

Supremo Tribunal Federal

MANDADO DE SEGURANÇA 28.286 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
IMPTE.(S) : **ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MAGISTRADOS - APAMAGIS**
ADV.(A/S) : **ROBERTO ROSAS**
IMPDO.(A/S) : **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS Nº 2007.10.00001131-0)**

DECISÃO

MANDADO DE SEGURANÇA – INÍCIO DE JULGAMENTO – VOTOS PROFERIDOS E FINALIZADOS – RELEVÂNCIA DO PEDIDO FORMALIZADO – RISCO DE MANTER-SE COM EFICÁCIA O QUADRO – LIMINAR DEFERIDA.

1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

Este mandado de segurança está dirigido contra a decisão, de 18 de agosto de 2009, formalizada pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Pedido de Providências nº 2007.10.00001131-0-CNJ (folha 93 a 121). O procedimento teve iniciativa em consulta formulada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Por meio do ato atacado, o Órgão impetrado determinou aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados a suspensão da conversão em pecúnia de férias vencidas cumuladas dos magistrados estaduais, quer decorrentes de opção pessoal, quer as não gozadas por necessidade do serviço.

A impetrante reitera o pedido de concessão de medida acauteladora, nos termos do voto proferido por Vossa Excelência durante a sessão plenária realizada nesta quarta-feira.

MS 28.286 / DF

O julgamento foi iniciado hoje, tendo sido interrompido em razão do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

2. Conforme ressaltado pela Associação Paulista de Magistrados – APAMAGIS, na data de ontem, proferi voto com o seguinte teor:

DA NEGATIVA DE ARQUIVAMENTO DO PROCESSO

Conforme informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça, o Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal veio a desistir de consulta formalizada. O Conselho indeferiu o pedido de desistência e resolveu seguir no exame do mérito, vencido o Conselheiro Rui Stoco, que acolhia o pleito e propunha conhecer de ofício a matéria, no que foi acompanhado pelos Conselheiros Andréa Pachá e Paulo Lôbo. O relator originário esclarecera, antes, que o processo administrativo já tivera o julgamento iniciado. Confirmam com o que se contém à folha 238.

Não bastasse o fato de o pedido de desistência haver sido apresentado quando já iniciada a apreciação da consulta, tem-se, também, que vinga, no âmbito do direito público, ao menos como regra, a indisponibilidade no tocante a atos formalizados. A consulta foi formulada pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal não como titular de direito substancial, mas personificando o próprio Tribunal.

Mais do que isso, segundo o artigo 103-D da Constituição Federal, incumbe ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, “... podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências...” – § 4º, inciso I – e “zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstitui-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as

MS 28.286 / DF

providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União” – § 4º, inciso II.

Então, vejo como harmônico com o ordenamento jurídico o ato por meio do qual o Conselho refutou a desistência formalizada, pouco importando que não haja adotado o que preconizaram os Conselheiros Rui Stoco, Andréa Pachá e Paulo Lôbo – a continuidade do exame da matéria mediante o conhecimento de ofício.

Improcede esta causa de pedir da impetração.

DA OBSERVÂNCIA LINEAR DO PRONUNCIAMENTO DO CONSELHO

Aponta-se a impossibilidade de a orientação dirigir-se a todos os tribunais do país, ante a circunstância de a consulta haver sido formalizada apenas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sem a participação de interessados. Observem que não houve a glosa de uma situação concreta. Atuou o Conselho Nacional de Justiça – e poderia fazê-lo, conforme previsto na Constituição Federal, até mesmo de ofício, no campo do controle administrativo do Judiciário – aferindo questão levantada em consulta sob o ângulo de princípios próprios à administração pública que estão previstos no artigo 37 da Carta da República. Descabia, para assentar-se válido o lançamento da orientação de maneira global, ouvir possíveis interessados. Não é demais frisar que o contraditório, tal como versado no inciso LV do artigo 5º do Diploma Maior, pressupõe o envolvimento, em processo judicial ou administrativo, de litigantes ou acusados.

Também não vinga esta causa de pedir.

DA IMPOSSIBILIDADE DE CONCLUSÃO DO EXAME

MS 28.286 / DF

DO TEMA SEM A PRESENÇA DA RELATORA,
CONSELHEIRA MORGANA RICHÁ

Conforme informações prestadas, durante o julgamento do processo administrativo, seguiram-se diversos pedidos de vista. Nesse meio-tempo, houve modificação na composição do Conselho. A cadeira do relator foi preenchida, consoante noticiado, pela Conselheira Morgana Richa. Acontece que o primeiro já votara na matéria, ficando a segunda sem direito a voto.

