® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

A Convenção nº 132 da OIT e a revogação dos artigos da CLT referentes às férias

Luiz Arthur de Moura*

1.O DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO; A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DA OIT, SUA INTEGRAÇÃO E OS CONFLITOS COM DIREITO BRASILEIRO.

O Direito Internacional do Trabalho é o capítulo do Direito Internacional Público que trata da proteção ao trabalhador, não pertencendo, portando, ao Direito do Trabalho, no entanto as normas internacionais sobre Direito do Trabalho são de grande relevância para o nosso estudo, principalmente as normas emanadas da ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, a OIT.

Na lição do mestre ARNALDO SÜSSEKIND (1) as normas do Direito Internacional do Trabalho (DIT) têm a finalidade de:

"a) universalizar os princípios de justiça e, na medida do possível, uniformizar as correspondentes normas;

b) estudar as questões conexas, das quais depende a consecução desses ideais;

c) incrementar a cooperação internacional visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e à harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social."

A importância do Direito Internacional do Trabalho e das normas elaboradas pela OIT aumenta na medida em que o fenômeno da globalização incide sobre as relações trabalhistas, ainda mais diante da integração econômica que ocorre nos continentes, tornando necessário uniformizar as legislações trabalhistas para se adequarem aos interesses da UNIÃO EUROPÉIA, do MERCOSUL, da ALCA, da NAFTA, e ninguém melhor do que a OIT para orientar estas mudanças estabelecendo regras que possam impedir que a globalização e os avanços tecnológicos retirem a proteção do Direito do Trabalho.

A OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO foi criada pelo TRATADO DE VERSALHES de 1919, ela é composta de três órgãos: a Conferência ou Assembléia Geral, o Conselho de Administração - CA, e a Repartição Internacional do Trabalho – RIT.

A Conferência ou Assembléia Geral é órgão de deliberação da OIT composto pelos Estados-membros, representantes dos trabalhadores e dos empregadores. Todos os países membros da ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS automaticamente são países membros da OIT.

O Conselho de Administração exerce função executiva administrando a OIT, ele possui composição tripartite, tal qual a Conferência.

A Repartição Internacional do Trabalho secretaria a OIT, documentando e divulgando suas atividades, publicando as convenções e recomendações e editando a Revista Internacional do Trabalho, ela é dirigida por um Diretor-Geral nomeado pelo Conselho de Administração.

O protocolo é a forma de negociar um acordo entre os membros da OIT aprovando as convenções ou as recomendações.

A ratificação é a forma de dar validade ao tratado internacional, demonstrando a concordância do Estado-membro com o tratado.

As convenções internacionais da OIT são tratados multilaterais abertos de caráter normativo; multilaterais porque podem ter um número irrestrito de partes; abertos, porque a ratificação pode ocorrer sem limitação de prazo, pelos Estados-membros da OIT e de caráter normativo porque as suas normas visam a incorporação ao direito interno dos países que manifestaram adesão à convenção internacional.

Quando o tema, ou um dos assuntos tratados pela Conferência Internacional do Trabalho não permitir a adoção imediata de uma convenção, será adotada a forma de recomendação que tem como objetivo sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes do Direito do Trabalho dos Estados-membros.

A vigência da convenção internacional da OIT ocorre doze meses após o registro de duas ratificações por Estados-membros na Repartição Internacional do Trabalho.

Após a aprovação pela Conferência Internacional do Trabalho o Estado-membro tem dezoito meses para submetê-la ao órgão nacional competente, no caso do Brasil este órgão é o Congresso Nacional, conforme se observa no art. 49, inciso I, da Constituição da República, in verbis:

"Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I –resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;"

A ratificação feita pelos Estados-membros tem validade decenal, devendo ser renovada se for do interesse do Estado-membro.

Muitas vezes não há a adesão necessária dos Estados-membros para a aprovação de uma convenção internacional, sendo aprovada apenas uma recomendação, a qual não obriga os Estados-membros.

Quando o Estado-membro não tem interesse em continuar aplicando a norma internacional ele deve apresentar a sua denúncia perante a OIT.

A modificação da norma internacional adaptando-a à realidade econômica é feita através da revisão.

Para se exigir o cumprimento da norma internacional por um dos Estados-membros, deve ser apresentada reclamação perante o Conselho de Administração.

