

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO DO PERÍODO DE FÉRIAS PREVISTO NO ART. 66 DA LC 35/79

(subtema IV: Valorização da Magistratura)

Roberta Ferme Sivolella

Juíza do trabalho- TRT da 1ª região

RESUMO

O direito às férias se constitui direito fundamental e universal, devendo observar a finalidade social do instituto em relação aos seus destinatários. Partindo de tais premissas e do previsto nos incisos XII e XIII do art. 93 da CRFB/88, tem-se que sua aplicação aos magistrados deve observar as peculiaridades da função, de natureza ininterrupta e alto grau de responsabilidade, embora sem a estrutura necessária que lhe seria obrigatória. Com base nos princípios da igualdade material e da unidade da constituição, é possível se concluir que o período de 60 dias de férias previsto no art. 66 da LOMAN se mostra adequado às normas constitucionais, afigurando-se *inconstitucional*, portanto, sua diminuição.

FUNDAMENTAÇÃO

O direito às férias, ligado ao direito mais amplo ao lazer, teve sua importância reconhecida e alcançou o status de direito fundamental em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O artigo XXIV do relevante estatuto trouxe previsão expressa acerca de tais direitos a “todo ser humano”, não os limitando a determinada categoria, regime ou natureza do mister, e indicando, portanto, ser esse o entendimento da comunidade internacional, que os enxerga como direitos essenciais e inerentes a

todas as pessoas, de modo a lhes garantir a dignidade e, como direitos humanos, necessários à existência da liberdade, da justiça e da paz no mundo¹.

No direito constitucional pátrio, o direito às férias, (corolário do direito ao lazer, conforme já dito) está contido no rol dos direitos fundamentais nos arts. 6º, 7º, inciso IV; 217, § 3º e 227, caput, da Constituição da República de 1988.

Tais dispositivos normativos, assim como outros (o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, por exemplo, e mesmo normas internacionais como as Convenções 52 e 132 da OIT) refletem uma consequência do Estado Democrático de Direito: a elevação da dignidade da pessoa humana a um de seus princípios formadores, assim como a observância da finalidade social da norma quando da atividade interpretativa a ser utilizada, sob pena de não ser considerada “segundo a Constituição”. Em outras palavras, citando o então Ministro do TST Vantuil Abdala²,

“de fato em tese, não deveria caber mais de uma interpretação relativamente a um determinado preceito legal. No entanto, muitas vezes, e de acordo com as particularidades do caso concreto, há de se admitir a razoabilidade da interpretação dada ao texto legal para aquela hipótese. É que os fatos da vida são mais ricos que a imaginação do legislador, e quando a lei não previu exatamente aquela hipótese, o julgador faz um esforço de interpretação para adaptar a norma legal a sua mens legis ou ao fim social a que se dirige, exurgindo daí uma interpretação razoável para o caso.”

Não se tem dúvidas, portanto, que o direito às férias como corolário do direito ao lazer observa duas premissas: (i) trata-se de direito fundamental e universal e (ii) sua aplicação, regulamentação e a interpretação das normas correlatas devem observar a finalidade social do instituto, em relação aos destinatários de tais normas específicas.

¹ LUNARDI, Alexandre. *Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2010.

² , Abdala, Vantuil. *Pressupostos intrínsecos de conhecimento do recurso de revista*, Revista do TST, volume 65, nº 1, out/dez-1999, p. 44.

Muito se tem discutido, nos últimos tempos, acerca da manutenção das férias de 60 dias dos magistrados em detrimento da edição de nova Lei Orgânica da Magistratura. Partindo das citadas premissas, de pronto afasta-se a invocação da natureza jurídica do cargo a que os Juízes estão investidos (qual seja, a de agente político³), como forma de respaldar juridicamente a diminuição do período previsto pelo ora vigente Estatuto da Magistratura, a LC 35/1979, em seu artigo 66. A respaldar tal conclusão, cabe analisar os preceitos constitucionais que envolvem a matéria.

O art. 93 da CRFB/88 dispõe que “lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura”, e que tal norma deverá observar “os seguintes ***princípios***”. Indicou tal artigo, dessarte, que é condição à lei orgânica regulamentadora da carreira dos magistrados a observância dos dispositivos de natureza principiológica que o próprio elencou, e dentre os quais podem ser destacados os que se seguem:

“XII- a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, **juízes em plantão permanente**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

“XIII- **o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

Os preceitos supratranscritos trazem à baila outras duas constatações. A primeira, ressaltada do inciso XII do artigo 93 da CRFB/88, é que a atividade judicante traz peculiaridades que se originam de suas características

³ Cf o julgamento do E. STJ, no seguinte aresto: “a autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. Legitimidade passiva reservada ao Estado.” grifei. (RE 228.977, rel. min. Néri da Silveira, julgamento em 5-3-2002, Segunda Turma, DJ de 12-4-2002.)

específicas e de sua própria natureza, o que, embora não tenha o condão de afastar a aplicação de outros preceitos ligados aos direitos fundamentais por conta da ínsita essencialidade de tais direitos, tem o condão, por outro lado, de indicar a necessidade de um tratamento peculiar e específico à carreira da magistratura, em observância à igualdade *material* que também é preconizada por nossa Carta Maior, em seu artigo 5^o⁴.

Faz-se de suma importância, neste pormenor, a distinção celebrada por Rui Barbosa entre a igualdade formal e material, sob pena de se desvirtuar o escopo do princípio da isonomia, tão premente no Estado Constitucional de Direito moderno. Afinal,

*“o princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos **iguais**; casos iguais devem encontrar regras iguais e, por isso não devem ser regulados desigualmente. A questão decisiva da igualdade jurídica material é sempre aquela sobre os característicos a serem considerados como essenciais, que fundamentam a igualdade de vários fatos e, com isso, o mandamento do tratamento igual, ou seja, a proibição de um tratamento desigual ou, convertendo em negativo: sobre os característicos que devem ser considerados como não-essenciais e não devem ser feitos base de uma diferenciação”⁵- grifei.*

A desigualdade advinda da grande responsabilidade atinente à atividade judicante, e o seu cunho de função voltada ao interesse público, são os fatores que trazem a regra do inciso XII do art. 93 da Constituição de 1988. A continuidade dos serviços dos magistrados é uma necessidade e uma realidade. O esquema de plantões (não remunerado em algumas entrâncias, como é o caso da Justiça do Trabalho); a ausência de *direito à desconexão* (assim entendida como a ausência do direito à plena liberdade quando desfrutando do tempo de repouso⁶, do

⁴ “Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)”.

⁵ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁶ OLIVEIRA, Christina D’arc Damasceno. *O direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista*. Revista IOB: Trabalhista e previdenciária. Ano XXII, n°253. Julho de 2010. São Paulo.

direito de permanecer desligado ou “desconectado” por completo da atividade⁷); a existência de trabalho projetado até o último dia antes das férias em virtude de audiências e vinculação para proferir sentenças, o que faz com que, inexoravelmente, sempre haja resíduo de trabalho que, se não realizado nas férias, irá fazer com que o retorno já se inicie com grande acúmulo de serviço, gerando uma quase “compensação” dos dias de descanso usufruídos de modo a “zerar” o período efetivo de férias; tudo faz com que a atividade do magistrado demande, como necessidade intrínseca, um regramento diferenciado e elástico de férias remuneradas.

Basta lembrar, ainda, a característica do magistrado como gestor, cada vez mais exigida pela sociedade em relação ao Juiz da modernidade (e ratificada pelas metas impostas por meio dos órgãos ligados à “fiscalização” da atividade judicante), que é o plenamente responsável pelas questões que envolvem a administração da Vara, no caso do 1º grau de jurisdição, e do gabinete, no caso do 2º grau de jurisdição. Imaginemos que, estando em gozo de férias o juiz titular ou o desembargador, grave problema se passe com um dos funcionários sob sua gestão, de tal monta que deva resultar em seu afastamento ou destituição de cargo. Impossível se afastar a hipótese de que, inexoravelmente, o gestor seja contatado, a fim de que apresente a solução ao problema, ou ao menos o “de acordo” com o encaminhamento dessa solução, fatalmente não delegado a um substituto ou a alguém que provisoriamente está à frente da serventia. Os Juízes, assim, vivem situação de constante sobreaviso⁸.

