigações extraordinárias ou incomuns e, mormente, de metas, inexistentes no pressuposto normativo enfocado. Tampouco é necessário, pois, impõe ônus excessivo aos cofres públicos. Seu efeito prático é a remuneração em dobro do servidor público: pelo cumprimento de seus deveres, entre eles, a assiduidade, ele percebe a remuneração, que, com a norma é acrescida do prêmio, exatamente por idêntico fato gerador. Nem é proporcional. Não existe relação lógica de causalidade entre o fato gerador da mordomia e sua finalidade. Além disso, não tem sentido lógico ou racional e, muito menos, bom senso remunerar com acréscimo pecuniário o servidor público pelo mero cumprimento de dever funcional geral e ordinário. Razoabilidade, como é assente, é critério de aferição da constitucionalidade de leis e atos normativos, conforme entendimento jurisprudencial (STF, ADI-MC 2.667-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 19-06-2002, v.u., DJ 12-03-2004, p. 36).” (fls. 151/152, g.n.).

Assim, os dispositivos legais impugnados são inconstitucionais, pois ofendem ao disposto nos artigos 111, 128 e 144 da Constituição Estadual.

Analisando casos semelhantes, assim tem decidido este Colendo Órgão Especial:

*S: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PARÁGRAFO 2º, DO ARTIGO 55, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 51, DE 27 DE JANEIRO 2012, DO MUNICÍPIO DE CAIUÁ, QUE PREVÊ A PERCEPÇÃO DE 'DÉCIMO-QUARTO SALÁRIO', NA DATA DO ANIVERSÁRIO DO*



*SERVIDOR MUNICIPAL ASSÍDUO - AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO - VERBA QUE TRADUZ VANTAGEM PECUNIÁRIA EM RAZÃO DE DEVER INERENTE AO CARGO - AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA FINALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO - DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO". "Em que pese a autonomia dos Municípios para editar normas locais e se autoadministrar, a competência que lhes foi outorgada não é absoluta, sujeitando-se aos limites e contornos definidos pela Lei Maior e pela respectiva Constituição Estadual, inclusive no que diz respeito à remuneração de seus servidores, em razão do princípio da simetria e da regra contida no artigo 144 da Carta Bandeirante". "As vantagens pecuniárias devem estar sempre associadas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do artigo 128 da Constituição Estadual, não podendo ser utilizadas como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta". "Se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, mediante lei, de vantagem pessoal na forma de adicional ou gratificação". (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2195357-83.2020.8.26.0000; Relator (a): Des. Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 07/04/2021; Data de Registro: 12/05/2021)*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 3º da Lei nº 2.708, de 24 de maio de 2002, e inciso V do art. 43 da Lei Complementar nº 02, de 04 de novembro de 2004, ambas do Município de Jardinópolis, que*





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*concedem, como prêmio assiduidade, a cada biênio, desde que não excedido no período o número de 14 (quatorze) faltas, o direito a 1% (um por cento) sobre a remuneração percebida, aos servidores da área da rede pública municipal de ensino ali mencionados (corpo docente e profissionais do suporte pedagógico), com contagem retroativa ao início do ano letivo – Inadmissibilidade – Concessão de vantagem apenas pelo cumprimento dos deveres funcionais, e que não atende ao interesse público e às exigências do serviço público, além de contrariar os princípios da moralidade, igualdade, proporcionalidade, razoabilidade e finalidade, violando o disposto nos arts. 111 e 128 da CE, aplicáveis aos municípios em razão do que dispõe o art. 144 da mesma Carta – Prêmio assiduidade que, em realidade, confere aumento de remuneração para os servidores municipais que beneficia, atendendo a seu interesse pecuniário, sem resultar benefício algum para o serviço a ser entregue à população – Jurisprudência do C. Órgão Especial – Declaração de inconstitucionalidade procedida com efeitos ex tunc, ressalvada irrepetibilidade dos valores eventualmente recebidos pelos servidores com fundamento nas normas questionadas, posto que de boa-fé. Ação julgada procedente, declarada a inconstitucionalidade das normas impugnadas, com observação. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2093252-28.2020.8.26.0000; Relator (a): Des. João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 05/05/2021; Data de Registro: 07/05/2021)*

