

JACQUELINE MORAES VIEIRA CANCELLI

**CONVENÇÃO 132 DA OIT: INAPLICABILIDADE AOS
CELETISTAS E A POSSÍVEL APLICAÇÃO AO CONTRATO
DE TRABALHO DOMÉSTICO EM FACE DO DISPOSTO NO
PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.**

**Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de especialização
em Direito do Trabalho e Processual do
Trabalho.**

BRASÍLIA – DF

2010

Dedico este trabalho a Deus que me proporciona a cada alvorecer, a chance de uma nova caminhada em busca do amor e da fraternidade.

Agradeço ao meu marido e aos meus filhos, pelo apoio e confiança na conclusão de mais um projeto. Com eles aprendi a ter perseverança e coragem para chegar até o final. Àqueles que, em algum momento participaram desta conquista, muito obrigada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
1. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.....	5
1.1. A EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA SOCIEDADE	5
1.2. DA FORMAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO	9
1.3. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT	13
1.4. O USO DA EXPRESSÃO “HIPOSSUFICIENTE” NO DIREITO DO TRABALHO	15
1.5. CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	16
2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	17
2.1. DA IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PARA A CIÊNCIA DO DIREITO.....	17
2.2. OS PRINCÍPIOS E O DIREITO DO TRABALHO	19
2.3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR.....	20
2.3.1. <i>O princípio da norma mais favorável.....</i>	<i>22</i>
2.3.2. <i>O princípio da condição mais benéfica.....</i>	<i>22</i>
2.3.3. <i>O princípio do “in dubio pro operário”.....</i>	<i>23</i>
2.4. OUTROS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	23
2.5. CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	25
3. O INSTITUTO DAS FÉRIAS.....	26
3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS	26
3.2. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DAS FÉRIAS.....	28
3.3. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DAS FÉRIAS	31
3.4. ESPÉCIES DE FÉRIAS.....	32
3.5. ANÁLISE DO INSTITUTO DAS FÉRIAS NA CLT.....	33
3.5.1. <i>Da concessão e da época das férias</i>	<i>33</i>
3.5.2. <i>Das férias coletivas.....</i>	<i>35</i>
3.5.3. <i>Da remuneração e do abono de férias.....</i>	<i>36</i>
3.5.4. <i>Dos efeitos da cessação do contrato de trabalho</i>	<i>37</i>
3.5.5. <i>Da prescrição.....</i>	<i>37</i>
3.5.6. <i>Das disposições especiais.....</i>	<i>38</i>
3.6. SITUAÇÕES ESPECIAIS EM RELAÇÃO AO INSTITUTO DAS FÉRIAS	38
3.6.1. <i>Os Trabalhadores Menores de Idade e os Maiores de 50 anos</i>	<i>38</i>
3.6.2. <i>Os Trabalhadores Domésticos.....</i>	<i>39</i>
3.7. CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	44
4. AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.....	45
4.1. VIGÊNCIA INTERNACIONAL DAS CONVENÇÕES	46
4.2. CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	49
5. A CONVENÇÃO 132 DA OIT – FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS.....	50
5.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS	50
5.2. DA VIGÊNCIA	50
5.3. DA ABRANGÊNCIA	51
5.4. ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DA CONVENÇÃO Nº 132, DA OIT	51
5.5. CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO.....	53
6. ANÁLISE COMPARATIVA DA CONVENÇÃO 132 DA OIT, DA CLT E DA LEI Nº 5.859/72	55
6.1. DA APLICAÇÃO	55
6.2. DA DURAÇÃO DAS FÉRIAS.....	55
6.3. DO DIREITO A FÉRIAS PROPORCIONAIS NO DECORRER DO CONTRATO DE TRABALHO	56
6.4. FERIADOS OFICIAIS	58
6.5. FRACIONAMENTO DAS FÉRIAS	59
6.6. CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	59
CONCLUSÃO.....	61
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

INTRODUÇÃO

O reconhecimento do direito do trabalhador a férias anuais remuneradas teve por motivação razões de natureza biológica, social e econômica.