A queixa dá início ao processo instaurado contra o Estado-membro que não adotar as medidas necessárias ao cumprimento de uma convenção internacional ratificada.

A convenção internacional aprovada pela OIT poderá atritar-se com a legislação nacional e até mesmo com a Norma Ápice. O conflito decorre da adoção das teorias monista ou dualista, não há unanimidade sobre qual teoria deva prevalecer no Brasil.

O jurista LUÍS ROBERTO BARROSO (2) escreve:

"O tema do conflito entre as normas internacionais e a ordem interna evoca duas grandes correntes doutrinárias que disputam o melhor equacionamento da questão: o dualismo, pregado no âmbito internacional por Triepel e Anzilotti, e seguido no Brasil por Amílcar de Castro; e o monismo, concepção desenvolvida por Hans Kelsen, e seguido no Brasil pela maior parte da doutrina, inclusive Valladão, Tenório, Celso Albuquerque Mello e Marotta Rangel.

Para os dualistas, inexiste conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas, que não se tocam. Assim, as normas de direito internacional disciplinam as relações entre Estados e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional.

De sua parte, o direito interno rege as relações infra-estatais, sem qualquer conexão com elementos externos. Nesta ordem de idéias, um ato internacional qualquer, como um tratado normativo, somente operará efeitos no âmbito interno de um Estado se uma lei vier incorporá-lo ao ordenamento jurídico positivo (...).

O monismo jurídico afirma, com melhor razão, que o direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a existência de normas que coordenam esses dois domínios e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito.

(...)

No Brasil não existe disposição constitucional a respeito do tema, o que tem suscitado críticas diversas. Não obstante, no que diz respeito ao conflito entre tratado internacional e norma interna infraconstitucional, a doutrina, como assinalamos pouco atrás, é amplamente majoritária no sentido do monismo jurídico, com primazia para o direito internacional" (grifamos).

Apesar desse posicionamento doutrinário LUÍS ROBERTO BARROSO (3) prossegue em sua tese de livre docência à UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO demonstrando que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL vem adotando posicionamento diverso daquele pregado pela doutrina, citando o RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 80.004, que tem a seguinte ementa:

"Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do

Decreto-lei nº 427/69 que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título" (grifamos).

E continua:

"Decisões posteriores da Suprema Corte mantiveram a mesma linha de entendimento, consoante fundamentação do Ministro e internacionalista José Francisco Rezek:

´O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo país de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio´.

A verdade é que, em exame detido da jurisprudência, Jacob Dolinger constatou que a leitura que a maioria dos autores fazia das decisões do Supremo Tribunal Federal era antes reflexo de sua própria crença no primado do direito internacional do que expressão da realidade dos julgados. Ao contrário do sugerido, a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.

(...)

Assim como no direito interno uma norma sujeita-se ao contraste constitucional tanto do ponto de vista formal quanto do material, também os tratados internacionais submetem-se a essa dupla apreciação. Por via de conseqüência, é possível avaliá-los sob dois aspectos: o de sua constitucionalidade extrínseca e o de sua constitucionalidade intrínseca" (grifamos).

Se o conflito entre a norma internacional não ocorre com a legislação infraconstitucional, mas sim com a Constituição da República, o problema é de mais

fácil solução, aplicando-se a teoria da supremacia da Constituição sobre o tratado ou convenção internacional com ela conflitante.

Neste sentido destacam-se os posicionamentos dos juristas OSCAR TENÓRIO e JOSÉ FRANCISCO REZEK (4):

"A decretação da inconstitucionalidade dos tratados pelo Supremo Tribunal Federal não se limita aos elementos de validade, como a ratificação e a promulgação, mas se estende ao confronto entre a letra do tratado e a letra da Constituição. Uma nova Constituição cria uma nova ordem jurídica. Subsistem apenas as normas pretéritas não incompatíveis com ela. Assim, os tratados anteriores a ela perdem sua eficácia desde que contrários à Constituição" (grifamos).

"A Constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesmo, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da Constituição em confronto com a norma pacta sunt servanda, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder".

Para encerrar este assunto apaixonante, finalizamos a questão com as conclusões apresentadas por LUÍS ROBERTO BARROSO (5):

"Em síntese apertada de tudo que se vem a expor, é possível assentar que, no conflito de fontes interna e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que:

A) Os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexiste entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade

internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia.

B) O tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontra em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível."