⁷ SEVERO, Valdete Souto. *O direito fundamental à desconexão do trabalho. Anais IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades. Porto Alegre - RS: Magister, 2011, p. 207-223.*

⁸ Dentro do âmbito do serviço público, aliás, a constituição já evidenciou a importância da observância das peculiaridades de cada atividade e, portanto, da igualdade material, como por exemplo, denota o art. 39, §1º, I, II e III, in verbis:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADIN nº 2.135-4)

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

E nem se diga que suposta remuneração chamada “acima da média” auferida por outros segmentos de trabalhadores se destinaria a compensar tal fato. O patamar remuneratório- o qual, frise-se, não é maior (muito pelo contrário) do que a remuneração de outros agentes do Poder Público, muito embora tal fato seja não escassamente ocultado pela mídia- recebido pela carreira da magistratura visa à garantia de outro princípio constitucional indelével previsto na CRFB/88, por meio das garantias destinadas aos Juizes: a imparcialidade e, em última análise, a *independência* do magistrado, caráter essencial para que se atinja o escopo da idônea, efetiva e justa prestação da jurisdição, em contrapartida à grande responsabilidade e às pressões sociais a que é diuturnamente submetido o magistrado. As férias de 60 dias possuem escopo de contrapartida diverso, destinando-se a equilibrar a já descrita condição de ininterrupção da atividade do magistrado, mesmo em períodos supostamente destinados ao descanso.

Retornando ao artigo 93 da CRFB/88, tem-se que a segunda constatação é a de que o Estado, embora personificado pelo magistrado em sua atividade dentro do Poder Judiciário, também é imbuído de obrigações positivas em relação ao agente que o representa, justamente como meio de possibilitar que o magistrado exerça suas atividades em observância aos princípios constitucionais precípuos do devido processo legal.

Ao prever como *condição e princípio a ser observado na regulamentação* da atividade que “o número de juizes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”, o Estado avoca a responsabilidade de *garantir uma estrutura capaz de viabilizar que a atividade jurisdicional se desenvolva de maneira eficaz e, principalmente, humanamente possível*, face à taxa de litigiosidade existente.

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - os requisitos para a investidura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - as peculiaridades dos cargos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).” Grifei.

Neste pormenor, de se notar que o relatório “Justiça em Números 2014”⁹, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, apontou 95,14 milhões como sendo o número de processos tramitando na Justiça brasileira em 2013, representando 28,3 milhões os casos novos e 27,7 milhões os processos “baixados” no respectivo ano, indicando um aumento vertente da taxa de litigiosidade no Brasil e no mundo, aumentando a cobrança e a descrença no Poder Judiciário.

O mesmo relatório apontou, ainda, que apesar do número de processos finalizados a cada ano pelos magistrados brasileiros ter apresentado aumento de 9,3% desde 2009, tal estatística ainda é inferior ao número de casos novos. A quantidade de casos pendentes de solução definitiva nos tribunais cresce, por sua vez, 3,4% por ano desde 2009, sendo, somente em 2013, 66,8 milhões. Nada obstante, os Juízes brasileiros apresentam um crescente índice de produtividade (1.564 ações julgadas por ano), com acréscimo de 1,7% em 2014, em relação a 2013. O próprio CNJ reconhece que, em relação a países como França, Itália, Portugal e Espanha, o Poder Judiciário brasileiro é o que apresenta maior produtividade através da atividade de seus juízes, que resolvem mais de 1.600 casos resolvidos por ano¹⁰. Tais dados, segundo bem salientou a Associação de Magistrados Brasileiros em Nota Pública emitida em setembro de 2014, acabam por ratificar que a imposição isolada de metas não resolve os grandes questionamentos enfrentados pelas grandes instituições públicas na contemporaneidade.