Este instituto trabalhista foi sendo inserido nas legislações de diversos países do mundo de forma lenta e progressiva, até que, em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, as férias anuais remuneradas periódicas e o lazer foram consagrados como direitos fundamentais do homem trabalhador (artigo XXIV).

No caso brasileiro, o instituto das férias constou do texto das nossas Constituições, desde a Carta Magna de 1934.

O presente trabalho tem por finalidade analisar a aplicabilidade da Convenção 132, da OIT, sobre férias anuais remuneradas, no território brasileiro.

Nossa hipótese de trabalho é que, em face do disposto no art. 19, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho - OIT, da aplicação do princípio da norma mais benéfica e da teoria do conglobamento, a Convenção Internacional nº 132 da OIT, só poderia beneficiar os trabalhadores domésticos, não se aplicando seus dispositivos aos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Para a demonstração dessa hipótese de trabalho, o presente estudo está estruturado em seis capítulos.

No capítulo 1 é feita uma breve análise da evolução histórica do Direito do Trabalho, tratando-se da evolução das relações de trabalho, da evolução histórica do direito do trabalho, da Organização Internacional do Trabalho.

No capítulo 2, são abordados os princípios do Direito do Trabalho, discorrendo-se sobre a sua importância para a ciência jurídica e sobre o papel dos princípios específicos trabalhistas para a consolidação do Direito do Trabalho como um ramo autônomo do Direito. Nessa abordagem, foi dada ênfase ao estudo do princípio de proteção do trabalhador e dos princípios que o integram – princípio da norma mais favorável, princípio da condição mais benéfica e princípio do *in dubio pro operário*.

O capítulo 3 é dedicado ao estudo do instituto das férias. Nele serão abordados: a evolução do instituto, a sua natureza jurídica e as espécies de férias. Também será analisada a disciplina do instituto das férias pela Consolidação das leis do Trabalho (CLT) e as situações especiais dos trabalhadores menores de idade e maiores de cinquenta anos e dos trabalhadores domésticos.

No capítulo 4 cuidar-se-á das Convenções Internacionais, tratando-se de sua vigência e de sua posição no ordenamento jurídico brasileiro.

O capítulo 5 versa sobre a análise da Convenção 132 da OIT, sua vigência, aplicabilidade e abrangência.

O capítulo 6 será dedicado à demonstração da hipótese de trabalho que orientou o presente trabalho de pesquisa acadêmica. Nele será feita uma análise comparativa da disciplina do instituto das férias pela Convenção 132, da OIT, pela CLT e pela Lei nº 5.859/72, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico.

A análise envolveu a disciplina, em cada diploma legal citado, da duração das férias, do direito a férias proporcionais no decorrer do contrato de trabalho, do computo de feriados oficiais no gozo de férias e do fracionamento de férias.

Ao final da análise realizada, pelos elementos fático-jurídicos e pela aplicação do princípio da norma mais favorável, buscar-se-á demonstrar a hipótese de trabalho que orientou esta pesquisa.

Na conclusão destacar-se-á, à luz do art. 19, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho- OIT, o critério para a solução de conflitos entre as normas nacionais e as Convenções daquela entidade internacional, o qual se baseia no princípio da norma mais favorável, afastando o princípio *lex posteriori derogat lex priori*, apresentada uma síntese dos argumentos que fundamentaram a afirmação de que a Convenção 132 não se aplica aos trabalhadores regidos pela CLT, mas deve incidir com relação aos trabalhadores domésticos.

1. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

1.1. A evolução das relações de trabalho na sociedade

O trabalho constitui toda a energia humana, física ou intelectual, empregada com um fim produtivo. Em relação aos seus aspectos intrínsecos, por influência, em especial, dos filósofos gregos, sempre houve a tendência de valorização da sua característica de atividade que gera fadiga e cansaço, em detrimento de todo o seu conteúdo de obra realizadora para atingir um fim predeterminado, qual seja, a valorização da pessoa humana.

Nos primórdios, o homem trabalhava apenas por sobrevivência com intuito de alimentar-se e defender-se. Para isso, ele produzia suas armas, lanças e machados, que proporcionavam maior capacidade de defesa e ataque.

