

Parecer nº 01/2002 – Gustavo Binenbojm

Ementa: Limitação legal ao gozo de férias acumuladas por mais de dois períodos, em razão de necessidade do serviço (art. 18 do Decreto-lei nº 220/75, art. 8º do Decreto-lei nº 363/77 e art. 66, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 15/80). Não recepção pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.98.

As férias constituem direito fundamental do trabalhador (CF, art. 7º, inciso XVII), expressamente estendido ao servidor público pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 39, § 3º). A impossibilidade de conversão em pecúnia das férias não gozadas – decorrente da declaração da inconstitucionalidade do art. 77, inciso XVII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, pelo Supremo Tribunal Federal – ou de sua contagem em dobro como tempo de serviço para fins de aposentadoria – decorrente do art. 40, § 10º, da Constituição Federal (introduzido pela EC nº 20/98) – torna “inconstitucionais” as limitações temporais ao gozo de férias acumuladas por mais de dois períodos, em razão de necessidade do serviço. Aplicação à espécie do princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Proibição de limitações desproporcionais ou irrazoáveis ao exercício de direitos fundamentais.

Exmo. Sr. Procurador-Geral:

1. Trata-se de consulta encaminhada pela Magnífica Reitora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – acerca da vigência do art. 8º do Decreto-lei nº 363/77, que veda a possibilidade do gozo de férias acumuladas por mais de dois períodos, mesmo quando não desfrutadas pelo servidor público em razão de necessidade do serviço.

2. De acordo com a manifestação da Superintendência de Recursos Humanos da UERJ que inaugura este expediente administrativo, há vários servidores da universidade que, por razões de interesse do serviço, não têm condições de usufruir as férias por três ou mais períodos consecutivos, sendo ainda certo que a contagem em dobro das férias não gozadas como tempo de serviço para fins de aposentadoria não é mais possível diante do art. 40, § 10, da Constituição Federal, disposição instituída pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

3. O cerne da consulta reside, pois, em saber se o direito a férias anuais – contemplado no art. 7º, inciso XVII, da Constituição da República como um **direito fundamental** do trabalhador e expressamente estendido aos

servidores públicos pelo art. 39, § 3º, da mesma Lei Maior – pode ser restringido pela lei a tal ponto que o seu não exercício por mais de dois períodos acarrete a perda do próprio direito, ainda quando o não desfrute das férias se tenha dado em virtude de imperiosa necessidade do serviço, devidamente atestada pela autoridade competente.

4. Assim relatada a consulta, passo a opinar.

5. O direito às férias anuais remuneradas está previsto no art. 7º, inciso XVII, da Constituição da República, no Capítulo II (“*Dos Direitos Sociais*”) do Título II (“*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”). Confira-se a dicção literal do dispositivo constitucional mencionado:

“Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.”

6. Por expressa previsão constante do art. 39, § 3º, tal **direito fundamental** foi estendido aos servidores ocupantes de cargos públicos, **“podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”**

7. Pois bem. No âmbito do funcionalismo do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto-lei nº 220/75 – Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Rio de Janeiro – disciplinou o direito às férias anuais remuneradas nos seguintes termos:

“Art. 18 – O funcionário gozará, por ano de exercício, 30 (trinta) dias consecutivos de férias, que somente poderão ser acumuladas, até o máximo de 2 (dois) períodos, em face de imperiosa necessidade do serviço.

(...)

§ 2º – Na impossibilidade absoluta do gozo de férias acumuladas, ou no caso de sua interrupção, no interesse do serviço, os funcionários contarão em dobro, para efeito de aposentadoria ou disponibilidade, o período não gozado (...).” (redação dada pelo art. 9º do Decreto-lei nº 363, de 04 de outubro de 1977).

8. Disciplina semelhante é conferida ao regime de férias dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro pelo art. 66, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 15, de 25 de novembro de 1980, do teor seguinte:

“Art. 66.....

§ 1º – As férias não gozadas no período, para conveniência do serviço, poderão sê-lo, acumuladamente, no ano seguinte.

§ 2º – Na impossibilidade de gozo de férias acumuladas, ou no caso de sua interrupção no interesse do serviço, os Procuradores do Estado contarão, em dobro, para efeito de aposentadoria, o período não gozado.”

9. O Regulamento do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, veiculado pelo Decreto nº 2.479/79, continha previsão semelhante no seu art. 91, até sua alteração pelo Decreto nº 13.784/89. Desde então, o Regulamento não mais contempla qualquer limitação temporal ao gozo de férias acumuladas (que, todavia, continua prevista no Decreto-lei nº 220/75), dispondo apenas que somente por “*imperiosa necessidade do serviço*” o funcionário deixará de gozar as férias no período, a qual deverá ser comunicada pelo chefe, via memorando, ao respectivo órgão de pessoal.

10. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, a seu turno, dispôs sobre a matéria no inciso XVII de seu art. 77, na forma seguinte:

“Art. 77.....

XVII – o servidor público estadual, civil ou militar, poderá gozar licença especial e férias na forma da lei ou de ambas sob a forma de direito de contagem em dobro para efeito de aposentadoria ou tê-las transformadas em pecúnia indenizatória, segundo sua opção.”

11. Portanto, cotejando os diversos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis, o quadro sistemático da disciplina das férias dos servidores públicos estaduais se apresentava com os seguintes contornos:

I) as férias devem ser preferencialmente gozadas no período próprio, salvo imperiosa necessidade do serviço, devidamente atestada pela autoridade competente;

II) as férias acumuladas até o máximo de 2 (dois) períodos poderiam ser gozadas no ano seguinte, salvo nova necessidade do serviço;

III) as férias acumuladas por mais de 2 (dois) períodos, em razão de necessidade do serviço, não poderiam mais ser gozadas, restando ao servidor uma dentre duas alternativas: (III.a) seu cômputo em dobro, como

tempo de serviço, para fins de aposentadoria; (III.b) sua conversão em pecúnia indenizatória.

12. Embora já fosse até questionável a constitucionalidade desses “*mecanismos compensatórios*” do servidor cujo desfrute de férias fora inviabilizado por necessidade do serviço, diante da redação do art. 7º, inciso XVII, que institui um direito ao **gozo de férias**, o fato é que, até recentemente, jamais se havia questionado a sua validade. Até porque o art. 39, § 3º, da Constituição ressalva que a lei poderá “*estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir*”. Tal disposição constitucional poderia, em princípio, ser invocada para dar suporte jurídico aos tais “*mecanismos compensatórios*” acima aludidos.

13. Nada obstante, fatos jurídicos supervenientes impõem a revisão do quadro sistemático acima delineado. Com efeito, ambos os referidos “*mecanismos compensatórios*” do servidor impossibilitado de gozar as suas férias por necessidade do serviço não mais encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

14. Em primeiro lugar, a possibilidade de conversão das férias não gozadas em pecúnia indenizatória, contemplada no art. 77, inciso XVII, da Constituição Estadual, foi fulminada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 227/RJ, de que foi relator o Ministro Maurício Corrêa. De fato, em julgamento realizado em 19.11.1997, por votação unânime, o STF declarou a inconstitucionalidade da expressão “*ou tê-las transformadas em pecúnia indenizatória*”, restando inviabilizado, daí por diante, o mecanismo compensatório da substituição das férias não gozadas por uma compensação financeira.

15. De outro lado, todos os dispositivos que previam a contagem em dobro de períodos de férias não gozadas para fins de aposentadoria restaram expressamente revogados pelo art. 40, § 10, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 20/98. Veja-se o que dispõe textualmente o preceptivo:

“§ 10 – A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”

16. Segundo entendimento já consolidado desta Procuradoria-Geral do Estado, o novo dispositivo constitucional teve o condão de revogar todas as normas que continham previsão do cômputo em dobro de períodos de férias não gozadas – tempo fictício – para fins de aposentadoria.

17. A questão que resta a ser respondida é a seguinte: havendo desaparecido os mecanismos de compensação, subsiste ainda a limitação

temporal ao desfrute de férias acumuladas por mais de dois períodos, mesmo quando não gozadas por imperiosa necessidade do serviço? Parece-me solidamente que não.

18. Com efeito, constitui um dado fático inquestionável a circunstância de inúmeros servidores públicos – sobretudo os ocupantes de cargos em comissão – serem privados do gozo de suas férias, em razão de necessidade do serviço, **por mais de dois períodos**. Tal possibilidade, de resto, encontrava supedâneo no próprio art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 220/75 (com redação dada pelo Decreto-lei nº 363/77), que previa a solução da contagem em dobro, para fins de aposentadoria, das férias acumuladas e não gozadas por absoluta necessidade do serviço. A solução de ponderação entre o interesse da Administração e o interesse do servidor era, portanto, de um lado, preservar a continuidade do serviço e, de outro, dar ao servidor uma compensação que pudesse abreviar seu caminho para a aposentadoria.

19. A outra possibilidade, agora também extinta, seria a da permuta das férias em uma compensação financeira, o que sempre foi moralmente questionável e deixou de existir, ao menos em relação aos servidores públicos estaduais, após o pronunciamento do STF na ADIN nº 227/RJ.

20. Destarte, não há outra alternativa senão a de considerar derogados os dispositivos que limitam temporalmente o gozo de férias acumuladas por mais de dois períodos, quando não desfrutadas no momento oportuno por imperiosa necessidade do serviço público.