Analisando os conflitos entre as convenções internacionais e o direito pátrio, destacam os seguintes acórdãos:

"Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...).

Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política" (RT, 121:270, 1987, RE 109.173-SP, Rel. Min. Carlos Madeira).

"Proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Convenção nº 158 da OIT. Denúncia.

O disposto no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal exige, para sua plena eficácia, a edição de lei complementar, status a que certamente não correspondia o infraconstitucional Decreto nº 1855, pelo qual a Convenção nº 158 da OIT foi promulgada, após ter sido aprovado pelo Congresso Nacional, mediante o Decreto Legislativo nº 68/92. Não obstante, após ter alimentado debates e controvérsias, a questão veio finalmente a se exaurir na conversão das expectativas de direitos ocasionada pela denúncia da citada, convenção, registrada em 20 de novembro de 1996, em nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, e

publicada no país por meio do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996" (TRT 2ª R. RO. 0298032282 8ª T. Ac. 02990292530 Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva – DOE 06.07.99, p. 51, in RNDT, vol. 17, pp. 193 e 194).

2.A CONVENÇÃO 132 DA OIT.

A CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT foi aprovada na 54ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1970), entrou em vigor no plano internacional em 30 de junho de 1973.

O Congresso Nacional brasileiro aprovou esta convenção pelo Decreto Legislativo nº 47, de 23 de setembro de 1981 (DOU de 29.9.81).

O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação da referida Convenção em 23 de setembro de 1998, passando a mesma a vigorar no Brasil, segundo alguns, em 23 de setembro de 1999.

A promulgação ocorreu através do Decreto nº 3.197, de 5 de outubro de 1999, publicada no DOU de 6 de outubro de 1999 que determinou:

"Artigo 1º - A Convenção nº 132 da OIT, sobre Férias Anuais Remuneradas (revista em 1970), concluída em Genebra, em 24.6.70, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Artigo 2º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação."

2.1. VIGÊNCIA.

O primeiro ponto a ser enfrentado é quanto à vigência da Convenção nº 132 da OIT no Brasil, alguns doutrinadores sustentam que os tratados internacionais sobre direitos fundamentais independem de decreto de promulgação, em virtude do que dispõe o § 1º, do art. 5º da Constituição da República, in verbis:

"Art. 5º. (...).

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

Para estes, bastaria a ratificação da Convenção nº 132 da OIT para que, doze meses após, ou seja, em 23.9.1999, a sua aplicabilidade fosse obrigatória.

Como bem assinala o jurista GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO (6):

"Esse dispositivo não se refere às normas internacionais, mas àquelas internas que cuidam desses importantes temas."

Com relação aos tratados internacionais, a regra a ser observada é a do § 2º, do referido art. 5º, que dispõe:

"Art. 5º. (...)

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

Sendo assim, a vigência da Convenção nº 132 da OIT só ocorreu após a publicação no DOU de 06.10.99 do Decreto nº 3.197 de 5.10.99.

Neste sentido destaca-se o posicionamento do constitucionalista ALEXANDRE DE MORAES (7), in verbis:

"Ressalta-se que a edição do decreto legislativo, aprovando o tratado, não contém todavia uma ordem de execução do tratado sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado por meio de decreto do Chefe do Executivo recebe esse ato normativo a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória."

3.CONFLITOS COM A CLT.

Sendo assim, passemos à análise dos conflitos entre a Convenção nº 132 da OIT e o Texto Consolidado, ressaltando que sempre que a legislação brasileira for mais benéfica do que a norma internacional, prevalecerá a legislação brasileira, pois assim determina o art. 19, parágrafo 8 da Constituição da OIT, conforme se vê:

"Art. 19. (...)

8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas

como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação." (8)

A Convenção nº 132 da OIT aplica-se a todas as pessoas empregadas, com exceção dos marítimos, neste sentido dispõe o Art. 2, parágrafo 1 da Convenção, os Estados-membros, ao ratificarem a Convenção devem indicar as categorias de empregados excluídos de sua aplicação, conforme a Convenção prevê no Art. 2, parágrafo 3. Ao ratificar a Convenção nº 132 o Governo brasileiro não excluiu nenhuma categoria profissional, sendo assim, todos os empregados regidos pela legislação trabalhista e os empregados com legislação especial, como os domésticos e os trabalhadores temporários, serão atingidos pela norma internacional.

a- AQUISIÇÃO DO DIREITO ÀS FÉRIAS.

