

AS FÉRIAS DEPOIS DA CONVENÇÃO 132 DA OIT

Aldacy Rachid Coutinho*

a convenção

Despercebida dentre as 88 Convenções da Organização Internacional do Trabalho que o Brasil ratificou, despontou recentemente a de n.º 132, dando nova disciplina às férias anuais remuneradas. Concluída em Genebra em 24 de junho de 1970, entrou em vigor em âmbito internacional já em 30 de junho de 1973.

O Congresso Nacional aprovou o Ato Multilateral por meio do Decreto Legislativo 47, em 23 de setembro de 1981. No entanto, o depósito do instrumento de ratificação pelo Brasil perante o Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho ocorreu somente em 23 de setembro de 1998, passando a vigorar a partir de 23 de setembro de 1999, conforme previsão inserta nos artigos 18, § 3.º e 19, § 5.º, "b", da Constituição da Organização Internacional do Trabalho. A incorporação ao regramento jurídico interno se deu por intermédio do Decreto de promulgação 3.197, de 5 de outubro de 1999 (DOU 06.10.99), do Presidente da República.

O embate em torno das teorias monista¹ ou dualista², no tocante ao início da vigência e dos efeitos produzidos no

* Especialista em Antropologia filosófica (UFPR). Mestre e Doutora em Direito (UFPR). Professora de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogada e Procuradora do Estado do Paraná.

¹ Como propugna Arnaldo Süssekind, nas Alterações na legislação de férias. *Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília, an.17, n. 800, p. 9.

² Ver STF. ADIN 1.480. Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 02.08.96).

regramento jurídico interno, perde sentido na medida em que foi incorporada a Convenção por meio de um Decreto, devidamente respaldado no artigo 84, inciso VIII, da Constituição da República, após respectiva aprovação pelo Congresso Nacional, nos termos do artigo 49, inciso I. A questão não está, pois, centrada nas discussões em relação a um Tratado aberto à ratificação e suas conseqüências, mas nas inovações introduzidas por uma lei em sentido material.

Consoante posição pacificada no Supremo Tribunal Federal,³ a absorção pelo direito interno, modificando a ordem jurídica prévia, se dá por força de um Decreto de promulgação alocado hierarquicamente no mesmo patamar da lei ordinária.⁴ Merece destaque, todavia, posição contrária adotada por Arnaldo Süssekind e Glauce de Oliveira Barros, ao propugnar entendimento que o Tratado ou a Convenção que dispõem sobre direitos e garantias fundamentais têm “força constitucional”;⁵ posicionando-se em um nível hierarquicamente superior a todas as demais leis ordinárias.⁶

A solução para os aparentes conflitos que se estabelecem com o concurso de novas e velhas regras jurídicas não transita pelos princípios da norma mais favorável⁷ ou condição mais

³ Neste sentido, FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. A Convenção n.º 132 da OIT e seus reflexos nas férias. Revista de Direito Trabalhista, out.01, an.07, n.10, p. 23.

⁴ GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. As férias proporcionais e a convenção n.º 132 da OIT. Jornal trabalhista Consulex. n.19, n.902, p.5. Posição também indicada por MEIRELLES, Edilton. Férias e convenção n.º 132 da OIT, p. 30-32.

⁵ BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT. Suplemento trabalhista LTr. São Paulo, an. 36, v.177, p. 954.

⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. Alterações na legislação de férias, p. 9.

⁷ Adotando posição distinta para o impasse, Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig acolhem a doutrina de Luiz de Pinho Pedreira sobre

benéfica, exteriorizações reveladoras do princípio protetivo. A análise é procedida a partir de diretrizes estabelecidas na Lei de Introdução ao Código Civil para sucessão de normas no tempo, segundo a qual *“a lei posterior revoga a anterior quando (...) seja com ela incompatível”*, adotando-se o critério da aplicação imediata da lei, e identidade de matéria, pela compatibilidade, contradição ou especialização.⁸

Embora a Convenção tenha ingressado na ordem jurídica em 1999, até o momento se encontra como mais uma legítima participante da categoria *“lei para inglês ver”*, refletindo a formatação dos operadores do direito que, mantendo uma visão míope e opaca do fenômeno jurídico, acaba por identificá-lo, na sua generalidade, com as disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho, consubstanciado em um permanente *“ideal imaginário”*.

Encontramo-nos afogados em leis e famintos por justiça em um país onde a generosidade tem jeito de fraude, como adverte John French. Trata-se do *“... notório e quase esquizofrênico contraste entre lei e realidade...”*, pelo que *“... não é raro, de forma alguma, encontrar uma situação em que as coisas existem no papel mas não na realidade; em que a lei, a justiça e os direitos existem apenas nominalmente, formalmente e sem conseqüências”*.⁹

“conglobamento, por instituto ou orgânico”, ou seja, *“homogêneo dos institutos e blocos afins”*. Ver GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. As férias proporcionais e a Convenção 132 da OIT. *Jornal O Estado do Paraná. Direito e Justiça*. Curitiba, 28.10/01, p. 5 e As férias proporcionais e a convenção n.º 132 da OIT. *Jornal trabalhista Consulex*. n.19, n.902, p.5.

⁸ No mesmo sentido, ver VALÉRIO, João Norberto Vargas. Férias anuais remuneradas e a convenção n. 132 da OIT. *Revista LTr*. São Paulo, an.65, v,9, p. 1051-5.

É necessário, como alerta Lenio Streck,¹⁰ superar o paradigma normativista próprio de um modelo (modo de produção) de direito liberal-individualista desfuncionalista identificado nas práticas jurídicas, vislumbrando o direito como instrumento de transformação social, na emergência de um novo modo de produção representado pelo Estado Democrático de Direito.

Para não cometer o equívoco de afirmar que a Organização Internacional do Trabalho foi expelida do campo laboral, cumpre render homenagens aos combativos professores que ainda rememoram em suas aulas, especialmente as ministradas sobre as fontes, a participação do voto brasileiro na sua criação, através da previsão inserta na Parte XIII¹¹ do Tratado de Versalhes celebrado em 1919. E, ainda, enaltecer o papel dos protagonistas do campo jurídico, advogados e dos magistrados que, recusando o “prêt-à-porter” jurídico, promovem a construção e concretização das promessas da modernidade. Não poucos são os juslaboralistas de renome que ressaltam, igualmente, a importância das suas Convenções e Recomendações. Porém, no dia-a-dia dos trabalhadores é ainda pífia a sua manifestação.

Em verdade, a denúncia pelo Brasil da Convenção 158, nos termos do artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, não somente sepultou a possibilidade de assegurar efetividade à garantia de emprego insculpida no artigo 7.º, inciso I, da Constituição da República, mas ainda interrompeu a gestação de uma nova vida para as relações de

⁹ FRENCH, John. Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros. São Paulo : São Paulo : Perseu Abramo, 2001, p.25.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999, p. 31-34.

¹¹ Artigos 387-427.

trabalho, com a então “descoberta” das normatizações internacionais.

Se o capitalismo se mundializa, escoando seus valores para o mercado financeiro mais rentável e menos custoso, a internacionalização do fator trabalho, via Organização Internacional do Trabalho, poderia se consubstanciar em um importante instrumento de luta, resgatando e assegurando a tão apregoada dignidade. Se o que há é um direito capitalista do trabalho, é preciso reverter o círculo vicioso do capital que adota uma lógica da exclusão - ou não inclusão dos que nunca estiveram incluídos - do mercado. Hoje, os não consumidores já contam com um contingente de 4/5 da população.