Por fim, faz-se necessária a ressalva, em observância ao princípio da segurança jurídica, quanto à irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé, enquanto vigente a legislação questionada, visto que tais verbas possuem natureza alimentar.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 139 da Lei n. 2.995, de 15 de outubro de 2007, do



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Município de Ubatuba, observada a irrepetibilidade dos valores percebidos de boa-fé até a data do presente julgamento.

**MOACIR PERES**

**Relator**



Direta de Inconstitucionalidade nº 2061891-90.2020.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Autor: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Réus: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE UBATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE UBATUBA

***DECLARAÇÃO DE VOTO Nº 40.513***

De acordo com os fundamentos contidos no r. voto condutor deste acórdão, faço a presente declaração apenas para manifestar minha divergência com relação à interpretação dada ao artigo 111, da CE, sem que isso interfira, contudo, no julgamento final da ação.

Com elevado respeito, a meu ver, a jurisprudência a respeito dos princípios contidos no referido artigo, assumida pelo C. Superior Tribunal de Justiça e pelo C. Supremo Tribunal Federal, a partir do início deste século e com muita ênfase na última década, **revolucionando**, a meu ver, com o devido respeito, o nosso Direito Constitucional Positivo e nosso Ordenamento Jurídico Positivo, tornando-os uma *Common Law* anglo-americana, **onde o Judiciário é quem cria o Direito**, em resumo e em claríssimas palavras, trata-se de uma **JURISPRUDÊNCIA SUPRA CONSTITUCIONAL DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPRA LEGAL DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, enfim, de modo mais claro é impossível dizer que estão **LEGISLANDO, OU SEJA, CRIANDO DIREITO!**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A nossa doutrina jurídico constitucional é toda voltada para o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo jurídico, portanto, vou resumir, em muito, a minha convicção a respeito dos princípios gerais “de direito” que inundaram o nosso Direito.

A Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, convocou os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987, para que, na condição de representantes do povo brasileiro redigissem **o texto final da nova Constituição Federal do Brasil.**

Os membros da Assembleia Nacional Constituinte **deveriam ser eleitos diretamente pelo povo** para, especificamente e com tempo de duração, redigirem a nova Constituição, todavia, em razão do estágio em que se encontrava a política no Brasil, recém saída de uma ditadura, engatinhando com um presidente civil, com a urgência que o momento político exigia, escolheu-se, **por meio de um antecedente consenso político, expresso na Emenda Constitucional,** portanto, **com força política nacional legitimadora,** deliberarem, eles próprios, legisladores eleitos para a legislatura ordinária, pelo PODER POLITICO de que detinham, **a suprema função política** para, na condição de representantes, também supremos, do corpo político brasileiro (eleitores), como está expressamente declarado no PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, **instituir, isto é, criar, fundar um novo**



**Estado Democrático com a finalidade deste assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, assegurar a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores morais, éticos e jurídicos supremos de uma nova sociedade brasileira fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.**

É preciso, portanto, destacar com a **máxima ênfase** que a **Constituição Federal do Brasil se sustenta (não como efeito)** na vontade política consensual racional decisória revolucionária (não causal) para a criação política de **um Estado brasileiro qualificado pelo Democrático** e que ainda não estava seguido da conjunção “DE” e do substantivo DIREITO, sendo que **o ato promulgatório** foi da **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**.