A aquisição do direito às férias é regulada pelo Art. 5, parágrafos 1 e 2 da Convenção nº 132 que estabelece a necessidade de um período mínimo de serviço para a obtenção do direito às férias anuais remuneradas, sendo que caberá à autoridade competente de cada país e ao órgão apropriado interessado fixar a duração mínima de tal período de serviços, o qual não poderá, em caso algum ultrapassar seis meses.

Sendo assim, o direito às férias no Brasil passa a ser adquirido após seis meses de trabalho?

A resposta é negativa, porque o direito às férias no Brasil é norma constitucional, e a Norma Ápice fala de férias anuais remuneradas, ou seja, se adquire o direito às férias após doze meses de serviço (art. 7º, XVII, CR).

Como a Convenção nº 132 da OIT não pode revogar a Norma Constitucional, permanecem em vigor as exigências dos arts. 129 e 130 da CLT, para a aquisição do direito às férias: é necessário trabalhar doze meses.

Igualmente, permanece em vigor o art. 132 do Texto Consolidado porque não se atrita com a norma internacional e porque é mais favorável.

b- DURAÇÃO DAS FÉRIAS.

O Art. 3, parágrafo único 3, estabelece que a duração das férias "não deverá em caso algum ser inferior a 3 semanas de trabalho, por ano de serviço".

Se a duração das férias será de, no mínimo, três semanas, e a CLT estabelece as férias anuais remuneradas de trinta dias, a legislação brasileira é mais benéfica, não se aplicando o Texto Internacional; com relação às férias dos empregados domésticos de vinte dias úteis previstas no art. 3º, da Lei nº 5.859/72, alguns sustentam que houve derrogação, passando estes a ter direito às férias anuais remuneradas de vinte e um dias e não de vinte dias úteis.

Data venia, discordamos deste posicionamento porque os vinte dias úteis de férias que o art. 3º, da Lei nº 5.859/72 confere aos empregados domésticos são mais benéficos do que os vinte e um dias do Art. 3, parágrafo 3, da Convenção nº 132 da OIT, porque dia útil é aquele em que há trabalho, sendo assim, os vinte dias úteis (exclusão dos feriados e do repouso semanal remunerado) totalizam vinte e três ou vinte e quatro dias, conforme o caso, sendo a lei especial mais benéfica do que a norma internacional.

Há ainda aqueles que sustentam que os domésticos passaram a ter trinta dias de férias, mas esta não é a melhor interpretação, porque a duração das férias em trinta dias está prevista no art. 130, inciso I, da CLT a qual não se aplica ao empregado doméstico, conforme dispõe o art. 7º, alínea "a", do Texto Consolidado e como ressalta o jurista SÉRGIO PINTO MARTINS (9):

"Não se pode dizer porém que o período de férias do doméstico é de 30 dias, de acordo com o Decreto nº 3.197, pois o decreto não fixa o período de férias do doméstico, nem pode estabelecer direitos trabalhistas, que somente podem ser editados por lei federal (art. 22, I, da CF)."

Na duração das férias anuais os feriados civis ou religiosos não serão computados, conforme prevê o Art. 6, parágrafo 1, sendo assim, durante os vinte e um dias de férias os feriados devem ser excluídos, acrescentando-se os dias de feriados aos dias de férias previamente estabelecidos.

A interpretação do Art. 6, parágrafo 1 levou alguns à conclusão de que os dias de feriados seriam acrescidos aos trinta dias de férias anuais remuneradas, no entanto, isto só ocorreria se as férias no Brasil fossem de vinte e um dias, para que os trinta dias de férias previstos na legislação brasileira fossem acrescidos dos feriados do período, seria necessário que no referido mês tivesse mais de nove feriados, o que a legislação civil não prevê.

Neste sentido destaca-se o Acórdão do TRT da 12ª Região, cujo relator foi o eminente Juiz GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA (10):

"Entendo que a regra inserida no art. 6º da Convenção nº 132 da OIT não se aplica no Brasil, em virtude da existência de uma norma mais favorável no ordenamento jurídico pátrio.

O dispositivo acima mencionado, a despeito de estabelecer a exclusão dos dias de feriado do cômputo das férias a serem usufruídas, faz remição ao art. 3º, § 3º, do mesmo Diploma, o qual prevê um período mínimo de três semanas para a folga semanal.