E nem se deve olvidar que nos discursos para criação da Organização Internacional do Trabalho a questão dos custos e da competitividade veio à baila, como argumentação, a permitir aos países que asseguravam melhores condições sociais uma atuação em igualdade no mercado globalizado. Neste sentido, indica Giuliano Mazzoni que:

“Roberto Owen al Congresso delle Potenze riunite ad Aix-la-Chapelle che lanciò l’idea di introdurre, in tutti i paesi, delle misure capaci di proteggere gli operai ‘contro l’ignoranza e lo sfruttamento’ di cui erano vittime; questa idea fu ripresa nel 1857 dal Le Grand che tentò di dimostrare come una legge internazionale sul lavoro industriale fosse l’única soluzione possibile del grande problema sociale senza che le industrie ne venissero a soffrire per la concorrenza ... Da questo momento, incomincia il período dei Congressi internazionali in favore della internazionalizzazione delle leggi del lavoro e della creazione di una legislatura unitária” (grifo nosso).¹²

¹² MAZZONI, Giuliano. Manuale di diritto del lavoro. 6.ed. Milano : Giuffrè, 1998, v.1, p.63.

Enfrentar os dilemas na avaliação dos efeitos da incorporação da nova regulamentação sobre as férias em face das disposições legais vigentes, inclusive o Capítulo IV da Consolidação das Leis do Trabalho, tanto pelo critério de temporalidade quanto pela especialidade, para inferir eventual antinomia e revogação ou incorporação de novas regras, é tarefa árdua. Mas só navegando no mar revolto da polêmica é que se pode vislumbrar em um novo horizonte alguma praia segura que capture o nosso conhecimento.

1. os destinatários

As disposições convencionais obrigam o Brasil em relação a todos os empregados, com uma única exceção feita aos marítimos, que ainda têm seus períodos de repouso anual remunerado disciplinados por força de Convenção específica, a de 91, da OIT.

O Brasil, ao indicar no depósito que aceitava e se obrigava em relação a todas as pessoas empregadas, quer estejam laborando em setores agrícolas ou não (artigo 15, 1. a e b), automaticamente denunciou a Convenção 101, de 1952, uniformizando o tratamento das férias anuais remuneradas aos empregados urbanos, rurais e domésticos.

Os trabalhadores avulsos restam absorvidos no conjunto de destinatários, na medida em que a Constituição da República, por seu artigo 7.º, inciso XXXIV, o iguala ao empregado em direitos.

Os servidores públicos somente serão beneficiários se mantiverem vínculos jurídicos de emprego, pois a Convenção limita a abrangência a “*todas as pessoas empregadas*”¹³, não mencionando a expressão mais ampliada ‘trabalhadores’.

Aliás, cumpre lembrar que o direito a férias que foi estendido aos trabalhadores na agricultura na 35.^a Reunião ocorrida em 1951, através da Convenção 101, já tinha sido ratificada pelo Brasil. A aprovação ocorreu pelo Decreto Legislativo 24, de 29 de maio de 1956, tendo sido depositado o instrumento de ratificação em 25 de abril de 1957. Promulgada pelo Decreto 41.721, de 25 de junho de 1957, teve sua publicação inserida no Diário Oficial da União de 18 de junho de 1957.

Poderia ter sido pelo Brasil excluída uma categoria determinada de pessoas empregadas do âmbito da Convenção 132, se e desde que a aplicação viesse a causar problemas particulares de execução ou de natureza constitucional ou legislativa de certa importância. A indicação, deveria ter sido efetuada nos termos do artigo 2, 1, e viria exposta, fundamentadamente, no 1.º Relatório anual detalhado que o Brasil se obrigou a apresentar para a Repartição Internacional do Trabalho sobre as medidas que está tomando para aplicação da Convenção. No entanto, nenhuma restrição ou exclusão foi apresentada, mesmo porquanto não se vislumbra qualquer hipótese de incompatibilidade na aplicação por alguma categoria específica.

¹³ A extensão é de direitos, mas a disciplina jurídica deverá ser estabelecida conforme o regime em que se inserem. Em sentido contrário, propugnando a extensão aos servidores públicos civis e militares, por força do artigo 39, inciso XXXIV e artigo 142, § 3.º, inciso VIII, que determinam a aplicação do direito inserto no inciso XVII, do artigo 7.º, todos da Constituição da República, ver BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT, p. 954.

2.1. os marítimos e a Convenção 91, da OIT

Apenas para fomentar futuro estudo, imperioso lembrar que em outubro de 1936 foi aprovada a Convenção 54, não ratificada pelo Brasil, que trata das férias remuneradas aos trabalhadores marítimos, mantendo-se a mesma disciplina estabelecida na Convenção 52, com algumas alterações e regras especiais. A duração mínima das férias veio fixada em 9 (nove) dias úteis, salvo para capitães, oficiais e operadores radiotelegráficos, cujo repouso mínimo foi estendido a 12 (doze) dias.

Posteriormente, na 32.^a Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em 8 de junho de 1949, foi aprovada a Convenção 91, resultante da revisão parcial da Convenção 54, esta sim, sendo aprovada pelo Decreto Legislativo 20, de 30 de abril de 1965, foi ratificada pelo Brasil em 3 de junho de 1965. O registro na Repartição Internacional do Trabalho ocorreu em 18 de junho de 1965, pelo que entrou em vigor em 14 de setembro de 1967. Foi promulgada pelo Decreto 66.875, de 16 de julho de 1970, publicado no Diário Oficial da União em 20 de julho de 1970.

A especificidade da categoria, diante da natureza extraordinária da atividade, foi merecedora de um tratamento apartado. Segundo Homero Batista Mateus da Silva a exclusão está justificada pelas *“variações imprevistas de excesso e escassez de atividades, períodos longos distante da terra firme e muito*

*mais do local de domicílio ou de residência e, ainda, sujeita à realização de tarefas inadiáveis”.*¹⁴

As normas são aplicáveis a todos os empregados que trabalhem em navios de alto-mar. Conforme venham a ser considerados pela legislação nacional, seriam os navios com propulsão mecânica, de propriedade pública ou privada e que se destinam ao transporte de passageiros ou carga, com fim comercial. Restam excetuados dos destinatários das normas os médicos que não sejam membros da oficialidade e os práticos, bem como o pessoal de enfermagem e hospitalar, desde que não sejam membros da tripulação. Não se aplica a convenção, ainda, aos trabalhadores autônomos ou que percebam a remuneração como participação nos lucros, aos trabalhadores não contratados pelo armador, exceto radiotelegrafistas, estivadores itinerantes, trabalhadores contratados no porto e que não laborem em alto-mar, assim como aos trabalhadores de navios de pesca à baleia, usinas flutuantes ou operações similares. Poderão ser excepcionados, igualmente, os comandantes, imediatos e chefes-de-máquina, se a legislação nacional assegurar o direito às férias em regras mais favoráveis.

O período aquisitivo é de 12 (doze) meses seguidos de serviço ininterrupto e a duração das férias restou fixada em 12 (doze) dias úteis para os membros da tripulação em geral, tendo sido aumentada a dos capitães, comandantes, oficiais e radiotelegrafistas para 18 (dezoito) dias úteis.

¹⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. A discreta vigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas. Suplemento trabalhista LTr. São Paulo, an.37, n.111, p. 526.

No período das férias não são computados os dias feriados oficiais ou comuns nem a interrupção de serviços devidos a doença e acidente.¹⁵

A legislação interna poderá prever o fracionamento do período de férias anuais ou a acumulação das férias de 1 (um) ano com as ulteriores. Excepcionalmente, quando a necessidade do serviço exigir, poderá haver a substituição das férias por uma indenização em espécie pelo menos equivalente à remuneração habitual.

O início do gozo das férias é fixado em mútuo acordo na primeira oportunidade, assim que as exigências do serviço permitirem, sendo que não usufruirá o empregado sem o seu consentimento, em porto que não tenha sido onde foi engajado ou onde fixou residência.