Ou seja: a atividade judicante aumenta cada vez mais o seu caráter de “não- desconexão”, na tentativa vã de diminuir um passivo que é absurdamente desproporcional à estrutura existente, largamente distanciada daquela prevista no já citado inciso XIII do art. 93 do CRFB/88. A diminuição das férias de 60 dias prevista no art. 66 da LOMAN somente vem a agravar tal falta de estrutura, reafirmando que o Estado, assim, não cumpre a obrigação constitucional que chamou para si. A alteração do período de férias indicado na LC 35/79 para 30 dias, assim, é

9

Dados disponíveis em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pi-justica-em-numeros>. Acesso em 15/05/15, às 18:30.

10

Segundo o Estudo Comparado de Indicadores do Poder Judiciário do Brasil em relação a outros países, divulgado pelo CNJ em 2011, a média de produtividade dos Juízes do Brasil é uma das maiores médias de produtividade do mundo.

inconstitucional, pois não corresponde aos requisitos previstos na própria Constituição para envolver a regulamentação da atividade do magistrado. Mormente em se considerando que os princípios ressaltados são *autoaplicáveis*, consoante entendimento já firmado pelo C. STF quando da discussão sobre a eficácia das normas principiológicas contidas no artigo 93 (*"A aplicabilidade das normas e princípios inscritos no art. 93 da CF independe da promulgação do Estatuto da Magistratura, em face do caráter de plena e integral eficácia de que se revestem aqueles preceitos."* - ADI 189, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 9-10-1991, Plenário, DJ de 22-5-1992.)

Por fim, há um último aspecto a ser considerado e que não pode ser olvidado: o *princípio da unidade da constituição*, princípio esse necessário à análise da constitucionalidade de determinado preceito legal, e que determina que o intérprete considere

*"a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio de autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios."*¹¹

Sem a observância de tal princípio, o intérprete está sujeito a analisar erroneamente normas que acabam por se mostrar contrárias a preceitos inseridos também na constituição, embora em dispositivos diversos¹².

CONCLUSÃO

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina.

¹² Segundo João Pedro Gebran Neto, o princípio da unidade está ligado ao *princípio do efeito integrador*, consistente na resolução dos problemas jurídico-constitucionais segundo critérios que favoreçam a integração política e social, os valores eleitos pelo próprio constituinte e o respeito ao Estado Democrático de Direito." In NETO, João Pedro Gebran . A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais. São Paulo: RT, 2002.pág. 105.

Face à fundamentação exposta, é fato incontestável a necessidade de observância dos princípios insculpidos no art. 93 da CRFB/88 em sua integralidade, e destes em integração com os demais preceitos constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, à finalidade social da atividade judicante, e ao seu exercício com independência, integridade, *possibilidade* em detrimento da estrutura oferecida e a taxa de litigiosidade, além da observância da igualdade em sentido material.

Com o espeque em tais condições, conclui-se que as férias de 60 dias condizem com as especificidades da função e são necessárias à aplicação dos demais princípios constitucionais inerentes à atividade do Juiz. A sua diminuição é, portanto, inconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

ABDALA, Vantuil. Pressupostos intrínsecos de conhecimento do recurso de revista, Revista do TST, volume 65, nº 1, out/dez-1999, p. 44.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina.

LUNARDI, Alexandre. Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho. São Paulo: Editora LTr, 2010.

NETO, João Pedro Gebran . A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais. São Paulo: RT, 2002.pág. 105.

OLIVEIRA, Christina D'arc Damasceno. O direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. Revista IOB: Trabalhista e previdenciária. Ano XXII, nº253. Julho de 2010. São Paulo.

SEVERO, Valdete Souto. O direito fundamental à desconexão do trabalho. Anais IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades. Porto Alegre - RS: Magister, 2011, p. 207-223.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Princípio constitucional da igualdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.