Confirme-se:

“Nós, **representantes do povo brasileiro**, reunidos em *Assembléia (sic) Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, **promulgamos, sob a proteção de**



**Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.**

Por conseguinte, é necessário repetir que **anterior a Emenda Constitucional Nº 26/85** houve um consenso político partidário e que **o mesmo consenso político partidário dos legisladores, reunidos em uma ASSEMBLEIA CONSTITUINTE, com efeito, imbuídos do espírito social democrático de instituir o Estado Democrático, depois de longos debates, elaboraram, escreveram e documentaram a decisão final consensual política declaratória, constituinte e ordenatória da Assembleia Constituinte que COMUNICOU ao povo brasileiro, por meio da promulgação, ou seja, tornou público, em 1988, o documento com cláusulas pétreas normativas constitucionais da (NOVA) CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL que fundou o (NOVO) ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Foi neste exato momento, em que se deu **a comunicação ao povo brasileiro, ou seja, a promulgação do documento público nacional da Assembleia Constituinte, que a vontade política consensual decisória final dos legisladores constituintes passa desta condição política em si mesma ( não é causal), ou seja, em que se extingue ipso facto a Assembleia Constituinte, para a condição em si mesma (não é efeito) da soberania normativa jurídico-constitucional positiva, legítima, válida e eficaz, ou seja, a Constituição**



**Federal do Brasil, imperativo autorizante que funda o (NOVO) ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO DE DIREITO POSITIVO, tal como pensado por Hans Kelsen.**

Temos, assim, que a **República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO com seus fundamentos de existência (art. 1º e incisos), seu Poder que emana povo (§ único, do art. 1º), repartido em três funções de Governo do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário (art.2º); e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º e incisos).**

Inarredável a conclusão de que a Assembleia Constituinte pôs, em 1988, um NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO e porque foi posto pela vontade do legislador constituinte, ensina Norberto Bobbio, é um direito positivo (não se confundir com o positivismo de August Comte) de tal sorte que a nossa República Federativa Brasileira é regida por uma **CONSTITUIÇÃO FEDERAL POSITIVA uma vez que suas normas são escritas, ou seja, Direito codificado de tradição romano-germânica da *Civil Law*, sistema este absolutamente incompatível com os sistemas da *Common Law* anglo-saxão inglesa e da *Common Law* anglo americana.**

Segue-se, como outra inarredável conclusão, que a nossa Constituição Federal Positiva não é uma **Constituição Aberta!**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E a própria Constituição Federal Positiva, por sua vez, **pôs** o nosso **Ordenamento Jurídico Positivo** que proclama o **império da lei!**

E onde está escrito na Constituição Federal Positiva este positivismo legal?

Começa com o artigo 5º e, especialmente, o seu inciso II, que expressamente dispõe que “***ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei***”.

Seguem-se os artigos 22, 23 e 24 que estabelecem as competências legislativas.

O artigo 59, e seus incisos, expressamente trata da elaboração da legislação (***caput***) e a discrimina (***incisos***).

E o mais importante ainda para a comprovação constitucional que a nossa Constituição Federal não é ABERTA, pelo contrário, é uma Constituição rígida e para esta conclusão leia-se:

A competência originária para deflagrar o **processo legislativo de emenda constitucional** (artigo 60, incisos I, II e III), determinando o § 2º que “***a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros***”.





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Além de todo esse rigor normativo-constitucional para **a emenda** da Constituição Federal, acresça-se a cláusulas constitucionais pétreas previstas no § 4º e seus incisos.

O regime federativo infelizmente já foi quebrado e, portanto, tornou-se fato constitucional consumado.

Já a separação dos poderes (inciso III) está caminhando para um sem retorno.

De resto, basta percorrer toda a Constituição Federal, sem contar os incisos do artigo 5º e constatar que ela a todo momento impõe: “na **forma da lei**”.

Eis, pois, um brevíssimo escrito sobre o nosso Direito Constitucional Positivo e o nosso Ordenamento Jurídico Positivo.

E o papel do juiz?