É também considerado nulo todo acordo que vise o abandono ou renúncia do direito às férias.

Nas hipóteses de rescisão contratual ou de pedido de demissão antes de haver usufruído as férias a que tinha direito, o empregador deverá indenizá-las pelo valor correspondente.

2.2. a inconstitucionalidade do artigo 130-A, da CLT

Afirma-se que os empregados que celebraram contratos de trabalho a tempo parcial estariam excluídos de algumas

¹⁵ No mesmo sentido, ver VALÉRIO, João Norberto Vargas. Férias anuais remuneradas e a Convenção n.º 132 da OIT, p. 1055.

disposições da Convenção, pois sendo anterior à edição da medida provisória editada, foi por norma mais recente e de mesmo nível hierárquico alterada.¹⁶

A análise jurídica dos efeitos da sucessão no tempo, no entendimento de que *“a lei ordinária posterior à ratificação prevalece sobre a correspondente disposição do instrumento internacional, ainda que não tenha sido ele denunciado pelo Estado brasileiro”* é absolutamente escorreita, estando a tese respaldada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no Recurso Extraordinário 80.004, relator Ministro Cunha Peixoto, em sessão pelo de 01.06.77.¹⁷

Cumprе explicitar que a diferença estatuída na disciplina das férias nos contratos a tempo parcial decorre da incorporação de um novo elemento temporal integrador nos critérios de exercício do direito adquirido, fixando uma nova proporcionalidade. Se as férias sempre foram adquiridas desde que se concretizasse na realidade um lapso temporal contínuo de vigência de um contrato individual de trabalho equivalente a 12 (doze) meses e a duração de até 30 (trinta) dias somente estava condicionada ao número de faltas injustificadas ao serviço, na nova tipologia contratual - aliás, absolutamente desnecessária como “inovação” - foi inserida a duração da jornada semanal como um segundo elemento relevante para o cômputo do número de dias de férias. É que o número de faltas continua sendo adotado, como se deduz do disposto no parágrafo único do artigo 130-A.

¹⁶ Postura adotada por MEIRELLES, Edilton. Férias e convenção n.º 132 da OIT, p. 30 e, também por outros fundamentos, ver SILVA, Homero Batista Mateus da. A discreta vigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas. Suplemento trabalhista LTr. São Paulo, an.37, n.111, p. 527.

¹⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Alterações na legislação de férias, p. 9.

No contrato de trabalho celebrado nos moldes do artigo 443 é irrelevante a jornada semanal, ao passo que no que se acorda em regime de tempo parcial é constitutivo do direito.

A diferenciação entre empregados, assim enquadrados nos termos do artigo 3.º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que mantêm contratos individuais de trabalho, fere o disposto no artigo 5.º, “caput”, da Constituição da República, que impõe como princípio a igualdade de tratamento na lei e perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.¹⁸ É mais do que tempo e, ainda, necessário para garantir efetividade às normas constitucionais, interpretar a Consolidação das Leis do Trabalho conforme a Constituição,¹⁹ e não a Constituição conforme a Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, a hermenêutica constitucional se revela em concretização: um *“processo de reconstrução do Direito aplicável ao caso, à luz do padrão constitucional e através de um procedimento argumentativo e racionalmente controlável”*.²⁰

2. a disciplina das férias pós-convenção

3.1. O artigo 7.º, inciso XVII, da Constituição da República, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais, emoldurado em **direito social, o gozo de férias anuais remuneradas** com, pelo menos, um terço a mais do que o salário

¹⁸ Em sentido contrário, afirmando a legalidade, por todos, ver Sérgio Pinto Martins, na sua obra Comentários à CLT. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 185.

²⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 164.

normal, absorvendo os avulsos por equiparação e os empregados domésticos por extensão. Para além de estatuir um direito, a Constituição da República concentra esforços na garantia do seu pleno exercício, na perspectiva de sua concretização, na própria fruição deste direito, exteriorizando neste trilhar a totalidade de sua força normativa.

3.2. Todo empregado tem direito a férias anuais remuneradas com duração determinada. O requisito a ser implementado para aquisição do direito, segundo disposição da Consolidação das Leis do Trabalho, não é o tempo de efetiva prestação de serviços, mas a vigência do contrato individual de trabalho.²¹ A Convenção²² estabelece outro critério, - já adotado pela Lei 5.859/72²³ em relação aos trabalhadores domésticos - , qual seja, o do período de serviço, mantido de qualquer sorte um período aquisitivo anual.

Para fins de fixação do termo inicial e final do período aquisitivo, tem-se por “ano”, nos termos do artigo 4, 2, da Convenção 132, o *“ano civil ou qualquer outro período de duração fixado pela autoridade ou órgão apropriado do país interessado”*. O Brasil optou pela data de “aniversário do contrato” - doze meses de vigência do contrato individual de trabalho - , ao passo que o México,²⁴ a Bolívia,²⁵ a Venezuela,²⁶ o

²¹ Art. 130, “caput” e Art. 130-A, da Consolidação das Leis do Trabalho.

²² Art. 4, 1. *“Toda pessoa que tenha completado, no curso de 1 (um) ano determinado, um período de serviço de duração...”*; Art. 5, 1. *“Um período mínimo de serviço poderá ser exigido para a obtenção de direito a um período de férias remuneradas anuais”*.

²³ Art. 3.

²⁴ Ley Federal del Trabajo. Art. 76.

²⁵ Decreto Supremo 17288/80, Art. 1.º São apenas quinze dias de férias por ano de trabalho, nos dois primeiros anos de contrato. Após 10 (dez) anos de trabalho passará o empregado a adquirir 30 dias de férias.

Paraguai²⁷ e a Itália,²⁸ dentre tantos, se decidiram pelo “ano-trabalho” - doze meses de efetiva prestação de serviços -, e países como a Argentina²⁹ e Portugal³⁰ preferiram o “ano civil” ou “ano-calendário”.

***3.3. Determina a Convenção que a legislação interna de cada Estado-membro preverá um período mínimo para aquisição do direito às férias proporcionais,³¹ sendo que o parâmetro indicado é o de que não deverá em caso algum ultrapassar a 6 (seis) meses.³² Trata-se de disposição com

²⁶ Ley organica del trabajo. Art. 219. Após um ano de trabalho, poderá desfrutar de 15 (quinze) dias úteis de ferias, incorporando mais 1 (um) dia a cada ano de serviço.

²⁷ Código del Trabajo, artigo 218. Nos contratos de trabalho com até 5 (cinco) anos de vigência, o empregado tem direito a 12 (doze) dias úteis de férias; de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, a 18 dias úteis, com mais 10 (dez) anos, 30 dias de férias anuais remuneradas.

²⁸ Codice Civile, artigo 2109. A Corte Constitucional declarou a ilegitimidade constitucional da expressão “dopo un anno di ininterrotto servizio” (em sentença n.º 66, de 1963) e da parte que não previa que as doenças durante o período de férias suspendem o seu decurso (sentença n.º 606, de 1987). A duração das férias vem estabelecida nos contratos coletivos de trabalho ou, na falta, segundo o uso e a equidade.

²⁹ Ley de contrato de trabalho, artigo 150 e 151. O trabalhador deverá ter laborado em pelo menos metade dos dias úteis no ano-calendário, tendo direito a férias correspondentes a 14 (quatorze) dias corridos quando a antiguidade no emprego for de até 5 (cinco) anos, 21 (vinte e um) dias corridos quando maior de 5 (cinco) e menor que 10 (dez) anos, 28 (vinte e oito) dias, quando maior de 10 (dez) anos e menor de 20 (vinte) anos e 35 (trinta e cinco) dias corridos quando superior a 20 (vinte) anos.