Com o passar do tempo, os homens sentiram a necessidade de se agruparem e, organizados em tribos, passaram a lutar entre si para disputar espaço, comida e poder. Iniciou-se, a partir da organização dos grupos e sua fixação em locais escolhidos, a utilização da pesca, da caça e da agricultura como meios de sobrevivência. Todos aqueles que eram derrotados nas lutas tornavam-se prisioneiros e, mais tarde, eram devorados, como símbolo de poder para a tribo vencedora. Diante das novas condições, que exigiam o cultivo da terra e a pesca, não mais se interessaram os vitoriosos na eliminação dos vencidos. Passaram, então, os derrotados, a prestar serviços, garantindo meios de sobrevivência aos donos da terra, passando à condição de escravos e executando as atividades mais penosas, uma vez que eram mais úteis trabalhando ¹.

Esta modalidade de trabalho era considerada como trabalho forçado, pois não dependia da vontade do escravo de executá-lo, e em favor de terceiros, pois a titularidade dos resultados pertencia imediatamente ao dono, nunca ao escravo. Sob este aspecto, a peculiaridade da escravidão consistia numa relação jurídica muito especial, por força da qual se operava a transferência da titularidade dos resultados do trabalho. A relação entre dono e escravo era

¹ RUSSOMANO, Mozart. Victor. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: José Korxfino Editor, 1974, p. 10.

puramente de dominação e, por isso, tomou diversas formas durante a história, gerando importantes instituições jurídicas com reflexos econômicos, sociais e políticos ².

O trabalho escravo, apesar de forçado, tinha que ser produtivo, pois disso dependia também a subsistência do escravo e de sua família. Não porque os resultados do trabalho fossem convertidos para seu benefício, mas porque do fato de trabalhar derivava o interesse do dono de que continuasse vivendo. Desta maneira é que o dono impunha ao escravo que atendesse tal requisito de subsistência ³.

Além da questão produtiva, verificava-se também o aspecto financeiro, uma vez que o escravo era tido como uma propriedade valiosa e como tal tinha que ser tratado, inclusive no que dizia respeito à sua conservação.

Esta concepção simplista provocou a inexistência de deveres jurídicos por parte do dono, pois este não tinha que contar com a vontade do escravo no sentido de realizar o trabalho e nem remunerá-lo para garantir a produção ⁴.

Os povos da Antigüidade fizeram do trabalho escravo a base da economia e o instrumento das suas realizações. Assim, tornava-se escravo todo aquele que era prisioneiro de guerra, devedor insolvente, ou ainda, condenado por algum tipo de crime específico, dentro dos costumes locais, de forma que a relação jurídica entre o escravo e seu dono configurava-se como de domínio absoluto, uma vez que a atividade laboral além de caracterizar-se por uma prestação de serviço incorporava o patrimônio do “senhor”, observando-se que este podia dispor da mesma a qualquer tempo ⁵.

Já na Idade Média, a servidão concretizou-se em substituição ao penoso trabalho escravo. Os servos eram trabalhadores livres, porém vinculados juridicamente à terra colonizada.

² RUSSOMANO, Mozart. Victor. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: José Korxfino Editor, 1974, p. 10.

³ OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ed. LTR, 1981, p. 70.

⁴ Ibidem.

⁵ RUSSOMANO, *op. cit.*, p. 11.

Esta nova modalidade de trabalho tratava-se de uma forma atenuada da escravidão, pois apesar de ao servo ser concedido um pedaço de terra, ele era vinculado ao seu senhor de maneira que sua prestação de serviços representava uma contraprestação do papel tutelar desempenhado pelo senhor feudal em favor dele ⁶.

Este vínculo, por sua vez, unia o servo hereditariamente com a servidão. Este não possuía também condições de se tornar auto-suficiente, tendo, portanto, que trabalhar para o senhor feudal como forma de pagamento do custo de sua manutenção. Esta ligação com a terra e a impossibilidade generalizada, jurídica ou fática, de eximir-se dos ônus feudais, transformou em forçados o trabalho agrícola e a atividade de cultivador, mantendo-se, por isso, alguns vestígios da escravidão, como, por exemplo, o caráter não-voluntário do trabalho em favor de terceiros ⁷.