Dentro do positivismo constitucional e legal ao juiz é reservado única e exclusivamente interpretar e aplicar a norma constitucional e a norma legal. Fora disso, o Judiciário legisla e afronta claramente a separação dos poderes, cuja única exceção admitida está no artigo 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Neste ponto é de se observar que os Poderes do Estado são



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estabelecidos numa ordem de relevância constitucional, Legislativo, Executivo e Judiciário, **uma vez que as duas primeiras funções de Governo são exercidas por meio de representantes políticos eleitos**, enquanto a função de Governo do Judiciário é exercida por membros **diretamente nomeados pelo próprio Estado (§ único, do artigo 1º, da Constituição Federal)**.

Nesse passo, a primeira coisa a ser feita com respeito ao Poder Judiciário é saber o lugar que ele ocupa no Estado.

É função de Governo porque a natureza deste é de Poder Político do Estado que se qualifica como poder jurisdicional cujo fim que, pelos seus membros nomeados diretamente pelo próprio Estado (os Magistrados), somente se cumpre **quando provocado e dentro do devido processo legal, interpretando e aplicando a lei positiva** para decidir com justiça, de maneira a terminar definitivamente o conflito entre as partes, **conflito este institucionalizado pelo mesmo processo**.

Portanto, em sendo a **função jurisdicional exercida somente quando provocada para a realização de uma Justiça casuística** e os membros que a exercem **nomeados diretamente pelo Estado**, é de se compreender, portanto, que é um **Poder condicionalmente passivo que não deriva diretamente da vontade política do povo como seu representante**, ou seja, para ser mais claro, um Poder de Estado que emana do povo enquanto integra a unidade indissolúvel da República Federativa do Brasil.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os membros do Poder Judiciário não são, pois, representantes do povo e nem poderiam representar pela razão lógica e eficiente de que o representante não pode julgar o próprio representado considerando que a decisão jurisdicional, pelo princípio do *non liquet* e da imparcialidade do juiz, implica na sua quase absoluta probabilidade de que uma das partes em conflito irá perder a demanda.

E isso se aplica também à jurisdição constitucional uma vez que o legislador constituinte não quis a existência de um Supremo Tribunal (Político) constitucional.

À vista destas considerações, no Estado Democrático de Direito, a primazia que se dá (e assim deve ser), na ordem constitucional, é para o Poder Legislativo e depois o Executivo, não em importância em relação ao Poder Judiciário porque entre eles não há hierarquia por serem independentes e harmônicos, mas em razão de serem **Poderes políticos condicionalmente ativos do Estado**, cujas funções são exercidas por membros **eleitos pelo “povo”** como seus representantes para o exercício destes dois Governos do Estado brasileiro que se destinam, o primeiro, a legislar sobre tudo o que lhe é conferido pela Constituição Federal e o segundo a executar a legislação agindo, implementando e realizando políticas públicas, resumidos apenas para efeitos deste voto, em prestações de serviços públicos essenciais para garantias de direitos fundamentais, serviços de utilidade pública e serviços públicos internos,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

tudo em benefício do próprio “povo” que o elegeu, enfim, em última análise, Legislativo e Executivo praticam a **Justiça Social nos exatos termos dos incisos de I a IV, do artigo 3º, da Constituição Federal.**

Por conseguinte, penso o que escrevi acima, ainda que muito resumidamente, não pode o Judiciário legislar aplicando princípios gerais “de direito”.

No meu longo voto já referido este “de direito” não quer dizer outra coisa que o “direito” que é um “direito” jurídico-processual porque cria a norma jurídico processual (não positiva) e com efeitos “*erga omnes*”, estabelecendo, pois, dois sistemas legislativos: o do direito constitucional e ordenamento jurídico positivos; e o do normativo jurídico processual, ou seja, estas normas não são revogáveis, não podem ser declaradas inconstitucionais, são permanentes porque transitam em julgado, não podem ser interpretadas, portanto, são normas jurídico-processuais estabelecidas por um reduzidíssimo número de “legisladores absolutos”.

Pondere-se ainda que os princípios gerais “de direito” não são métodos de interpretação jurídica, mas métodos integrativos do direito realizado pelo Judiciário o que o torna um poder jurídico-processual legislativo.