³⁰ Art. 2.º 1. Os trabalhadores têm direito a um período de férias remuneradas em cada ano civil. Decreto lei 874/76.

³¹ Art. 4, 1. Toda pessoa que tenha completado, no curso de um ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no artigo 3 acima terá direito, nesse ano, a **férias de duração proporcionalmente reduzidas.**

³² Art. 5, 2.

aplicabilidade imediata, sobretudo em países que adotam o critério do “ano-civil” ou “ano-calendário”, permitindo aos trabalhadores que gozem durante o período concessivo desde logo as suas férias, na estrita proporção do tempo de serviço; entretanto, em relação a países que, como o Brasil, incide o padrão “ano-emprego”, a regra jurídica tem aplicabilidade imediata restrita à hipótese de cessação da relação de emprego.

Absoluta é a compatibilidade entre a norma convencional e a regra celetária que disciplina as férias proporcionais no tocante ao critério temporal adotado para a aquisição do direito. O artigo 146 da Consolidação das Leis do Trabalho, agora, apenas vem complementado, ampliando as situações fáticas juridicizadas para abranger outras hipóteses de cabimento antes não previstas. Tomar-se-á, então, a indicada fração de tempo de vigência do contrato de trabalho superior a 14 (quatorze) dias, sendo que a cada mês de serviço corresponderá uma proporção equivalente a 1/12 das férias, como diretriz para aplicação da regra convencional das férias proporcionais.

Embora assegurando o direito às férias proporcionais para contrato individual de trabalho com vigência inferior a 12 (doze) meses, em sentido diverso manifestou-se o Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região ao aplicar a Convenção 132 da OIT. Optou-se pelo acolhimento do prazo mínimo de 6 (seis) meses previsto no artigo 11 para efeitos de indenização compensatória, desconsiderando a regra inserta no artigo 146, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho; *in verbis*:

“FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONVENÇÃO 132 DA OIT. Ainda não editada lei estipulando o período mínimo de tempo de serviço para a obtenção do direito às férias

remuneradas anuais (artigo 5º, itens 1 e 2, da Convenção 132 da OIT), desde 06.10.99 (data em que internalizada a referida Convenção - Decreto n.º 3.197, de 05.10.99), o empregado faz jus a férias proporcionais, independentemente do tempo de serviço e do fator que deu causa à ruptura contratual (artigo 11) ... Quanto às férias proporcionais, não obstante o período contratual reconhecido ser inferior a doze meses, com o devido respeito ao entendimento esposado em primeiro grau (item 2.3 de fl.66), à época do despedimento já estava internalizada a Convenção 132 da OIT, o que ocorreu em 06.10.99, com a publicação no DOU do Decreto n.º 3.197, estando, portanto, assegurada a proporcionalidade das férias desde que o empregado tenha prestado serviços pelo prazo mínimo de seis meses. Acolho a insurgência e acresço à condenação férias proporcionais, atendido o regramento do artigo 11 da Convenção 132-OIT, fixando, para efeito de indenização compensatória, o período de quinze dias (atendido o limite recursal - fl. 78 e os artigos 128 e 460, do CPC).” TRT-PR-RO-6136/2001-PR-AC 00187/2002-Relator Juiz LUIZ EDUARDO GUNTHER - DJPr. TRT-25-01-2002.

Percorrendo o mesmo raciocínio, Edilton Meireles segue adiante sustentando, inclusive, que tanto o artigo 146 quanto o artigo 147³³ se encontram parcialmente revogados. Propugna, como alteração, que no artigo 146 deveria ser lido 6 (seis) onde está escrito 12 (doze) meses, suprimindo-se a expressão “desde que não haja sido demitido por justa causa”. Assim, o artigo 146 apresentaria a seguinte redação: “Na cessação do contrato de trabalho, após 6 (seis) meses de serviço, o empregado, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias,

³³ No mesmo sentido Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig. As férias proporcionais e a Convenção 132 da OIT, p. 6.

de acordo com o artigo 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a quatorze dias”.

No artigo 147 estaria revogada a expressão “*que for despedido sem justa causa*”, pelo que sua dicção seria: “*Ao término da relação de emprego, seja qual for a sua causa, inclusive cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço terá o empregado direito à remuneração relativa ao período incompletode férias*”.³⁴

Idêntica posição firmada é esposada por Claudia Salles Vilela Vianna e José Affonso Dallegrave Neto,³⁵ Luiz Eduardo Gunther, Cristina Maria Navarro Zornig³⁶ e Glauce de Oliveira Barros, para os quais com a nova regra prevista na Convenção, após 6 (seis) meses de “*serviço prestado o empregado terá adquirido o direito a férias proporcionais*”, sendo irrelevante a causa da cessação do contrato.

Afirma-se que a “*CLT deverá ser acrescida com mais um artigo no capítulo referente às férias proporcionais*”³⁷ e, enquanto não estipulado, desde a vigência da Convenção 132 da

³⁴ MEIRELES, Edilton. Férias e convenção n.º 132 da OIT, p. 31 e 32.

³⁵ Indicam Cláudia Salles Viela Vianna e José Affonso Dallegrave Neto que “o art. 4.º dispõe que, quando o empregado, no período aquisitivo de férias, não tiver trabalhado o período mínimo estipulado pela legislação (de até seis meses), este terá direito ao recebimento de férias proporcionalmente reduzidas”. Ocorre que o que resta previsto na norma convencional é, ao contrário, que se no curso de um ano determinado o período aquisitivo não tiver se completado, o empregado tem direito a férias de duração proporcionalmente reduzidas desde que sido observado o período mínimo previsto de até 6 (seis) meses ou outro conforme a legislação. DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Claudia Salles Vilela. Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática. São Paulo : LTr, 2001, p. 218.

³⁶ GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. As férias proporcionais e a Convenção 132 da OIT, p. 5.

Organização Internacional do Trabalho, “*todos os trabalhadores possuem direito às férias proporcionais*” na medida em que a nova regra “*determinará um período não superior a seis meses*”.³⁷

Indiscutível a aplicabilidade imediata da regra. No entanto, cumpre recordar que o legislador ordinário poderá alterar a norma ou revogá-la, pois se encontram tanto o Decreto de promulgação quanto a lei nova no mesmo patamar hierárquico e, exatamente dentro da posição já externada na doutrina em relação ao artigo 130-A, da CLT, bem como em face da tese acolhida pelo STF, a lei nova prevalecerá sem implicar sequer a denúncia do Tratado. Se a lei nova estabelecer um prazo superior a 6 (seis) meses, tanto o art. 5.2, da Convenção quanto o art. 146, da Consolidação das Leis do Trabalho estarão revogados.

Para além da discordância em relação ao prazo mínimo com as opiniões expendidas, convém salientar que ao contrário do proposto pelos autores, as férias são incorporadas ao patrimônio do empregado a partir de um critério temporal de vigência do contrato de trabalho e não de “tempo de serviço”.

3.4. De qualquer sorte, em caso algum poderá o período de férias integrais ser inferior a 3 (três) semanas de trabalho a cada ano de serviço, segundo previsão na Convenção 132, da Organização Internacional do Trabalho.

As férias dos empregados urbanos e rurais restam fixadas em 30 (trinta) dias corridos³⁸ e, portanto, em um padrão temporal

³⁷ BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT., p. 956 e 954.

³⁸ GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. As férias proporcionais e a Convenção 132 da OIT. *Jornal O Estado do Paraná. Direito e Justiça*. Curitiba, 28.10/01, p. 5

³⁹ Art. 130, inciso I, da Consolidação das Leis do Trabalho.

superior ao mínimo previsto. Note-se, igualmente, que os domésticos têm uma duração de férias estabelecida como sendo de 20 (vinte) dias úteis após 12 (doze) meses de trabalho prestado à mesma pessoa ou família,⁴⁰ e que, em sendo sábado dia útil, restaria em tese observado o prazo mínimo de 3 (três) semanas.