Por outro lado, a servidão permitiu que o ser humano, antes tratado com insignificância, percebesse a qualidade de pessoa e, conseqüentemente, adquirisse capacidade de ser sujeito de relações jurídicas. Desta forma, o servo não mais sofria os ataques excessivamente violentos aos quais eram submetidos os escravos; em contrapartida, continuou a prática do rigorismo das normas penais, que perdurou até a Idade Moderna ⁸.

Vale ressaltar que o trabalho do servo era o único produtivo na agricultura, na rudimentar indústria dela derivada e na prestação de serviços pessoais. Era deste trabalho que saíam os bens e serviços necessários à sustentação econômica da comunidade ⁹.

No final da Idade Média, a sociedade feudal entrou em crise já que as pestes e as cruzadas facilitaram a fuga dos colonos para as cidades. Em face disso a sociedade urbana fundada no comércio e na indústria rudimentar começou a tomar forma mais definida, o que proporcionou aos colonos a organização em grêmios inspirados nos *collegia* romanos e nas *ghildas* germânicas. Surgiram então as denominadas corporações de ofício, que se tratavam de típicas empresas dirigidas pelos respectivos mestres com o objetivo de cuidar da

⁶ OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ed. LTR, 1981, p. 70.

⁷ *idem.*, p. 72.

⁸ *Idem.*, p. 73.

⁹ *Ibidem.*

formação profissional para que fosse possível assegurar a mão-de-obra necessária à execução da atividade econômica ¹⁰.

As corporações eram constituídas basicamente pelo mestre, pelo jornaleiro e pelo aprendiz. O mestre era a pessoa que já havia trabalhado de forma gratuita como aprendiz durante sete anos e possuía recurso para formar e manter sua própria oficina. O jornaleiro, por seu turno, apesar de ter trabalhado durante sete anos, diferenciava-se por não ter capital para a criação de uma oficina. Contudo, depois deste período, ele poderia continuar trabalhando com o mestre ou com outro e já percebia remuneração. Nesta relação de trabalho, o mestre era quem pagava o jornaleiro e gratificava o aprendiz ¹¹.

Com a grande corrida dos camponeses para a cidade surgiu uma necessidade de criar obstáculos maiores para a obtenção do título de mestre. Isto, por sua vez, encadeou um crescimento de jornaleiros que começaram a se organizar por classes de acordo com o ofício que desempenhavam, tanto que, muitos deles eram relacionados ao seu ofício como, por exemplo, os trabalhadores nas padarias de Toulouse, os trabalhadores em sapatos em Paris. Além disso, eles se organizavam em oposição a correspondente sociedade de mestres, chegando a fazer greves por aumento de salários, melhoria da alimentação e condições de trabalho ¹².

Além do lento progresso das formas de trabalho, a valorização moral da atividade laboral humana, como meio de sobrevivência, fundada nos ideais cristãos, difundidos sob influência da Igreja Católica, contribuiu, e muito, para a decadência da forma de trabalho involuntária e em favor de terceiros ¹³.

Nesse sentido, mostraram-se importantes os ensinamentos da doutrina cristã, como, por exemplo, a pregação de Paulo nas Epístolas aos Gálatas e aos Colossenses

¹⁰ OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ed. LTR, 1981, p. 73.

¹¹ DE LIMA, Francisco Meton Marques. **Interpretação e aplicação do direito do trabalho à luz dos princípios jurídicos**. Fortaleza: EDITOR,. 1988, p. 22.

¹² idem, p.23.

¹³ OLEA, *op. cit.*, p. 73.

(3.28-30 e 3.11 respectivamente): “A fé chegada, todos somos herdeiros segundo a promessa, já não há escravos e homens livres”¹⁴.