Confira-se este poder jurisdicional legislativo, tomado como exemplo, o ilustre e douto ministro Luiz Roberto Barroso, neoconstitucionalista,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

quando leciona como deve e quando deve ser aplicado o princípio da razoabilidade (está na doutrina acima citada de Dalton Santos de Moraes) e assim também, não vou me estender, sobre os requisitos para se aplicar o princípio da proporcionalidade, ou seja, princípios de princípios.

Lamentável para onde caminhamos diante da irrefreável influência do Direito Jurisprudencial americano, ou seja, é a jurisprudência quem cria o Direito.

É de suma relevância se compreender que *“a prerrogativa enfeixada nas mãos do Judiciário, para rejeitar a aplicação de normas jurídicas que considere incondizentes com a Constituição, o transforme num superpoder, ou como conjectura PEDRO LESSA, invocando STORY e BURKE, num poder superior e fora do Estado, suficientemente autônomo e forte para, na qualidade de intérprete do ordenamento presidido pela Constituição, controlar a validade das ações estatais e orientar o curso das políticas de governo”* (in, A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais, Carlos Roberto Siqueira Castro, Editora Forense, 2ª ed., 2010, p.24, g.n.).

Mauro Cappelletti, o festejado processualista italiano, **ciente do império não da lei, mas do autoritarismo do Judiciário que já estava em curso**, a seguinte advertência:

*“Deixo por enquanto em aberto as difíceis questões de se essa “responsabilização” acentuada é, assim, a “politicização” do juiz constituem*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*uma evolução “boa” ou “má” e se esse desenvolvimento transforma o juiz em legislador, minando desta maneira a ideia fundamental da separação dos poderes, trazendo ameaça talvez mortal à legitimação democrática da função jurisdicional, e definitivamente conduzindo, mas cedo ou mais tarde, “ao estado totalitário”, segundo a taciturna profecia de Lord Devlin, outro insigne juiz inglês. Esses dilemas e previsões de modo nenhum são destituídos de seriedade, e têm sido levantados efetivamente por práticos e estudiosos de provada sabedoria; sobre isto deveremos retornar com o máximo empenho neste ensaio. Por enquanto, basta a constatação de que o mencionado desenvolvimento constitui indiscutível dado de fato. Que agrade ou não tal fato – e que cada um de nós, como jurista ou simples cidadão, ambicione o seu posterior desenvolvimento ou deseje duramente combatê-lo -, **permanece a realidade de que nenhum de nós pode ignorá-lo, por se tratar de fenômeno que gravou profunda marca em nossa época**” (g.n. Fabris Editor, 1993, p. 34).*

Não vejo como um juiz, com todo e elevado respeito, pode dizer que uma lei não é razoável, proporcional ou qualquer outro princípio, a não ser que se coloque “princípios gerais “direito” acima das normas constitucionais e das leis, e mais incompreensível, dentro de um Estado (Social) Democrático de Direito. E, o pior pode acontecer, **como princípios são juízos de valor, dependendo dos compromissos ideológicos (não se confunda ideologia com política!) dos membros que integram os tribunais superiores**, estes valores



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

podem subverter de maneira permanente (trânsito em julgado) a Ordem Constitucional Brasileira com decisões *erga omnes*.

Não se trata de o Poder Judiciário paulista renunciar o controle de constitucionalidade como já foi dito, mas de o Poder Judiciário saber da sua localização na Organização Política posta pela Constituição Federal.

Pois bem.

Vejo agora a questão da aplicação do artigo 111, da Constituição do Estado que amplia os princípios do correspondente artigo 37, da Constituição Federal.

Os princípios do artigo 111, Constituição Estadual, são princípios constitucionalmente positivados.

É impositivo que se localize o lugar em que está inserido o artigo 111, como igualmente, o artigo 37, respectivamente das Constituições Federal e Estadual dentro da Organização Constitucional do Brasil e do Estado de São Paulo.