Porém, a norma especial que estava em desuso não mais se aplica. Se o Brasil não apresentou ressalvas em relação a categorias abrangidas, obriga-se indistintamente em relação a todos os empregados e, ademais, avisou ao proceder o depósito do instrumento de ratificação que aplicaria a regra do direito interno que garante 30 (trinta) dias de férias, pelo que é de se concordar com a posição de Homero Batista Mateus da Silva no sentido de que teria sido a regra diferenciada dos domésticos revogada.⁴¹

3.5. Mister ressaltar que a previsão legal de que no regime de tempo parcial a duração das férias prevista no artigo 130-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, varia em conformidade com o número de horas da jornada semanal, sendo de 18 dias (jornada superior a 22 até 25 horas), 16 dias (jornada superior a 20, até 22 horas), 14 dias (jornada superior a 15, até 20 horas), 12 dias (jornada superior a 10, até 15 horas), 10 dias (jornada superior a 5, até 10 horas) ou 8 dias (jornada igual ou inferior a 5 horas), é inconstitucional, porquanto prevê uma disciplina que viola o disposto no artigo 5.º, “caput”, da Constituição da República e, nestes termos, não gera efeitos jurídicos.⁴²

⁴⁰ Art. 3.º, Lei n.º 5.859/72. O Decreto n.o. 71.885/73, em seu artigo 2.º, estende o capítulo de férias previsto na Consolidação das Leis do Trabalho aos trabalhadores domésticos.

⁴¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. A discreta vigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas. Suplemento trabalhista LTr. São Paulo, an.37, n.111, p. 527.

⁴² Agasalhando tese oposta, ver SILVA, Homero Batista Mateus da. A discreta vigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas., p. 527.

Na Consolidação das Leis do Trabalho o número de dias de férias anuais remuneradas a todos os empregados também sofre variação segundo uma proporção fixada por número de ausências não justificadas, situação em princípio não colidente com a disciplina prevista na Convenção 132, da Organização Internacional do Trabalho.⁴³ Arnaldo Sússekind entende estar a escala prevista no artigo 130, que se refere a “dias corridos”, derrogada.⁴⁴

Urge seja mantido, em qualquer situação, o número mínimo de 3 (três) semanas de férias. Somente a previsão de 30 dias para até 5 faltas e, eventualmente, a de 24 dias para 6 a 14 dias de faltas, não colidem com a norma posterior. As hipóteses de 18 dias corridos para 15 a 23 faltas e 12 dias, se o número for de 24 a 32 faltas⁴⁵ nos contratos individuais de trabalho - artigo 130, incisos III e IV, da Consolidação das Leis do Trabalho - restam revogados por incompatibilidade.⁴⁶

3.6. Embora a Convenção tenha estabelecido outro período mínimo, equivalente a 3 (três) semanas, trata-se de um padrão, um critério, não colidente com a regra em vigor que resta mantida: a duração das férias integrais é a prevista na norma celetária que estabelece 30 dias corridos.⁴⁷

⁴³ Firmando idêntica posição, BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT, p. 956. Pela manutenção “plenária da ‘tabela’, ver SILVA, Homero Batista Mateus da. A discreta vigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas. Suplemento trabalhista LTr. São Paulo, an.37, n.111, p. 527.

⁴⁴SÜSSEKIND, Arnaldo. Alterações na legislação de férias, p. 9.

⁴⁵ Art. 130, da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁴⁶ No mesmo sentido, DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática, p. 221.

⁴⁷ BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT., p. 955.

No cálculo do número de dias de férias não serão computados por expressa disposição legal⁴⁸ os dias feriados oficiais ou costumeiros, bem como períodos de incapacidade para o trabalho, tal como doenças ou acidentes, acarretando o necessário prolongamento da sua duração de sorte a assegurar sempre a fruição dos 30 (trinta) dias estabelecidos na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 130, inciso I.

Em relação aos dias feriados, despidendo o critério de fixação da duração das férias pela legislação ou a sua expressão para sua aplicação; ou seja, deve ser observada a regra excludente dos feriados tanto para o cômputo em número de dias corridos, como para previsão em semanas. Aliás, seria desnecessária se as férias fossem fixadas em dias úteis.

Outrossim, a proibição da integração no cômputo das férias os dias feriados não está vinculada ao período mínimo de 3 (três) semanas de duração previstos na Convenção. Ora, duas e distintas são as regras na Convenção 132: uma prevê a duração mínima de 3 (três) semanas, padrão consentâneo com a duração legal aplicável de 30 (trinta) dias corridos e que, nestes termos, é mantida; outra, norma proibitiva, veda que no cômputo - qualquer que seja ele - das férias sejam incluídos os feriados. Não existe relação de alternatividade ou exclusão, ao contrário do que pretendem José Affonso Dallegrave Neto e Cláudia Salles Vilela Vianna, para quem *”somente haveria que se preocupar o empregador caso tenha o empregado direito reduzido de férias por ocasião de faltas injustificadas(vinte e quatro dias...), quando neste período não poderia existir mais que três dias feriados. Para empregados com direito a trinta dias de férias, somente haveria que se desconsiderar os feriados se estes somassem mais*

⁴⁸ Art. 6, 1.

*que nove dias no período de férias, o que inexistente no calendário nacional”.*⁴⁹

Se as férias forem gozadas no mês de janeiro, não iniciarão no dia 1.º, feriado oficial, mas no dia 2, retornando ao trabalho o empregado no dia 1.º de fevereiro. Caso o feriado recaia durante o mês de férias ou ao seu final, tal qual ocorreria no mês de abril, com feriado oficial no dia 21 de abril e outro em 1.º de maio, o empregado que iniciasse suas férias no dia 1.º de abril somente voltaria a trabalhar no dia 3 de maio.⁵⁰

Os períodos de incapacidade para o trabalho impedem o gozo das férias. Caso o empregado sofra um acidente ou venha a adoecer durante, ou antes do início do período de férias, de sorte que o impossibilite de usufruí-las, o período deve ser desconsiderado, projetando para o futuro o descanso, de modo a garantir em qualquer hipótese o direito ao “*repouso e diversão*” previsto na Convenção. Trata-se de suspensão do exercício do direito às férias.

Cumpra salientar que o lazer é um direito social constitucionalmente assegurado, sendo que as férias não estão

⁴⁹ É que para os autores, “*concedendo-se férias anuais remuneradas de trinta dias, ainda que se tenha, por exemplo, dois feriados neste período, e estes desconsiderados, ficará o empregado com período de vinte e oito dias, superior, ainda, ao mínimo determinado no art. 3.º, § 3.º, da Convenção n. 132*”. DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática, p. 219.

⁵⁰ No mesmo sentido, ver: SÜSSEKIND, Arnaldo. Alterações na legislação de férias, p. 9; BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT, p. 955; MEIRELES, Edilton. Férias e convenção n.º 132 da OIT, p. 31 e FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. A Convenção n.º 132 da OIT e seus reflexos nas férias. Revista de Direito Trabalhista, out.01, an.07, n.10, p. 23.

asseguradas por fundamentos de ordem biológica,⁵¹ tomado no sentido de fadiga física, mas ainda em decorrência de estresse ou fadiga mental e “*surmenage*”, isto é, fadiga psicológica, verdadeira “*sensação de debilidade, de indisposição para o trabalho*”, ou até de aversão ao trabalho.⁵² Salienta Wagner Giglio, em relação às férias, que é “*inadmissível atribuir-lhes fins de recomposição das energias físicas do assalariado*” e que “*as férias constituem mais completo dos repousos, pois possibilitam atender a todas as necessidades, inclusive as sociais e culturais, mas seu fundamento precípua é a integral satisfação de repouso mental, de ordem psicológica, completando, por essa forma, a finalidade dos descansos semanais e em feriados*”.⁵³

No mesmo trilhar Glauce de Oliveira Barros aduz que a alteração visa observar o objetivo das férias até o momento não considerado, que é oportunizar ao empregado “*higienizar a mente, restabelecer o sistema nervoso, enfim, recuperar-se biologicamente*”.⁵⁴

⁵¹ Muito embora Georgenor de Sousa Franco Filho identifique a proteção da saúde do trabalhador e a permissão de recuperação da energia física investida no trabalho como objetivo básico da Convenção 132 de Organização Internacional do Trabalho. Ver A Convenção n.º 132 da OIT e seus reflexos nas férias. Revista de Direito Trabalhista, out.01, an.07, n.10, p. 23.