Por outro lado, a Legislação Trabalhista brasileira assegura a fruição de férias num período de trinta dias corridos, o que será sempre superior aos vinte e um dias (três semanas) estabelecidos na Convenção nº 132 acrescidos dos eventuais feriados, visto que não há no calendário nacional num período de trinta dias tantos dias de feriado.

Impende ressaltar que as Convenções da OIT estabelecem os direitos mínimos a serem observados pelos países subscritores, e, por essa razão, as suas normas devem ser interpretadas sistematicamente, sem pinçá-las de forma isolada.

Analisando-se de forma integrada as regras pertinentes, verifica-se que o art. 6º da Convenção nº 132 não dispôs de forma mais favorável e, portanto, não derrogou o art. 130 da CLT, pelo que merece ser mantido o julgado."

Outra discussão que a Convenção nº 132 provoca é o parágrafo 2 do artigo 6, o qual determina que "o período de incapacidade para o trabalho resultante de doenças ou de acidentes não poderão ser computados como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas previsto no parágrafo 3 do Artigo 3 da presente Convenção", ocorre que este parágrafo determina que a exclusão deste afastamento dependerá de "condições a serem determinadas pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país", logo, a exclusão dos dias de incapacidade em virtude de doenças ou de acidentes do período mínimo de férias depende de regulamentação.

O fracionamento das férias previsto no § 1º do art. 134 da CLT continua em vigor, porque o Art. 8, parágrafo 1 da Convenção nº 132 estabelece que o "fracionamento do período de férias anuais remuneradas pode ser autorizado pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país", ocorre que o parágrafo 2 do referido artigo estabelece que "uma das frações do referido período deverá corresponder pelo menos a duas semanas de trabalho ininterruptos", sendo assim, o período mínimo de dez dias corridos das férias fracionadas, passa a ser de quatorze dias.

A proibição de fracionamento das férias para o menor de dezoito anos e para o maior de cinqüenta anos, continua em vigor, não se atritando com a Convenção nº 132 da OIT, mesmo que não tenha justificativa científica para nos convencer de que o fracionamento das férias, nestes casos, não possibilitará o descanso do trabalhador, o que deveria merecer atenção do legislador nacional revogando este artigo.

c-FALTAS INJUSTIFICADAS.

Para ter direito aos trinta dias de férias permanecem em vigor as regras do art. 130 do Texto Consolidado, o número de dias de férias corridas dependerá da inexistência de faltas injustificadas, porque o número de faltas sem justo motivo terá como conseqüência a redução do número de férias a que o empregado fará jus na proporção prevista no artigo citado.

Todas as hipóteses de faltas justificadas previstas no art. 131 da CLT permanecem válidas e compatíveis com a norma internacional.

As férias dos empregados contratados em regime de tempo parcial continuam sendo previstas na proporção do art. 130-A da CLT, sem sofrer alteração em decorrência da Convenção nº 132 da OIT, até porque este artigo tem a redação que lhe deu a Medida Provisória nº 1.952, e esta é posterior à publicação do Decreto nº 3.197/99 que promulgou a Convenção.

d-PERDA DO DIREITO ÀS FÉRIAS.

Os parágrafos 1, 2 e 4 do Art. 5 da Convenção nº 132 estabelecem a necessidade de um período mínimo de serviço para a obtenção do direito às férias anuais remuneradas, sendo que a duração mínima "não deverá em caso algum ultrapassar seis meses" e "as faltas ao trabalho por motivos independentes da vontade individual da pessoa empregada interessada, tais como faltas devidas a doenças, a acidentes, ou a licença para gestante, não poderão ser computadas como parte das férias remuneradas anuais mínimas previstas no parágrafo 3 do Artigo e da presente Convenção."

Sendo assim, houve derrogação do inciso IV do art. 133 da CLT que prevê as hipóteses de perda do direito às férias.