Esta norma constitucional estadual, no mesmo sentido da federal, pertence ao **TÍTULO III – Da Organização do Estado – CAPÍTULO I – Da Administração Pública** – SEÇÃO I – Disposições gerais, da Constituição do Estado, dispondo expressamente o artigo 111 que:

*“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade,*



*impressoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência”.*

Mais claro é impossível!

**Quem deve obedecer a estes princípios é a Administração Pública! Repito: é óbvio que o Poder Legislativo não obedece a nenhum outro Poder ao cumprir o seu fim político-constitucional de fazer leis, ainda mais leis orgânicas como as normas jurídicas municipais impugnadas, muito menos atribuir ao Judiciário o Poder de administrar o Poder Legislativo Municipal, quebrando o princípio maior da República Federal do Brasil, da tripartição dos Poderes que constitui, lembrando mais uma vez, o Estado Democrático de Direito!**

**Em síntese, é o mesmo que o Poder Legislativo Municipal ter de, ao legislar, obedecer aos princípios administrativos do artigo 111, sob pena de a lei ser invalidada pelo Judiciário, como está, *data venia*, ocorrendo no caso presente e que vem sendo repetido e revolucionado o DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.**

Isso é gravíssimo, sim, porquanto subverte a própria organização constitucional do Estado, ou seja, o Judiciário toma princípios de **Direito Administrativo** e os aplica sobre a lei, ou seja, sobre o Poder Legislativo, sabido que o Poder Legislativo é a coluna mestre da República Federativa do Brasil, em **razão de seus membros serem eleitos** e que se constitui em Estado Democrático de Direito (art. 1º e 2º, da Constituição Federal).





Não se pode olvidar **que estes princípios positivados dizem respeito ao universo das relações administrativas do Estado** (Poder Executivo) mantidas com os governados, mas, sem desconsiderar que igualmente os dois Poderes Legislativo e Judiciário têm a suas próprias e respectivas Administrações Públicas que são administrações **chamadas de administrações meios** (pessoal e bens) para propiciar **a realização das atividades fins**, ou seja, legislativa e jurisdicional.

Os princípios consagrados no artigo 111 são normas constitucionais que positivaram princípios a serem **obrigatoriamente obedecidos pelas Administrações Públicas para a validade jurídico-administrativa dos atos administrativos e normativos por elas expedidos.**

**Aqui não há juízo de valor, mas de legalidade do ato administrativo ou de normas administrativas que a Administração Pública se relaciona com o administrado ou com a coletividade, cujos efeitos jurídicos são os de “certificar, criar, extinguir, transferir, declarar, ou de qualquer modo modificar direitos ou obrigações”** (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 9ª ed., Malheiros Editores, pág.231), de onde se conclui que **se trata de garantia do administrado ou da coletividade** contra o poder administrativo, ou exercício de suas competências administrativas que *“só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”* (Celso, *ob.cit.*, p.67).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não significa, pois, nem de longe, que estes **princípios gerais foram positivados em caráter geral** pelas Constituições Federal e Estadual para os três Poderes, de sorte que isso seria um verdadeiro *nonsense jurídico constitucional* pensar que as Constituições impuseram aos respectivos Órgãos dos Poderes de Estado, principalmente aos legislativos que a **leis, para serem válidas e constitucionais, devam obedecer aos princípios estabelecidos nos artigos 37 e 111, respectivamente, das Constituições Federal e, no caso, a Estadual**; ou ainda pensar que eles sejam métodos para o **juiz julgar a lei e simplesmente afastar a sua aplicação**, ou até de simples interpretação como se emprega à miúdo.