De qualquer modo, não se pode levar às últimas consequências, na seara administrativa, a criação regimental e jurisprudencial dos tribunais sobre a necessidade de, na continuação do julgamento, estar presente o relator. No caso, o voto do relator que deixou o Conselho – Conselheiro Antônio Umberto de Souza – já fora tomado e não poderia a Conselheira vir a reconsiderá-lo. O juízo de retratação é pessoal. Confirmam a informação contida no item 16 de folha 242.

Improcede esta causa de pedir.

DA ORIENTAÇÃO IMPLEMENTADA ANTE
PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS COBERTOS PELA
PRECLUSÃO

Reitero que o Conselho Nacional de Justiça não atuou frente a caso concreto. Emitiu orientação aos tribunais sem haver adentrado o campo que porventura tenha sido objeto de decisão judicial. De toda forma, além de os evocados pronunciamentos judiciais terem sido formalizados em processos com balizas subjetivas próprias, não alcançando os associados da impetrante, revela-se ambígua a questão referente ao óbice de o Conselho vir a atuar quando judicializada a matéria. A entender-se no sentido de o obstáculo ser intransponível, existirá a possibilidade de, até mesmo,

MS 28.286 / DF

gerar-se precipitação no ajuizamento de ações visando manietar o Conselho.

Esta é mais uma causa de pedir que não encontra guarida no arcabouço normativo.

DO EMPRÉSTIMO DE EFEITOS NORMATIVOS AO PRONUNCIAMENTO

Sustenta-se não haver sido alcançada a maioria absoluta de oito votos no que se teria deixado de observar o disposto nos artigos 89, § 2º – “a resposta a consulta, quando proferida pela maioria absoluta do Plenário, tem caráter normativo geral” –, e 102 do Regimento Interno do Conselho – este último também versa a maioria absoluta quando envolvida a edição de atos normativos.

Em primeiro lugar, o Conselho Nacional de Justiça não possui poder normativo. Atua submetido ao princípio da legalidade estrita, como todo e qualquer órgão administrativo.

Em segundo lugar, a Constituição Federal não versa, relativamente ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, quórum para a deliberação – artigo 103-D, § 4º –, ao contrário do que ocorre por exemplo, no campo jurisdicional, no tocante ao reconhecimento de repercussão geral de tema veiculado em extraordinário e à edição de verbete vinculante, quando se exige o voto de dois terços dos integrantes do Tribunal.

De qualquer forma, apesar de, na ata de folha 121, consignar-se a ausência do Presidente do Conselho Nacional de Justiça e da Conselheira Morgana Richa, estiveram presentes outros treze conselheiros, valendo notar que fora colhido, anteriormente, o voto do relator originário, Conselheiro Antônio Umberto de Souza Júnior. A rigor, excluídos os cinco

MS 28.286 / DF

votos vencidos, dos Conselheiros Rui Stoco, Andréa Pachá, Jorge Maurique, Marcelo Nobre e Felipe Locke, a deliberação contou com os votos de nove Conselheiros, perfazendo-se, assim, a maioria absoluta.

Não há como a prosperar esta causa de pedir.

DO EXAME DE MATÉRIA SUSCITADA PELO CONSELHEIRO FELIPE LOCKE

Conforme a ata de folha 121, manifestou-se o Conselheiro no sentido de não ter sido debatida questão preliminar. Nota-se que o Colegiado adentrou o tema de fundo, suplantando, desse modo, questões preliminares. Cumpre salientar que não prospera, como assentado, o problema da judicialização do tema.

Também tenho como improcedente esta causa de pedir.

DA INDENIZAÇÃO DE FÉRIAS NÃO GOZADAS

Recordo a disciplina quanto às férias. Constan do rol dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Têm eles direito ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal – inciso XVII do artigo 7º da Constituição Federal. A Seção II – “Dos Servidores Públicos” – do Capítulo VII – “Da Administração Pública” – da Carta da República, a encerrar verdadeiros princípios de adoção obrigatória no âmbito federal, no estadual e no municipal bem como no Distrito Federal, contém, ante a envergadura desse direito inerente à dignidade do homem, referência à aplicabilidade do aludido inciso aos servidores públicos. Confiram com o teor do artigo 39, § 3º.

Segundo a disciplina constitucional relativa ao Poder Judiciário, a atividade é ininterrupta, sendo vedado férias

MS 28.286 / DF

coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente – artigo 93, inciso XII. Nota-se a importância emprestada à atividade jurisdicional, que se quer constante, prevendo-se, até mesmo, para os dias em que não há expediente normal, o plantão.