O afastamento da empregada em virtude de licença gestante continua figurando como falta justificada no art. 131, inciso II, da CLT, até mesmo porque a Carta Política protege a gestante com direito à licença maternidade sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7º, XVIII). Modificação ocorre nas hipóteses de perda do direito às férias, refletindo no inciso III do art. 131 da CLT; é que este dispositivo do Texto Consolidado estabelece que o afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente do trabalho atestado pelo INSS é considerado falta justificada, exceto na hipótese do inciso IV do art. 133, o qual prevê que o afastamento, seja por doença ou acidente do trabalho, com a percepção do INSS, respectivamente, dos auxílios doença e acidente por mais de seis meses, mesmo que descontínuos, retiram do empregado o direito às férias. Ora, se o parágrafo 4 do art. 5 da Convenção nº 132 estabelece que o afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente não poderá ser computado como parte das férias, o legislador não pode admitir que o afastamento por motivo de doença ou acidente por mais de seis meses seja capaz de refazer o desgaste

do empregado decorrente do trabalho e que exigem a recomposição através das férias, assim, mesmo que fique afastado por mais de seis meses recebendo auxílio doença ou auxílio acidente, o empregado não perderá o direito às férias, desde que tenha trabalhado o período mínimo exigido no Art. 3, parágrafo 3 da Convenção nº 132 da OIT, que no Brasil será de doze meses.

Portanto, o inciso IV do art. 133 da CLT foi derrogado!

Aliás, a hipótese do inciso IV do art. 133 do Texto Consolidado recebeu muitas críticas da doutrina, sendo que uma das mais lúcidas e contundentes foi apresentada pelo admirável JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO (11) nos seguintes termos:

"(...) a última hipótese (perceber da Previdência Social prestações de acidentes no trabalho ou auxílio-doença por mais de seis meses, mesmo descontínuos) parece-nos ilógica e profundamente injusta.

Do mesmo modo que se pode considerar beneficiado o empregado com licença remunerada superior a trinta dias, como em verdadeiras férias antecipadas, chega a ser cruelmente irônico dizer-se que o empregado em inatividade por doença ou por acidente no trabalho gozou férias.

Pelo contrário, são comuns os casos em que a alta do auxílio-doença ou acidente devolve à sociedade indivíduos de tal modo abalados psicologicamente que, aí sim, clamam por um repouso reparador do trauma sofrido. É profundamente injusto equiparar o leito do enfermo à rede do ocioso."

O Artigo 5, parágrafo 4 da Convenção nº 132 da OIT veio reparar esta injustiça!

e- PERÍODO CONCESSIVO.

A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece como período concessivo os doze meses subseqüentes à aquisição do direito.

Como no Brasil o direito às férias se adquire trabalhando doze meses (art. 130, caput, da CLT), o empregador terá os doze meses seguintes para conceder as férias ao obreiro (art. 134, caput, da CLT). Esta regra permanece inalterável, mas questiona-se se houve mudança quanto à concessão das férias fracionadas, porque o Art. 9, parágrafo 1, da Convenção nº 132 da OIT estabelece que "a parte ininterrupta do período de férias mencionada no parágrafo 2 do Artigo 8 da presente Convenção deverá ser outorgada e gozada dentro de no máximo um ano", mas se houver fracionamento das férias, cujo período mínimo é de quatorze dias ininterruptos (Art. 8, parágrafo 2), o mesmo parágrafo 1 do Art. 9 da Convenção nº 132 da OIT estabelece que "o restante do período de férias anuais remuneradas" devem ser gozados "dentro dos próximos dezoito meses, no máximo, a contar do término do ano em que foi adquirido o direito de gozo de férias".

A legislação brasileira é mais benéfica ao estabelecer que o período concessivo é de doze meses (art. 134, da CLT), e como o Art. 19, parágrafo 8, da Constituição da OIT manda aplicar a norma mais favorável, o Art. 9, parágrafo 1 da Convenção nº 132 da OIT deve ceder a favor do Texto Consolidado, sendo assim, mesmo se houver fracionamento das férias, a concessão do restante do período terá que ocorrer dentro dos doze meses seguintes ao término do período aquisitivo.

Outra mudança significativa é a prevista no Art. 10, parágrafos 1 e 2 da Convenção nº 132 da OIT, porque o art. 136 da CLT prevê que a concessão das férias ocorrerá na época "que melhor consulte os interesses do empregador", exceção aos casos de membros de uma família que trabalhem no mesmo estabelecimento ou empresa, os quais têm o direito de gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem, muito embora o legislador ao dar o direito com uma mão, o retire com a outra, porque estabelece uma condição subjetiva ao dizer "e se disto não resultar prejuízo para o serviço". Outra exceção diz respeito ao empregado estudante menor de dezoito anos o qual terá direito de fazer coincidir suas férias com as férias escolares.