A lei decorre de um **ato de poder político constitucional** que, como ato de poder, não pode ser julgado a partir de princípios porque seria e é, uma antidemocrática interferência do Judiciário no mérito constitutivo e legítimo da lei, ou seja, o judiciário não pode **penetrar no conteúdo material da lei a título de julgá-la, considerando a independência do Poder Legislativo que lhe dá amplas possibilidades legislativas e que não podem ser condicionadas para a sua existência. Condicionar o processo legislativo para a confecção de leis seguindo valores morais de princípios gerais seria instalar o mesmo que dizer que o povo, nossa República Federativa será GOVERNADO, por valores morais como já queriam os próceres do jusnaturalismo e que davam aos juízes um enorme Poder subjetivo de dizer o que eles entendem como moralmente correto, aliás, a sustentação da Constituição americana, de**



**1789, é essencialmente jusnaturalista como era a filosofia que reinava no seu tempo.**

A lei surge a partir de um projeto de lei que, dentro da Casa Legislativa, percorre todas as fases do processo legislativo constitucional, legal, público e democrático, chega ao debate público político democrático sobre a sua existência como norma jurídica válida e eficaz de Direito Positivo e que culmina com a **DECISÃO DE APROVAÇÃO PELOS REPRESENTANTES ELEITOS PELO POVO.**

São representantes do povo, eleitos pela vontade da maioria, quer se queira ou não queira! O preâmbulo da Constituição Federal começa com “Nós, os representantes do povo” e o parágrafo único, do artigo 1º, diz: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A norma jurídica tem, pois, a sua gênese, numa decisão política constitucional, uma **DECISÃO DO POVO.**

E em termos de Direito Positivo o que é a lei?

O inexcelsível jusfilósofo e professor paulista das Arcadas, Goffredo da Silva Teles, ensinava: “**A lei é um imperativo autorizante**”!

O que significa?

Significa que a lei, assim como também a queria Hans Kelsen, ela é um “a priori” kantiano, como já expus em voto anterior e que se põe no mundo jurídico positivo como **um imperativo autorizante**, ou seja, ela deve ser



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

imperativa no sentido de ser obrigatória a sua obediência por todos, especialmente pelos agentes públicos políticos que exercem as três funções de Estado, nesta ordem, Legislativo, Executivo e Judiciário (Constituição) independentes, porém, harmônicos; e autorizante porque ela deve ser autorizada pelo Poder Legislativo, pois, se não for imperativa será como uma norma da ciência exata e se não for autorizante será uma lei moral, como ensinava Goffredo da Silva Teles.

A lei é soberana e ela só pode ser invalidada na afronta com normas constitucionais escritas e não fundada em princípios gerais, ou como, no caso, respeitosamente, deslocando os princípios constitucionalmente positivados para a expedição de atos administrativos e normas administrativas.

E mais importante ainda, quando se trata de uma LEI ORGÂNICA, ou seja, que diz respeito a Organização Política Constitucional do Município.

É uma contradição jurídica ontológica, dentro do nosso Direito Positivo, de novo a tautologia, estritamente legalista e da própria organização dos Poderes de Estado, que o Judiciário se sobreleve sobre os dois outros substituindo-os.

O que é uma lei desproporcional, irrazoável, imoral e ineficaz?

A lei é um imperativo autorizante, lembrando a lição do Mestre Goffredo da Silva Telles, acima reproduzida, ou seja, abstrata, genérica, impessoal, bilateral e **não se confunde com a ação administrativa que se dá**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**por meio de atos e normas administrativas com efeitos concretos, específicos, da Administração Pública como está assim disposto na Ordem Constitucional.**

**E exatamente por ter efeitos jurídico-administrativos é que os princípios positivados autorizam, dentro do devido processo legal, invalidar atos administrativos e normas administrativas e também responsabilizar civilmente a pessoa jurídica de Direito Público na forma do Código Civil.**

**Enfim, a lei não é ato administrativo!**

**Em tais condições, por todo o exposto, com elevado respeito, faço a presente declaração apenas para externar a minha divergência com relação ao fundamento suso mencionado, sem alteração do dispositivo.**

**É o meu voto.**

***FERRAZ DE ARRUDA***

Desembargador



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	10	Acórdãos Eletrônicos	MOACIR ANDRADE PERES	1648C882
11	29	Declarações de Votos	AUGUSTO FRANCISCO MOTA FERRAZ DE ARRUDA	165DCA7C

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 2061891-90.2020.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.