Conforme a Consolidação das Leis do Trabalho, as férias, de início, devem ser concedidas em um único período, nos doze meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito – artigo 134. O artigo 137 prevê expressamente que, não sendo as férias concedidas após o prazo referido no mencionado artigo 134, o tomador dos serviços pagará em dobro a respectiva remuneração. Vale frisar a existência de obrigação para o empregado. Durante as férias, não pode prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de trabalho regularmente mantido – artigo 138.

Sob o ângulo da administração federal, a Lei nº 8.112/90 é categórica ao revelar que o servidor terá jus a trinta dias de férias. A acumulação fica limitada ao máximo de dois períodos, mesmo assim, em caso de necessidade do serviço, ressalvadas as hipóteses em que haja legislação específica – artigo 77. Vê-se que o limite concernente à acumulação está em sessenta dias, justamente o período anual a que o magistrado tem direito. Uma vez iniciadas, a interrupção só pode ocorrer ante motivo de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade – artigo 80. No caso de exoneração do servidor, cabível é o pagamento do valor alusivo às férias a título indenizatório – artigo 78, § 3º.

Dúvidas, então, não pairam quanto a gerar o direito a férias, de início, obrigação de fazer, visando preservar a saúde

MS 28.286 / DF

do prestador dos serviços. À magistratura – ante o célere ritmo dos trabalhos desenvolvidos, o dispêndio de energia física e mental e a necessidade de o Juiz reciclar-se quer presente a vida social, quer a formação técnica e humanística – o artigo 66 da Lei Complementar nº 35/79 prevê férias anuais de sessenta dias, coletivas ou individuais. Sob a disciplina da Constituição Federal anterior, as férias dos tribunais, com exceção apenas dos regionais do trabalho, eram coletivas. A Carta de 1988 – repito – veio a preceituar que a atividade jurisdicional é 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.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional tem dispositivo a revelar a inviabilidade de fracionarem-se as férias individuais em períodos inferiores a trinta dias, o que ressalta ainda mais o objetivo visado – o restabelecimento das forças despendidas. O § 1º do artigo 67 dela constante também prevê que as férias somente podem ser acumuladas “por imperiosa necessidade do serviço e pelo máximo de dois meses”. O § 2º veda o afastamento do tribunal ou de qualquer de seus órgãos judicantes, em gozo de férias individuais, no mesmo período, de juízes em número que comprometa o quórum de julgamento. Vê-se a preocupação maior com a continuidade dos serviços, sem, contudo, afastar-se a proibição de serem acumuladas férias acima de dois períodos de trinta dias.

Pois bem, a situação do Judiciário paulista é notoriamente deficitária, conduzindo a quadro revelador de imenso e, até mesmo, desumano esforço, obrigatório, inafastável, de seus juízes. Segundo dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça, nos anos de 2008 e 2009, São Paulo conta com 21.6% dos magistrados estaduais e a despesa total corresponde a 22.8% da atinente à Justiça dos Estados. Responde por 44% do total de processos pendentes, havendo concentrado 35.7% das

MS 28.286 / DF

sentenças e decisões proferidas, recebendo 28.9% das ações propostas em 2009. Tramitam mais de 18 milhões de processos. Os depósitos judiciais alcançam 25 bilhões, representando 48% do total dos depósitos da Justiça estadual de todo o país. A relação despesa total da Justiça paulista/PIB do Estado é a segunda mais baixa do Brasil, sendo de 0.45%, enquanto a média dos Estados está em 0.67%. Mais do que isso, esse país dentro do país que é São Paulo conta com 5.6 magistrados para cada 100 mil habitantes, abaixo da média nacional, de 5.9. É o Estado com maior número de casos novos por magistrado de primeiro grau – 2.540. A média dos Estados é de 1.424. Sob o ângulo da produtividade, possui o número mais elevado do país – 10.065 processos por magistrado. A média nacional é de 5.144 processos e o segundo Estado em gradação de produtividade alcança 6.987 processos por ano. A média de sentenças e decisões por magistrado, em São Paulo, é de 2.033 – a segunda maior do país, estando 47% acima da média geral, que é de 1.381.

Há de convir-se que a maior carga de trabalho da magistratura nacional recai sobre os ombros dos juízes paulistas. A infraestrutura e o número de cargos não atendem à grande demanda. A tudo isso soma-se a dificuldade em preencher-se cargos. São Paulo conta com 137 varas na capital e 166 no interior, devidamente criadas e não instaladas. Relativamente aos cargos de juiz, 294 estão vagos.