⁵² GIGLIO, Wagner Drdla. Férias e descansos remunerados. 2.ed. Curitiba : Gênese, 1998.

⁵³ GIGLIO, Wagner Drdla. Férias e descansos remunerados, p. 11 e 119. Ver, ainda, por todos, DEJOURS, Christophe. A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho. 5.ed. São Paulo : Cortez, 1992.

⁵⁴ BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT., p. 955.

Aliás, idêntica regra vem adotada, por exemplo, em Portugal⁵⁵ ou na Venezuela⁵⁶. A legislação portuguesa estabelece que *“no caso de o trabalhador adoecer durante o período de férias, são as mesmas suspensas desde que a entidade empregadora seja do facto informada, prosseguindo, logo após a alta, o gozo dos dias de férias compreendidos ainda naquele período, cabendo à entidade empregadora, na falta de acordo, a marcação dos dias de férias não gozadas...”*⁵⁷

3.7. Quaisquer faltas para o trabalho por motivos independentes da vontade individual da pessoa empregada interessada, tais como doenças, acidente ou licença à gestante,⁵⁸ não poderão ser computadas como parte das férias remuneradas mínimas.⁵⁹

As hipóteses previstas no art. 133 nos incisos II, III e IV, a saber, interrupção do contrato por motivo por mais de 30 (trinta) dias em decorrência de concessão de licença, paralisação parcial ou total dos serviços da empresa ou afastamento em decorrência de acidente de trabalho ou doença por mais de 6 (seis) meses, foram revogadas por norma posterior (artigo 5. 4. da Convenção 132).

3.8. Em relação a dois aspectos está ausente a sintonia entre o dispositivo celetário inserto no art. 143, que faculta o “abono das férias”, e o disposto no art. 12, da Convenção 132, que

⁵⁵ Art. 4.º 5. Para efeitos de férias, a contagem dos dias úteis compreende os dias da semana de segunda a sexta-feira, com a exclusão dos feriados, não sendo como tal considerados o sábado e o domingo. Decretolei 874/76.

⁵⁶ Ley del trabajo. Art. 231. Nas férias não serão computados os períodos de incapacidade para o trabalho.

⁵⁷ Art. 12, 1. Decretolei 874/76.

⁵⁸ Norma aberta, meramente exemplificativa.

⁵⁹ Art. 5.4.

nulifica qualquer acordo relativo à renúncia ao gozo das férias mediante indenização ou qualquer outra forma.

Inicialmente no que se refere ao prazo mínimo de 3 (três) semanas de férias, já que com a “venda das férias” o trabalhador somente usufruiria 20 (vinte) dias. Se tal incompatibilidade poderia ser superada assegurando ao trabalhador o período mínimo de gozo de férias, ou seja, os 21 (vinte e um) dias correspondentes a 3 (três) semanas, previsto no art. 3, item 3, insuperável é o conflito entre os dispositivos em relação à natureza proibitiva da norma da Convenção 132.

Muito embora recebida a faculdade como um “direito potestativo” do trabalhador à conversão, em relação ao qual o empregador não pode se opor, desde que requerido no prazo previsto de até 15 (quinze) antes do término do período aquisitivo, se trata de uma liberdade de disposição sobre a forma de usufruir de um direito. A Convenção 132 reputa a conversão em dinheiro - indenização ou outra forma - nulo ou proibido. Por conseguinte, não mais prevalece a faculdade da conversão de 1/3 do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário.

Na verdade, como indicou Sérgio Pinto Martins, o abono de férias tinha como finalidade proporcionar recursos financeiros ao trabalhador para que pudesse gozar as suas férias.⁶⁰ Tal escopo vem hoje atingido pelo terço constitucional, retirando a razão de ser da conversão que, aliás, atualmente é vedada aos empregados contratados a tempo parcial.⁶¹

3.9. Necessário apontar que atualmente há necessidade de prévia consulta ao empregado quanto à ocasião em que as férias serão gozadas, caso não esteja previsto em regulamento de

⁶⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT, p. 191.

⁶¹ Art. 143, § 3.º, da CLT.

empresa, instrumento normativo da categoria ou sentença arbitral ou, ainda, conforme a prática nacional.

Abre-se uma via de democratização nas relações de trabalho, permitindo que seus interesses sejam considerados enquanto sujeito no negócio jurídico bilateral, ainda que se saiba que sem garantia de emprego os direitos assegurados perdem efetividade. Porém, até então eram os trabalhadores tratados como mero fator de produção.

Como assinalou Arnaldo Süssekind, *“o direito que se irradia com a conclusão do mencionado período aquisitivo é em favor do empregado. Este é o ‘titular do direito a férias’. Ao empregador cabe a ‘obrigação de conceder’ a licença remunerada dentro dos doze meses subseqüentes”*.⁶²

Mantida a iniciativa de determinação do início das férias ao empregador, deverão ser levados em consideração não somente os interesses do capital e da produção, senão inclusive os do trabalhador, manifestado nas possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada.

João Norberto Vargas Valério afirma que *“o poder potestativo do patrão, de fixar a seu talante o período de concessão das férias, segundo os seus interesses, a partir da recente norma, desapareceu, transmutando-se o poder, até perverso, segundo alguns, em ato negocial, o que atende ao Direito do Trabalho, e sua natureza contratual.”*⁶³

⁶² SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 221.

⁶³ VALÉRIO, João Norberto Vargas. Férias anuais remuneradas e a Convenção n.º 132 da OIT., p. 1055. No mesmo sentido, BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT., p. 955.

A ausência de consulta pelo empregador ao empregado acarretará a nulidade TOTAL das férias, pois concedido sem adequação à hipótese normativa. Pode-se aplicar idêntico tratamento deferido ao aviso prévio concedido pelo empregador sem a redução da jornada diária, sob pena de não se atingir a finalidade pretendida pelo legislador e não garantir alguma eficácia e aplicabilidade à regra inovadora.

Consultar é indagar sobre algo, procurar informar-se sobre algo; consultar o empregado é tomar conhecimento dos interesses em relação à data das suas férias. A Convenção 132 manteve a regra da iniciativa do empregado no artigo 10.1. Entretanto, não sendo fixada por regulamento, negociação coletiva, sentença arbitral ou segundo os critérios inferidos da legislação nacional, tal como as hipóteses de coincidência com as férias escolares para menores de 18 (dezoito) anos ou simultaneidade quando membros de uma família trabalharem para o mesmo empregador,⁶⁴ necessariamente deve o empregado se manifestar sobre as datas de seu interesse. Tal não significa que é o empregado que definirá a ocasião do gozo, mas que o empregador deve atender os seus interesses e, se indicada a data de preferência, há uma pressuposição/causalidade a ser averiguada para o não atendimento. Caso o empregador não comprove que o não atendimento decorreu de uma necessidade do trabalho, específica e concreta, as férias concedidas em desatendimento aos interesses do consultado são nulas.

Irany Ferrari pugna por uma aplicação *“sem o rigor do pagamento em dobro, porque punitivo e contrário ao bom senso e aos princípios de direito do trabalho na órbita internacional, agora como norma de direito do trabalho nacional”*.⁶⁵

⁶⁴ Artigo 136, §§ 1.º e 2.º, CLT.

⁶⁵ FERRARI, Irany. Férias não usufruídas no prazo legal - artigo 137, da CLT - (aplicação rígida para todos os empregados?), p. 114

Não é possível concordar com tal proposta em relação aos fundamentos apontados: *“porque punitivo e contrário ao bom senso”*. A dobra é sanção prevista para concessão das férias fora do período concessivo e a ineficácia do ato a sanção para o descumprimento das condições previstas nas regras jurídicas. Se a nulidade determinar que as férias não possam mais ser concedidas no prazo legal previsto para tanto, deverá necessariamente implicar a dobra; caso esteja dentro do período concessivo, serão as férias novamente concedidas após consulta, dentro do prazo legal, porém sem a dobra.

3.10. Quanto à remuneração que receberá nas férias o trabalhador, a disciplina da convenção em nada alterou as regras consolidadas, pois manteve o pagamento mínimo equivalente ao que teria direito se estivesse laborando - remuneração média ou normal, incluindo-se o salário em espécie, quer seja permanente ou não -, a serem pagas antes do início do gozo das férias.

3.11. O fracionamento das férias é possível e, salvo previsão distinta em acordo ou convenção coletiva, pelo menos um período deverá corresponder a 2 (duas) semanas de férias.

O princípio é o da integralidade das férias, ou seja, concessão em um único período. A Consolidação das Leis do Trabalho, entretanto, permite o fracionamento das férias, estabelecendo regras diferenciadas para as férias individuais e as coletivas em relação à causalidade e a duração de cada período.

Nas férias individuais somente será válido o fracionamento respaldado em situações *“excepcionais”*, a teor do disposto no artigo 134, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Faz-se mister ressaltar que embora não haja qualquer indicação legal do significado da expressão *“excepcional”*, somente pode ser reconhecida a possibilidade de fracionamento diante da

emergência de uma situação anormal, incomum, extraordinária, que envolva uma exceção, rechaçando a sua aceitação para acolher a mera manifestação volitiva não causal do empregador. A causa, que enseja o ato, é vinculante. Serão então dois os períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 (dez) dias.⁶⁶

Nas férias coletivas o fracionamento não está embasado em situação excepcional, mas depende de prévia comunicação à Delegacia Regional do Trabalho, enquanto órgão competente para fiscalização, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias e mediante cópia expedida aos sindicatos representativos da categoria, afixando-se ainda no local de trabalho um aviso. Serão 2 (dois) os períodos de pelo menos 10 (dez) dias corridos cada um.⁶⁷

A Convenção 132 mantém o princípio do não fracionamento das férias, acatando a divisão em dois períodos mediante autorização pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país e, salvo estipulação em contrário em acordo vinculativo ao empregador e empregado, uma das frações das férias deverá corresponder a pelo menos 2 (duas) semanas de férias, usufruídas obrigatoriamente no período concessivo de 12 (doze) meses. As normas celetárias restam mantidas em relação à previsão legal, eis que não há vedação na convenção para a divisão em períodos de férias. Ocorre que o período mínimo que era de 10 (dez) dias para as férias individuais, passa a ser de 2 (duas) semanas⁶⁸ e, nas férias coletivas, um deverá ser necessariamente de 2 (duas) semanas e o segundo igual ou superior a 10 (dez) dias corridos, sempre lembrando que os dias

⁶⁶ Art. 134, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁶⁷ Art. 139 e §§, da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁶⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. Alterações na legislação de férias, p. 9; FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. A Convenção n.º 132 da OIT e seus reflexos nas férias. Revista de Direito Trabalhista, out.01, an.07, n.10, p. 24.

feriados oficiais ou costumeiros não integram o cômputo das férias.

3.12. Ao estabelecer o fracionamento das férias, a Convenção 132 criou uma regra diferenciada para o período concessivo. Diante da divisão da fruição das férias em dois períodos, um deles, correspondente a no mínimo 2 (duas) semanas, deverá ser concedido dentro de 1 (um) ano do fim do período aquisitivo e o restante poderá ser gozado em um período mais longo, previsto como sendo no máximo correspondente a 18 (dezoito) meses da data do término do período aquisitivo.

Para Georgenor de Sousa Franco Filho a prevalência da regra que disciplina o período concessivo prevista na Consolidação das Leis do Trabalho sobre o critério novo da Convenção 132 é resultante do *favor laboris*, isto é, decorrência da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador.

Ora, se o período de 18 (dezoito) meses é o máximo, não há colisão com o período inferior instituído pela Consolidação das Leis do Trabalho,⁶⁹ mantendo-se então o período concessivo de 12 (doze) meses. Mister ressaltar a possibilidade aberta de estender o período se houver o consentimento do empregado interessado, respaldado em previsão inserida em instrumento normativo da categoria.⁷⁰

Entende Glauce de Oliveira Barros,⁷¹ entretanto, que o período de prolongamento por mais 6 (seis) meses é aplicável,

⁶⁹ Entendendo que o período concessivo é de dezoito meses, FERRARI, Irany. Férias não usufruídas no prazo legal - artigo 137, da CLT - (aplicação rígida para todos os empregados?). Suplemento LTr, São Paulo. an.37, n. 20, p. 114.

⁷⁰ Art. 9, 1, 2 e 3.

⁷¹ BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT., p. 955.

incidindo a dobra como sanção pecuniária ao empregador que concede a destempo as férias - ou as indeniza - somente após o fluir dos 18 (dezoito) meses previsto na Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho.

3.13. Segundo o que dispunha a Consolidação das Leis do Trabalho, o direito às férias era assegurado na hipótese de rescisão contratual, desde que a duração do contrato de trabalho fosse igual ou superior a 12 (doze) meses, salvo quando o empregado tivesse praticado ato faltoso (rescisão por justa causa)⁷² e, igualmente, se o prazo de duração não excedesse o período de 12 (doze) meses, nas situações em que o vínculo se extinguisse pela execução - contrato de trabalho a prazo determinado - ou rescisão sem justa causa.

Há diferença substancial de tratamento na Convenção 132 em relação às férias, no tocante ao modo de término da relação empregatícia. Todos os empregados, indistintamente, quer sejam urbanos, rurais ou domésticos, bem como os trabalhadores avulsos por força constitucional, têm direito às férias anuais remuneradas, integrais ou proporcionais, qualquer que seja a causa do rompimento do contrato individual do trabalho;⁷³ dispõe a Convenção, *in verbis*, que *“toda pessoa empregada que tenha completado o período mínimo de serviço que pode ser exigido de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5 da presente Convenção deverá ter direito, em caso de cessação da relação empregatícia...”*⁷⁴

⁷² Art. 146, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

⁷³ Os enunciados de súmula 171 e 261 do TST hoje dispõem contra disposição legal. Ver, neste sentido, GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. As férias proporcionais e a Convenção 132 da OIT, p. 5 e SILVA, Homero Batista Mateus da. A discretavigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas. Suplemento trabalhista LTr. São Paulo, an.37, n.111, p. 528.

⁷⁴ Art. 11, 1.