21. A uma, porque, do contrário, a Administração Pública estaria, por ato seu, inviabilizando, completamente, o exercício de um direito fundamental do servidor, constitucionalmente assegurado. A duas, porque, à míngua de qualquer mecanismo de compensação, como os outrora existentes, a simples perda das férias pelo servidor representaria um enriquecimento sem causa da Administração, que se utilizou dos serviços do seu servidor quando este tinha o direito subjetivo ao repouso remunerado. E a três, porque qualquer limitação de direito fundamental, como é o caso do direito às férias no tratamento que lhe conferiu a Constituição de 1988, está necessariamente subordinada ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade¹. E, na espécie vertente, a violação ao princípio da proporcionalidade exhibe contornos flagrantes.

¹ Suzana Toledo Barros. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

22. De fato, o controle da constitucionalidade dos juízos de ponderação feitos pelo legislador entre interesses contrapostos é realizado através da aplicação do princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade é, assim, o instrumento da ponderação.² E uma das regras básicas do juízo proporcional de ponderação é o de que a preservação de um dos interesses conflitantes não pode levar à eliminação ou ao esvaziamento do interesse contraposto. Afinal, ambos os interesses foram constitucionalmente assegurados.

23. No caso em tela, limitar-se o gozo de férias acumuladas a dois períodos, sob pena de perda do direito, quando é a própria Administração Pública a responsável pelo não desfrute das férias no período oportuno, representa, em última análise, permitir que a Administração suprima o direito às férias do servidor, invocando para tanto razões de interesse do serviço.

24. Na ausência de outros mecanismos idôneos de compensação, o juízo de ponderação mais razoável e proporcional entre os interesses contrapostos – o da Administração em garantir a continuidade e o bom funcionamento da máquina, e o do servidor de desfrutar suas férias – é o de permitir que, circunstancialmente, as chefias restrinjam o gozo de férias dos seus servidores por mais que dois períodos, quando por imperiosa e fundamentada necessidade do serviço, assegurando-se ao servidor, de outra banda, o desfrute cumulativo de suas férias, ainda que por interregno superior a dois períodos, após passada a turbulência administrativa e retomada a normalidade das atividades.

25. Note-se que a outra vertente de solução, consistente em obrigar-se a Administração a conceder férias a seus servidores, improrrogavelmente, até o final do segundo período, padece do mal oposto, pondo em risco a continuidade e a eficiência administrativa. O juízo de ponderação, nessa hipótese, seria desproporcionalmente desfavorável ao interesse da Administração.

26. Com efeito, é trivialmente sabido que há períodos na Administração Pública em que, realmente, o melhor interesse do serviço impõe sacrifícios aos servidores, dentre os quais a restrição ao gozo de férias. Nessas circunstâncias, por evidente, a Administração deve ter o poder de restringir o gozo das férias, como condição de continuidade e eficácia da sua própria atuação e para resguardo do interesse público. De resto, vale sempre ressaltar que a possibilidade de restrição ao gozo de férias pelos servidores constitui poder da Administração, que lhe é conferido por lei. Passada a necessidade do serviço – os encargos extraordinários de determinada política pública em fase de implementação, por exemplo – deve-se asse-

² Daniel Sarmento. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 96.

gurar ao servidor o gozo ordinário de suas férias, independentemente de limitações temporais.

27. Convém assinalar, por derradeiro, que as conclusões do presente parecer são válidas para os períodos de férias adquiridos após o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, quando, a partir de então, deixou de ser possível a contagem em dobro das férias não gozadas em razão de necessidade do serviço.

É o parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 28 de janeiro de 2002

Gustavo Binenbojm
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer nº 01/2002–GUB, da lavra do ilustre Procurador-Assessor **Gustavo Binenbojm**.

A vedação ao gozo de férias acumuladas por mais de dois períodos, quando não desfrutadas pelo servidor em virtude de imperiosa necessidade do serviço público, representa restrição inconstitucional a direito fundamental do servidor. Tal inconstitucionalidade restou configurada após a declaração da inconstitucionalidade do art. 77, XVII, da Constituição Estadual, que permitia a conversão das férias em pecúnia indenizatória, e a revogação, pelo art. 40, § 10, da Constituição Federal (introduzido pela EC nº 20, de 15.12.1998), dos dispositivos que previam a possibilidade da contagem das férias não gozadas em dobro para fins de aposentadoria.

Assim, os períodos de férias adquiridos após 15 de dezembro de 1998, e não gozados por imperiosa necessidade do serviço, poderão ser desfrutados pelo servidor, independentemente de limitação temporal.

Ao Gabinete Civil, sugerindo posterior encaminhamento à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Em 28 de janeiro de 2002

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado

Processo nº UERJ/10.310/2001