Diante desse contexto, surge círculo vicioso: magistrados, com mais de dois períodos de trinta dias acumulados – a média é de seis –, fenômeno a contrariar a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, requerem o gozo de férias e veem o pleito indeferido ante a necessidade imperiosa do serviço. Revela-se o dilema na conciliação dos valores em jogo. Emenda Constitucional à Carta paulista – nº 32/2009 –, visando a atender a verdadeira crise judicante, previu a indenização das férias quando, por necessidade do serviço, o gozo é inviabilizado pela

MS 28.286 / DF

administração pública. Se, de um lado, as férias visam a fruição, sem prestação de serviços, de outro, a ausência do gozo não pode implicar, contrariando o arcabouço normativo, acúmulo indeterminado de férias, ainda que se potencialize, a mais não poder, o interesse da administração pública.

Torna-se inafastável, então, a compatibilização de certas premissas – a inerente ao gozo das férias, à necessidade de dar-se sequência à jurisdição, retratada na relevância e urgência dos serviços, e a relativa à mitigação dos nefastos efeitos do indeferimento de pleitos sucessivos de magistrado. A forma mostra-se única: transmudar-se a obrigação de fazer em obrigação de dar. Não se diga que, nessa conciliação, acaba-se por prejudicar o objetivo maior da norma asseguradora das férias. Há de preservar-se ao menos, para gozo, tal como previsto no § 1º do artigo 67 da Loman, um período, ou seja, a acumulação não deve extravasar o limite da Lei Complementar – os sessenta dias. O que não cabe é chegar-se à conclusão de que o magistrado poderá, a um só tempo, ficar sem o gozo das férias e acumular inúmeros períodos sem que compensação alguma ocorra. Esse enfoque, aliás, prevaleceu quando, em 14 de novembro de 2006, o próprio Conselho Nacional de Justiça, presente a força insuplantável da realidade, após proclamar vedado ao magistrado o acúmulo de mais de dois períodos consecutivos de férias não gozadas, ainda que por necessidade do serviço, veio a elucidar o alcance da ordem jurídica em vigor ao assentar ter ele o direito de, não obtendo, por necessidade do serviço, a concessão de férias e acumulando período de gozo superior ao versado no § 1º do artigo 67 da Lei Complementar nº 35/79, ver os períodos excedentes convertidos em pecúnia e, mesmo assim, sem a dobra trabalhista – Resolução nº 25, de 14 de novembro de 2006, revogada pela de nº 27, de 18 de dezembro do mesmo ano.

Concedo parcialmente a ordem para assegurar aos associados da Associação Paulista de Magistrados, uma vez

MS 28.286 / DF

indeferido o pedido de gozo de férias, ante imperiosa necessidade do serviço, estando essas acumuladas a ponto de haver mais de dois meses, o direito de transformação da obrigação de fazer em de dar, preservados, para a finalidade precípua do instituto, sessenta dias e atendida a situação financeiro-orçamentária do Judiciário, devendo este atender, preferencialmente, àqueles que tenham o maior número de períodos acumulados.

Em síntese, a ordem é concedida para assegurar ao substituídos da Associação impetrante:

a) o gozo das férias uma vez completado o período aquisitivo;

b) na impossibilidade de atender-se ao direito constitucional acima, por imperiosa necessidade do serviço certificada ante o requerimento do magistrado, a indenização simples de período de férias que ultrapasse os sessenta dias, a ser satisfeita, mediante opção do interessado, conforme a disponibilidade orçamentária.

Na mesma linha, presente o mérito, votaram os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e, no sentido contrário, indeferindo a ordem, o Ministro Carlos Ayres Britto. Nas discussões verificadas, manifestaram-se favoravelmente à concessão da segurança, nos termos do voto transcrito, os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. Vale dizer que, mantidas as posições até aqui reveladas, haverá a concessão da ordem ante a maioria de seis votos. Na assentada, considerados aspectos concernentes a processo objetivo envolvendo a Emenda Constitucional à Carta do Estado de São Paulo nº 32/2009, bem como colocações ligadas à política institucional referente às férias dos magistrados, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes. Avizinha-se o período de recesso e das férias coletivas de janeiro. Daí a necessidade de implemento de medida acauteladora.

MS 28.286 / DF

3. Defiro-a nos termos do voto proferido, ou seja, para afastar a eficácia do ato impugnado neste mandado de segurança, fazendo-o para que prevaleça a óptica exteriorizada. A liminar tem o alcance de assegurar aos substituídos da Associação impetrante:

[...]

a) o gozo das férias uma vez completado o período aquisitivo;

b) na impossibilidade de atender-se ao direito constitucional acima, por imperiosa necessidade do serviço certificada ante o requerimento do magistrado, a indenização simples de período de férias que ultrapasse os sessenta dias, a ser satisfeita, mediante opção do interessado, conforme a disponibilidade orçamentária.

4. Publiquem.

Brasília – residência –, 16 de dezembro de 2010, às 10h35.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator