

“O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

“O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno” (Rel. Min. Celso de Mello. DJU 08.08.2001).

Portanto, a partir da publicação do Decreto nº 3.197, de 05.10.99 (DJU 06.10.99), a vigência da Convenção nº 132 da OIT, entre nós, não comporta mais discussões. Também não há razão para dúvidas acerca de sua eficácia ou executoriedade. A remissão, no art. 1, aos acordos coletivos, sentenças arbitrais, decisões judiciais etc. diz respeito apenas às questões que não foram reguladas suficientemente no próprio texto da norma internacional ou aos aspectos em que esta admita variações. Por outro lado, o texto da norma da OIT é expresso em determinar que suas disposições, à falta de outros instrumentos, deverão ser aplicadas através da legislação nacional. Assim, por já termos norma interna disciplinando a matéria, não haveria razões para condicionar a aplicação da Convenção à edição de nova lei. Pelo princípio da continuidade das leis, a disciplina contida na CLT, no que não for incompatível com as disposições da Convenção da OIT, continua em pleno vigor.

Dadas as limitações do presente artigo, não é nossa intenção esgotar o estudo das implicações da Convenção 132 sobre o instituto das férias. A abordagem, aqui, restringe-se aos aspectos relativos à duração, efeitos da extinção do contrato, ausências derogatórias, período concessivo e fracionamento do período de férias.

#### **b) Da duração das férias**

Estabelece a Convenção 132 que toda pessoa à qual se aplica terá direito a um período de férias anuais remuneradas (art. 3, par.1), cuja duração mínima não poderá ser inferior a três semanas por ano de serviço (art. 3, par. 3), o que não caracteriza nenhuma novidade, por se tratar de direito que já se encontra na CLT, até com maior amplitude.

Além disso, o artigo 6 determina que os feriados e

## AS FÉRIAS E A CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT

ARI PEDRO LORENZETTI<sup>1</sup>

“Mudar a lei é apenas um aspecto de uma mudança. A pior tarefa, a mais difícil, é convencer os intérpretes de que alterações aconteceram. O intérprete é levado a pensar a lei nova com antigos conceitos. A adaptação que se procura é a da lei nova a esses velhos preceitos, enquanto o que deveria acontecer é a aceitação dos novos paradigmas apresentados pela lei nova e, com base neles, serem repensadas as antigas posições, adaptando-as ou mesmo alterando-as, se necessário” (MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. “A desconsideração da personalidade jurídica com a pessoa jurídica de direito público”. In: *Revista LTr*, v. 64, n. 4, abr. 2000. p. 469).

### **a) Introdução**

No julgamento da ADIN 1.480-DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

1. Juiz do Trabalho Substituto do TRT 18ª Região.

períodos de incapacidade para o trabalho, estes segundo as condições dispostas pelas autoridades locais, não poderão ser computados como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas previstas no parágrafo 3 do artigo 3. Segundo alguns intérpretes, o fato de a CLT haver estabelecido um período mínimo de férias superior a três semanas, não excluiria a aplicação do disposto no parágrafo 1 do artigo 6 da Convenção 132 da OIT.

De nossa parte, porém, não entendemos assim, a não ser em relação ao trabalhador doméstico, se é que persiste o prazo previsto no art. 3º da Lei nº 5.859/72. O juiz Homero Batista Mateus da Silva, por exemplo, sustenta que o tratamento diferenciado em relação ao empregado doméstico não mais persiste, uma vez que o Brasil não o ressalvou no Instrumento de Depósito de Ratificação da Convenção Internacional, tendo avisado à OIT que haverá sempre 30 dias de férias (SILVA, Homero Batista Mateus da. "A discreta vigência da Convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas". In: *Revista da Amatra II*, ago. 2000. p. 6). Caso se entenda que prevalecem as regras inscritas na Lei nº 5.859/72, no particular, a Convenção 132, não trará qualquer novidade.

O Decreto-lei nº 1.535, de 13.04.77, introduziu na CLT alterações profundas no que tange à disciplina das férias anuais remuneradas. Antes daquele diploma, a duração e contagem do período de férias seguia um único padrão, ou seja, todo trabalhador tinha direito a um período máximo de 20 dias úteis de férias. A partir do Decreto-lei nº 1.535/77, a contagem das férias, para os trabalhadores urbanos e rurais, passou a observar o sistema de dias corridos, ampliando-se sua duração normal para 30 dias. A mudança de sistema destinou-se justamente a evitar os inconvenientes resultantes da exclusão dos dias não-úteis, o que implicava um tratamento desigual entre os trabalhadores, além de ser fonte interminável de controvérsias. Assim, não implicando o sistema da CLT a inobservância do período mínimo previsto na Convenção 132, deve aquele ser mantido, pois, além de prever uma regra isonômica, facilita a organização empresarial e a harmonia nas relações laborais, eliminando divergências desnecessárias. Não vemos, assim, motivos, para voltar ao sistema antigo (anterior ao Decreto-lei nº 1.535/77), sendo que o atual revelou-se muito superior, em todos os aspectos.

Na verdade, sob certo ângulo, os termos do artigo 6 da Convenção 132 muito se assemelham ao disposto no art. 131 da CLT. Assim, os feriados usufruídos durante o ano não podem ser deduzidos da duração das férias, como se fossem uma antecipação delas. Consoante o critério adotado pela Convenção 132, a duração das férias baseia-se em determinado número de dias úteis não trabalhados (como ocorria entre nós antes do Decreto-lei nº 1.535/77). Por conseguinte, só podem ser considerados como sendo de férias os dias em que o empregado deveria ter trabalhado, mas não o fez, dentro do período definido para o descanso anual. Os dias nos quais, mesmo que não estivesse de férias, não iria

trabalhar não são computados.

O sistema atual da CLT, baseado em dias corridos, adota critério de contagem diverso, mais objetivo, e, conforme já afirmado, sem afrontar o limite mínimo de descanso fixado no artigo 3, parágrafo 3, da Convenção. Apenas para dar uma amostra da vantagem do sistema da CLT, vejamos algumas questões práticas. Deveriam ser excluídos do período de férias, pelo sistema da Convenção, os dias que, apesar de não serem feriados, não foram trabalhados na empresa? A rigor, a resposta seria sim, uma vez que, se não estivesse de férias, o trabalhador não deveria ter trabalhado naquele dia. E se apenas metade dos obreiros que exercem a mesma função do empregado que está de férias trabalharam? Ainda que a jurisprudência pudesse criar um critério para responder a tais indagações, não se fugiria aos problemas da prova da existência ou não de trabalho e de quem trabalhou e quem não em determinado dia, feriado oficial ou não. Por outro lado, como ficariam os trabalhadores que trabalham sob regime de escalas? Quais dias deveriam ser excluídos?

Note-se, pois, que o atual sistema da CLT representa um aperfeiçoamento do que consta da Convenção. A sistemática da Convenção 132, como querem aplicá-la alguns, representaria um retrocesso, uma vez que estaríamos voltando ao regime originário da CLT. Cronologicamente, inclusive, o sistema atual da CLT foi idealizado depois da aprovação da Convenção, uma vez que esta é de 1970 e o nosso sistema foi instituído em 1977.

Para concluir essa questão, um argumento de interpretação sistemática: quisesse a Convenção 132 excluir da contagem das férias, qualquer que fosse sua duração, os feriados intercorrentes, ao tratar da matéria (artigo 6, par. 1) teria feito referência ao parágrafo 1 do artigo 3, e não ao parágrafo 3 do mesmo artigo, como consta do texto. Aliás, bastava apenas tratar da exclusão dos feriados, em qualquer situação, sem remeter expressamente ao parágrafo 3 do artigo 3, ou a qualquer outro dispositivo. Se o fez, foi para limitar as hipóteses de exclusão. Assim, prevendo a CLT um período de férias superior ao mínimo exigido pela Convenção, computado em dias corridos, não há que se falar em exclusão dos feriados intercorrentes. Do contrário, estaríamos fracionando as normas, numa clara aplicação do princípio da acumulação, rejeitado pela doutrina e jurisprudência, uma vez que os sistemas das duas normas (CLT e Convenção 132) são distintos. Quanto aos demais feriados usufruídos no decorrer do ano, conforme já dito acima, a Convenção não traz novidade, vez que não difere, basicamente, do que consta do art. 131 da CLT.

A Convenção 132, entretanto, vai mais longe. Só considera que sejam de férias os períodos em que o trabalhador esteja em condições de desfrutá-las. Assim, se estiver incapacitado para o trabalho, o respectivo período não poderá ser considerado como de férias (art. 5, par. 4, e art. 6, par. 2). Embora tal disposição deva ser disciplinado pela legislação interna de cada país, entre

nós, acarreta pelo menos uma consequência: derroga, por incompatibilidade, o disposto no art. 133, IV, da CLT. Com efeito, se os períodos de incapacidade para o trabalho por motivo de acidentes ou doença não podem ser computados como se férias fossem, também não se pode admitir que o recebimento de benefício previdenciário por motivo de doença ou acidente se constitua em evento derogatório do direito às férias. No máximo, se poderia considerar que o período de afastamento que excede a seis meses, ainda que descontínuos, não geraria efeitos para aquisição do direito às férias, aplicando-se, a partir de então, o disposto no art. 133, § 2º, da CLT. Todavia, relativamente aos primeiros seis meses de incapacidade para o trabalho, remunerados pela Previdência Social, bem como em relação à parcela do período aquisitivo em que houve trabalho, deve o empregado fazer jus às férias proporcionais. Já está mais do que na hora, pois, de corrigir o equívoco da CLT, uma vez que “é profundamente injusto equiparar o leito do enfermo à rede do ocioso” (PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 400). É evidente que, se não houve labor em tempo algum, durante o período aquisitivo, não há razão para se reconhecer ao trabalhador o direito a férias, ainda que proporcionais. Todavia, se houve prestação de trabalho, em relação a esse tempo, bem como relativamente aos seis primeiros meses de afastamento por conta do INSS, dentro do mesmo período aquisitivo, deverá ser garantido ao empregado o direito às férias. Ultrapassado esse limite, conforme já assinalado, aplica-se o disposto no art. 133, § 2º, da CLT.

No que se refere às férias dos trabalhadores a tempo parcial, a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001, revela-se totalmente ilógica e discriminatória, não havendo razão para se adotar como critério para a extensão das férias a quantidade de horas trabalhadas na semana. Afinal, quem trabalha em tal sistema normalmente tem outros empregos nas mesmas condições, ou poderia tê-los. Neste caso, mesmo ativando-se por até mais do que 44 horas semanais (somado o tempo de dedicação aos diversos empregos), sem receber horas extras, o trabalhador teria direito a menos dias de férias do que os demais empregados, que trabalham talvez até menos que o teto legal, mas apenas para um empregador. O que deve ser proporcional é o pagamento, não o número de dias de descanso. Assim, se quem trabalha 44 horas semanais deverá usufruir 30 dias de férias e receber o pagamento correspondente a 220 horas, quem, por exemplo, trabalha 22 horas semanais deverá desfrutar os mesmos trinta dias, mas receber o equivalente 110 horas, e não desfrutar de apenas 16 dias de férias, o que lhe renderia uma remuneração correspondente a 58,66 horas. Verifica-se, assim, que o art. 130-A da CLT, guardadas as proporções, fere o princípio da isonomia, sendo, por isso, eivado de inconstitucionalidade. Diante disso, não há, mesmo, razão para tentar adequá-lo à Convenção da OIT, posto que padece de vício de base.

### **c) Concessão das férias**

Embora o art. 9 da Convenção 132 possibilite a ampliação do prazo concessivo, prevalece o período previsto na CLT, por ser mais benéfico ao trabalhador. Com efeito, nos termos do art. 19, par. 8, da Constituição da OIT, as disposições previstas nas Convenções não derogam as normas estabelecidas em leis internas, sentenças, costumes ou acordos, no que estes forem mais favoráveis ao trabalhador. Todavia, admitida a ampliação, se adotada via da negociação coletiva, não se poderá negar-lhe validade.

Com relação à época da concessão, a Convenção 132 não altera a regra básica da CLT (art. 136, *caput*), de que cabe ao empregador defini-la, estando sujeito apenas à observância do período concessivo. O que a norma internacional prevê é que seja ouvido o trabalhador, para, dentro do possível, também atender ao seu interesse na fixação da época das férias. Harmoniza-se perfeitamente com esse fim o disposto nos parágrafos do art. 136 da CLT, que continuam em plena vigência. Assim, para impedir que os membros da mesma família desfrutem de férias no mesmo período, caso o desejarem, deverá o empregador justificar seu ato. Já em relação aos estudantes, não poderá negar-lhes o direito de coincidir as férias do trabalho com as escolares. Atende, assim, a CLT, no caso, à previsão da Convenção 132, quando esta dispõe que a fixação da época das férias deverá levar em conta, além das necessidades do trabalho, “as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada” (art. 10, par. 2).

No que diz respeito ao fracionamento, as regras da CLT também continuam válidas, (Conv. art. 8, par. 1). É certo que a Convenção 132 exige que uma das frações corresponda a, pelo menos, duas semanas de férias, ao passo que a CLT estipula o limite mínimo em dez dias corridos (art. 134, § 1º, *parte final*). Todavia, a norma internacional admite a flexibilização dessa regra, embora mediante norma coletiva. Contudo, se aceita a fixação de parâmetros diversos através de negociação coletiva, não há razão para não ser também admitida a prevista em lei, norma hierarquicamente superior.

### **d) Efeitos da cessação do contrato**

O Decreto-lei nº 1.535/77 não modificou as regras relativas aos efeitos da cessação do contrato sobre o direito de férias, mantendo a disciplina que constava originariamente da CLT. O tratamento dispensado pela CLT às férias proporcionais é fator de muitas injustiças, ora em favor do empregador, ora do empregado, uma vez que um deles sempre leva vantagem, já que a lei não estabelece um critério simétrico nem isonômico.

Com efeito, se a rescisão do contrato de trabalho por culpa do empregador (despedida indireta) gera, para o empregado, o direito ao aviso prévio indenizado, quando for este quem provoca a sua dispensa - mediante a prática de falta grave - dever-se-ia aplicar-lhe igual tratamento,

vale dizer, deveria indenizar o aviso prévio não concedido. Já os direitos adquiridos ao longo do contrato deveriam permanecer íntegros. Afinal, exceto em relação ao jogador de futebol, não se admite a multa pecuniária como punição ao trabalhador.

Todavia, o que fez o legislador pátrio? Se o empregador comete falta grave e o empregado invoca a rescisão indireta, aquele deve pagar ao obreiro o aviso prévio indenizado, além do 13º salário e férias proporcionais, o que está rigorosamente correto. Entretanto, se a falta grave é praticada pelo empregado, levando o empregador a despedi-lo por justa causa, o patrão não tem direito de exigir o aviso prévio indenizado, mas, em compensação, fica com os salários trezenos e as férias proporcionais do empregado. Fácil constatar a injustiça de tal sistema, uma vez que, sem qualquer justificativa plausível, trata de forma desigual os contratantes. Além disso, estimula a indústria da dispensa por justa causa.

Pela Convenção 132, o sistema engendrado pela CLT não pode mais prevalecer, pelo menos em relação às férias proporcionais. Conforme o artigo 11 daquela norma, “toda pessoa empregada”, que tenha completado um período mínimo para fazer jus às férias, tem direito de recebê-las na cessação do contrato. Ora, se esse é um direito de “todo empregado”, não podem ser excluídos os dispensados por justa causa. Prevendo a Convenção tal direito sem qualquer restrição, não se poderia interpretá-la a partir do sistema da CLT, dado que, pela nova ordem, não se faz qualquer distinção ou vinculação entre a forma de rescisão contratual e o direito às férias proporcionais. E onde a lei não discrimina, não cabe ao intérprete criar distinções.

Mas qual é o período mínimo para fazer jus às férias? O artigo 5, parágrafo 2, da Convenção remete à autoridade competente de cada país a fixação da duração mínima de tal período, que, não poderá ser superior a seis meses. Indaga-se, então: teria o legislador estabelecido outro limite?

A resposta é sim, mas enganam-se aqueles que imaginam que esse tempo mínimo seja o estabelecido na primeira parte do parágrafo único do art. 146 da CLT. Por conseqüência, também não nos parece acertado sustentar que o período mínimo, entre nós, deva ser o previsto no parágrafo 2 do artigo 5 da Convenção 132.

Não esqueçamos que os dispositivos de que ora nos ocupamos se referem às férias proporcionais, já que remetem expressamente ao artigo 5, parágrafo 1. Assim, qual é o período mínimo para fazer jus às férias proporcionais, entre nós? Obviamente que é um mês de serviço ou fração superior a 14 dias (CLT, art. 146, parágrafo único, parte final). Os termos do art. 147 da CLT confirmam que esse é o prazo mínimo para fazer jus a férias proporcionais, perante o direito pátrio, ressalvando que tais regras somente se aplicam para efeitos rescisórios.

Destarte, a partir da vigência da Convenção 132 da OIT, independentemente da causa da rescisão contratual ou do tempo de serviço do empregado, desde que superior a 14 dias, fará ele jus às férias proporcionais adquiridas. Afinal, conforme acentuou José Augusto Rodrigues Pinto, as férias devem ser associadas com o trabalho havido e o conseqüente desgaste orgânico do trabalhador, e não com a causa de extinção do contrato (PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.*, p. 401).

#### **e) Conclusões**

Diante do acima exposto, podem-se assentar as seguintes conclusões:

a) A Convenção 132 da OIT encontra-se em plena vigência entre nós, desde a publicação do Decreto nº 3.197, de 05.10.99 (DJU 06.10.99).

b) Os feriados intercorrentes não alteram a duração das férias, exceto em relação aos domésticos (Lei nº 5.859/72, art. 3º), prevalecendo, para os demais empregados, os prazos e forma de contagem previstos no art. 130 da CLT, mesmo após a vigência da Convenção 132 da OIT entre nós.

c) Os períodos de afastamento, por motivo de doença ou acidente, mesmo que superiores a seis meses (CLT, art. 133, IV), não mais podem ser considerados como ausências derogatórias das férias (proporcionais) relativas àquele período, já adquiridas. O máximo que se pode admitir é que, a partir dos seis meses, ainda que descontínuos, o afastamento por aqueles motivos, deixe de gerar direito a novas frações de férias proporcionais, sem prejuízo, porém, das já adquiridas, aplicando-se, a partir de então, o disposto no § 2º do art. 133 da CLT. Se durante o que seria o período aquisitivo não tiver havido labor algum, o empregado não terá direito a férias, nem mesmo proporcionais.

d) A disciplina das férias introduzida pelo art. 130-A da CLT, além de contrariar a Convenção 132, é francamente inconstitucional, por criar regras discriminatórias, sem justificativa plausível.

e) As regras da CLT acerca da época e período concessivo continuam em plena vigência, por serem mais favoráveis ao trabalhador, facultada, porém, a flexibilização, nos limites permitidos pela Convenção 132, mediante negociação coletiva. Também continuam válidas as previsões acerca do fracionamento, pois a própria Convenção admite flexibilização das regras a respeito dessa questão.

f) Para que o empregado faça jus às férias proporcionais, ao término do contrato de trabalho, basta que a duração deste tenha sido superior a 14 dias, não mais se admitindo a perda daquele direito em razão da causa ou modalidade de cessação do vínculo.

É certo que não faltarão aqueles que, por interesse ou comodismo, sustentarão que tudo não passou de

superposição de normas, e que tudo continua como está. Todavia, o tempo mostrará que a melhor interpretação não consiste em tentar enquadrar os novos paradigmas aos velhos esquemas. Os instrumentos estão aí, mas cabe ao intérprete dar a sua contribuição, sem a qual o Direito não evolui.