A igualdade de todos os seres humanos é um dos pontos cruciais da mensagem cristã. Este mandamento gerou uma individualização profunda do homem que passou a se valorizar e a não consentir com a sua escravização. Com isso a dialética, ora amo-escravo (na escravidão), ora senhor-servo, encontrou um limite intransponível. Daí o fortalecimento da não intervenção do Estado nas relações contratuais, concretizando o regime do contrato de trabalho formalmente livre ¹⁵.

A igualdade meramente formal, prevalecente na sociedade burguesa, pós-Revolução Francesa, e o nascimento da livre forma de contratação promoveram o surgimento de um sentimento de descontentamento com relação às condições laborais existentes à época. Como consequência, os trabalhadores passaram a se organizar nos países onde a Revolução Industrial havia produzido efeitos significativos, forçando o surgimento de normas estatais de natureza social-trabalhista, gérmen do direito do trabalho na sociedade ocidental.

1.2. Da formação histórica do Direito do Trabalho

Com o desenvolvimento técnico das maquinarias industriais por volta da segunda metade do século XVIII, observou-se um rápido e devastador processo de industrialização que acarretou grandes e importantes mudanças econômicas e sentidas transformações na camada social, gerando, em torno da máquina, uma concentração maciça de operários nos grandes centros industriais emergentes ¹⁶ e o surgimento, em especial nos centros de maior relevância econômica e social, de um capitalismo desenfreado, explorador da mais valia do proletariado, fundado no individualismo, no liberalismo do comércio, da indústria e do trabalho.

A propalada liberdade de contratar, em conjunto com a intenção de dotar esses parques fabris de incrementação produtiva, e a falsa idéia de igualdade entre patrão e

¹⁴ OLEA, *op. cit.*, p.74.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ ZAHLOUTH JUNIOR, Carlos R. Magistratura Trabalhista – **Crises e soluções**. Belém. PA, Abr. 1996. Disponível em: <http://www.members.tripod.com/~ZahlouthC/justica.htm>. Acesso em: 17 jul. 2003.

empregado fizeram com que homens, mulheres e crianças trabalhassem com afinco, submetendo-se a grandes jornadas de trabalhos e condições insuportáveis de trabalho que afrontavam a própria dignidade humana ¹⁷.

Apesar de toda a formalidade legal existente na época contra as associações proletárias, estas se fortaleceram ao perceber que o Estado liberal portava-se como um espectador passivo, relegando o trabalhador à sua própria sorte, sob a justificativa de que ele era livre. O operário não passava de um mero meio de produção, sendo seu trabalho visto como simples mercadoria ¹⁸.

Com a idéia de se combater a miséria e as condições subumanas, as associações começaram a adotar movimentos grevistas e a boicotarem as atividades empresariais, merecendo destaque, nesse particular, os operários franceses e ingleses. Desses movimentos decorreu a obrigação estatal de disciplinar as relações de trabalho, fazendo com que surgissem, ainda que de forma incipiente, as primeiras normas de proteção ao trabalhador.

Verifica-se, portanto, que a legislação trabalhista foi decorrência da luta empreendida pelo próprio operário, não se constituindo em uma benesse concedida gratuitamente pela classe patronal ou pelo Estado.

É a revolução social, decorrente da primeira Revolução Industrial, o marco histórico determinante do surgimento do Direito do Trabalho.

Com efeito, nos fins do século XVIII, MARX e ENGELS, no "Manifesto Comunista", sustentam a ineficácia do Estado Liberal, que quase em nada regulamentava as relações sociais, calcadas no princípio da liberdade dos contratantes ¹⁹.

Diante do novo quadro, algumas modificações relacionadas às normas protecionistas do ser humano foram sendo introduzidas, tais como: a regulamentação francesa do trabalho em tipografias (1796); a estipulação francesa, em 1802, de proibir o trabalho de crianças por mais de doze horas diárias, vedando o labor noturno, sendo que matéria similar

¹⁷ ZAHLOUTH JUNIOR, Carlos R. Magistratura Trabalhista – **Crises e soluções**. Belém. PA, Abr. 1996. Disponível em: <http://www.members.tripod.com/~ZahlouthC/justica.htm>. Acesso em: 17 jul. 2003.