O tratamento é consentâneo com a incorporação das férias anuais remuneradas como um **direito social constitucionalmente garantido**, tanto no que se refere ao trabalho e os direitos que dele decorrem, como o próprio direito ao lazer.⁷⁵ Para alguns, como Irany Ferrari, seriam as férias direitos fundamentais por retratarem o direito à saúde e o próprio direito à vida do trabalhador.⁷⁶

Por conseguinte, não se podem validamente restringir pela legislação infraconstitucional os direitos sociais assegurados e incorporados ao patrimônio dos empregados mediante o exercício de seu trabalho. Ademais, a Consolidação das Leis do Trabalho tratava a perda do direito às férias anuais remuneradas como sanção aplicável na rescisão por justa causa ou como indevida penalidade acessória no pedido de demissão, situações estas incompatíveis com o reconhecimento de que são as férias, pela sua natureza, um direito indisponível.⁷⁷

Na hipótese prevista no artigo 147, da Consolidação das Leis do Trabalho, argumentar-se-ia que o empregado ainda não teria completado o período aquisitivo, pelo que não há ainda direito adquirido às férias anuais remuneradas, senão mera expectativa de direito. Trata-se de pura retórica. Não só há aquisição proporcional das férias na medida em que o trabalho vem sendo exercido, como para cada fração superior a 14

⁷⁵ Art. 6.º, Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 26, de 14.12.2000. “São direitos sociais ... o lazer, ...na forma desta Constituição”

⁷⁶ FERRARI, Irany. Férias não usufruídas no prazo legal - artigo 137, da CLT - (aplicação rígida para todos os empregados?). Suplemento LTr, São Paulo. an.37, n. 20, p. 113.

⁷⁷ Para Arnaldo Süssekind, não é “um prêmio a ser concedido ao empregado, e sim um direito cujo exercício é assegurado pelo Estado por meio de legislação de ordem pública. Trata-se, portanto, de direito irrenunciável...” Direito constitucional do trabalho, p. 221.

(quatorze) dias já havia previsão legal que asseguravam em algumas situações as férias proporcionais.

A posição vem sendo recepcionada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, em acórdãos proferidos pelo Juiz Luiz Eduardo Gunther, que reconhece a internalização da Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho ocorrida em 06.10.99, com a publicação do Decreto 3.197 no Diário Oficial da União; por todos:

FÉRIAS PROPORCIONAIS. PEDIDO DE DEMISSÃO DE CONTRATO COM MENOS DE DOZE MESES FORMULADO ANTERIORMENTE À CONVENÇÃO 132 DA OIT. O empregado que, antes de internalizada a Convenção 132 da OIT, tem a iniciativa da ruptura de contrato com menos de doze meses não faz jus a férias proporcionais (artigo 146 da CLT e Súmula 261 do C. TST).” TRT-PR-RO-6141/2001-PR-AC 31507/2001-Relator Juiz LUIZ EDUARDO GUNTHER - DJPr. TRT-23-11-2001.

3.14. Por fim, no caso de cessação do contrato de trabalho, o empregado optará por usufruir o seu período de férias ou a uma indenização correspondente. A possibilidade de obtenção de um crédito resulta inócua no sistema de relações de trabalho previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, porquanto as férias são concedidas com referência à vigência do contrato de trabalho.

Para Edilton Meireles não há opção, pois a nossa legislação não prevê o gozo de férias após cessada a relação de emprego; ocorre que tal situação poderia projetar o fim do pacto laboral, situação que acarretaria efeitos reflexos a partir da integração do período no cômputo de tempo de serviço.⁷⁸

⁷⁸ MEIRELES, Edilton. Férias e convenção n.º 132 da OIT, p. 32.

4. Por fim, convém ressaltar que, a par do critério objetivo de solução para o direito intertemporal, a incidência do critério subjetivo, ou seja, o que *“leva em conta a posição do sujeito frente à nova norma editada”*,⁷⁹ impõe o respeito aos direitos adquiridos.

A lei nova se aplica imediatamente aos contratos em vigência, resguardando os direitos já adquiridos. Afirma Estevão Mallet que se *“a lei que determina a duração das férias ou mesmo a respectiva remuneração é aquela vigente ao tempo em que se aperfeiçoou o direito ... não pode a lei nova, todavia, ampliar ou reduzir a duração das férias já adquiridas”*.⁸⁰ Todavia, no que tange às férias, é necessário distinguir o direito sem si considerado (requisitos para aquisição do direito) e as regras relativas ao seu exercício (forma, tempo e modo de exercício do direito).

Embora incorporado o direito ao patrimônio do empregado sob a égide da lei revogada, a sua concretização sob vigência da Convenção 132 deverá levar em conta o não cômputo dos dias feriados ou períodos de incapacidade parcial ou total para o trabalho decorrente de doença ou acidente, porquanto regulam a fruição. Idêntico tratamento foi adotado quando da promulgação da Constituição da República em outubro de 1988 em relação ao terço constitucional.

5. Para concluir, só o tempo dirá o que será da Convenção 132. Parafraseando François Ost ao terminar a introdução de sua

⁷⁹ MALLET, Estevão. Conflito de leis trabalhistas no tempo. In: Temas de direito do trabalho. São Paulo : LTr, 1998, p. 28.

⁸⁰ Respalhado em decisão do STF, por seu 2.^a Turma, no Recurso extraordinário 94.357-9-SP, Rel. Min. Djaci Falcão, ver MALLET, Estevão. Conflito de leis trabalhistas no tempo, p. 32.

obra *O tempo do direito*,⁸¹ só nos resta desejar a cooperação dos leitores para prosseguir no caminho, ora situados como cúmplices na construção da Convenção 132. Os textos legislativos, como escritos, são “*obra do tempo ... fazem-se com o tempo; a bem dizer, não os escrevemos*”.

Referências bibliográficas:

BARROS, Glauce de Oliveira. Alterações no capítulo IV da CLT - convenção n. 132 - OIT. Suplemento trabalhista LTr. São Paulo, an. 36, v.177, p. 953-6.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 2001.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; VIANNA, Claudia Salles Vilela. Rescisão do contrato de trabalho: doutrina e prática. São Paulo : LTr, 2001.

DEJOURS, Christophe. A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho. 5.ed. São Paulo : Cortez, 1992.

FERRARI, Irany. Férias não usufruídas no prazo legal - artigo 137, da CLT - (aplicação rígida para todos os empregados?). Suplemento LTr, São Paulo. an.37, n. 20, p. 113-4.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. A Convenção n.º 132 da OIT e seus reflexos nas férias. Revista de Direito Trabalhista, out.01, an.07, n.10, p. 22-25.

⁸¹ OST, François. O tempo do direito. Lisboa : Instituto Piaget, 2001, p. 21.

FRENCH, John. Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros. São Paulo : São Paulo : Perseu Abramo, 2001.

GIGLIO, Wagner Drdla. Férias e descansos remunerados. 2.ed. Curitiba : Gênese, 1998.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. As férias proporcionais e a Convenção 132 da OIT. *Jornal O Estado do Paraná. Direito e Justiça*. Curitiba, 28.10/01, p. 5.

MALLET, Estevão. Conflito de leis trabalhistas no tempo. In: *Temas de direito do trabalho*. São Paulo : LTr, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 2.ed. São Paulo : Atlas, 1999, p. 173.

MAZZONI, Giuliano. *Manuale di diritto del lavoro*. 6.ed. Milano : Giuffrè, 1998, v.1.

MEIRELES, Edilton. Férias e convenção n.º 132 da OIT. *Revista Consulex*. São Paulo, mar.00, an.4, n.39, p. 30-32.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa : Instituto Piaget, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

SILVA, Homero Batista Mateus da. A discretavigência da convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas. *Suplemento trabalhista LTr*. São Paulo, an.37, n.111, p. 525-533.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo : LTr, 1994.

_____. *Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília, an.17, n. 800, p. 9.

_____. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

VALÉRIO, João Norberto Vargas. *Férias anuais remuneradas e a convenção n. 132 da OIT*. Revista LTr. São Paulo, an.65, v,9, p. 1051-5.