Agora a concessão das férias não dependerá apenas dos interesses do empregador, este continua determinando a data da concessão das férias, mas terá que combinar os seus interesses com os do empregado, o qual deverá ser consultado, levando-se em conta:

1.as necessidades do trabalho;

2.as possibilidades de repouso;

3.a diversão ao alcance da pessoa empregada.

Estas regras podem ser tratadas de forma diferente através de acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, conforme dispõe o Art. 10, parágrafo 1, da Convenção nº 132 da OIT.

f- COMUNICAÇÃO DAS FÉRIAS.

A comunicação das férias continua observando a regra do art. 135 da CLT, as férias deverão ser comunicadas por escrito com a antecedência mínima de trinta dias e dessa comunicação o empregado dará recibo, devendo haver anotação na CTPS do obreiro e no livro ou ficha de registro.

A comunicação das férias é importante porque durante elas o empregado não pode continuar trabalhando, salvo se estiver obrigado em virtude de outro contrato, norma prevista no art. 138 da CLT que continua em vigor.

g- FÉRIAS EM DOBRO.

As férias em dobro, na definição do art. 137 do Texto Consolidado, serão devidas sempre que houver concessão das férias após o período concessivo de que trata o art. 134 da CLT, sendo que, na ocorrência desta hipótese, o empregado poderá propor reclamação trabalhista pleiteando a fixação, por sentença, da época de gozo de férias, sendo fixada multa diária de 5% (cinco por cento) do salário mínimo a favor do empregado até que seja cumprida a decisão, além de haver comunicação ao Ministério do Trabalho para a aplicação de penalidade. Estas regras permanecem em vigor, mas

com relação à concessão fora do prazo das férias fracionadas o Art. 9, parágrafo 1 da Convenção 132 da OIT determina que se houver fracionamento das férias, o "restante do período de férias anuais remuneradas" devem ser concedidas "dentro de dezoito meses, no máximo, a contar do término do ano em que foi adquirido o direito de gozo de férias."

Sendo assim, somente se exceder o prazo de dezoito meses após o período aquisitivo, é que a parte das férias fracionadas não concedidas serão devidas em dobro?

Entendemos que não, porque a legislação brasileira é mais benéfica ao estabelecer que o período concessivo é de doze meses (art. 134, da CLT), e como o Art. 19, parágrafo 8, da Constituição da OIT manda aplicar a norma mais favorável, o Art. 9, parágrafo 1 da Convenção nº 132 da OIT deve ceder a favor do Texto Consolidado, aplicando-se também os parágrafos 1º e 2º do art. 134 mencionado.

h- FÉRIAS COLETIVAS.

Com relação às férias coletivas a única alteração ocorre com relação ao fracionamento das férias, a possibilidade de fracionamento em dois períodos, desde que nenhum deles seja inferior a dez dias (§ 1º, do art. 139, da CLT), foi derrogado pelo parágrafo 2 do Art. 8 da Convenção nº 132 da OIT o qual estabelece que havendo fracionamento das férias "uma das frações do referido período deverá corresponder pelo menos a duas semanas de trabalho ininterruptos", no mais, permanecem em vigor os arts. 139 a 141 da CLT.

i- REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS.

A remuneração das férias é tratada no Art. 7, parágrafos 1 e 2, da Convenção nº 132 da OIT, determinando o pagamento de "pelo menos a sua remuneração média ou normal", devendo o pagamento ocorrer "antes do período de férias".

Ora, não há revogação do que dispõe o art. 142 da CLT, durante as férias o empregado receberá o que receberia se estivesse trabalhando; se receber remuneração variável, o salário das férias será calculado pela média, e os adicionais noturnos, de insalubridade ou de periculosidade e de horas extras habituais também serão pagos durante as férias.

* Advogado da UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ, onde é Professor Assistente I lecionando Direito do Trabalho e Processual do Trabalho na graduação e Direito Constitucional do Trabalho na pós-graduação "lato sensu", Professor de Direito Coletivo do Trabalho na pós-graduação "lato sensu" do Centro Universitário Salesiano - UNISAL em Lorena, especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UNITAU, Mestrando em Direitos Sociais e Cidadania pela UNISAL, titular da Academia Taubateana de Letras.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4465> Acesso em: 29 ago. 2008.