¹⁸ VIANNA, Segadas *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002, v. I, p. 36.

¹⁹ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Editora Novos Rumos Ltda., 1986.

foi tratada por lei francesa em 1841. Por fim, como marco definitivo, em 1826, a Inglaterra, meio século antes dos trabalhadores franceses, permitiu à classe operária a associação ²⁰.

O passo intermediário nessa construção social do Direito do Trabalho iniciou-se em 1891 com a publicação da primeira Encíclica Papal (*Rerum Novarum*) de Leão XIII, coincidente com a Conferência de Berlim, onde Bismark solidificou o primeiro sistema de seguros sociais: de enfermidade (1883), de acidente do trabalho (1884) e de velhice e invalidez (1889). Tratavam-se, portanto, de seguros obrigatórios que abrangiam todos os trabalhadores da indústria e do comércio, fazendo extensas concessões à esquerda reformista²¹.

Embora o século XIX tenha relevância na história do Direito do Trabalho, por ter nele ocorrido o surgimento das ações estatais protetivas do trabalhador, é no século XX que se vislumbrará, na atividade legislativa estatal, a elaboração das denominadas normas de direitos fundamentais de 2ª geração ou dimensão, medidas de natureza social, que foram incorporadas aos textos constitucionais dos Estados. A constitucionalização dos direitos sociais, individuais e coletivos, tem como corolário o incremento da elaboração da legislação ordinária regulamentadora das relações de trabalho.

No Brasil, a história do Direito do Trabalho tomou impulso com a Revolução de 1930, caracterizada pela intensificação da legislação ordinária.

Em um primeiro momento, no nosso país, as relações de trabalho eram reguladas pelo Direito Civil, cujos ideais eram a igualdade e a liberdade contratuais sob a proteção da teoria da autonomia da vontade. Esta, por sua vez, tornava justo qualquer contrato, independentemente de seu conteúdo, desde que firmado por livre manifestação das partes, sem vício de consentimento ²².

Com o passar do tempo, os trabalhadores perceberam a ineficácia dessa regulação jurídica, pois viram-se em uma situação de completa exploração, na qual imperava a total subordinação junto ao tomador de serviço. Além disso, o Estado fechava os olhos para

²⁰ MASCARO, Amauri. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 23.

²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21.

²² HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003, p. 31.

esta situação e não tomava sequer uma atitude para contornar estas condições subumanas de trabalho.

A percepção da incompetência do Estado em dirimir os contratos laborais deu origem a um movimento reivindicatório, que teve seu ápice com a criação do Direito do Trabalho, autônomo em relação ao Direito Civil, e a uma mudança na doutrina estatal, que saiu da esfera individualista para a coletiva, com foco no bem estar social. A intervenção do Estado nas relações de trabalho começou a ser praticada com vistas a equilibrar as desigualdades materiais decorrentes da adoção do liberalismo econômico.

Em face da imensa área territorial, com porções consideráveis de miséria absoluta e ínfima parte em médio desenvolvimento, não foi possível em nosso país, absorver as conquistas obtidas nas Revoluções Industriais, pois as práticas do tradicional sistema colonial, com aberta dependência do mercado externo e sem nenhuma infraestrutura industrial continuam sendo realizadas.

Por isso, claramente observa-se que a construção do Direito do Trabalho no Brasil deu-se por via diversa da sentida no resto do mundo, onde a classe operária forçou a adoção de regulamentação social, sob pena de desfalecimento da atividade capitalista.

No Brasil, a intervenção do Estado foi concebida como uma forma de elaborar uma regulamentação suficiente e detalhada das condições dos trabalhadores e, portanto, esta permissão do intervencionismo estatal objetivou o condicionamento das partes em buscar no Estado a solução dos conflitos.

Conclui-se, então, que o surgimento do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo serviu para formulação de uma proteção eficaz ao trabalhador, que sempre se encontrou em situação desvantajosa na relação de trabalho.

1.3. A Organização Internacional do Trabalho – OIT ²³

Outro fato do século XX extremamente importante para o Direito do Trabalho foi o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, após a 1ª Guerra Mundial, cuja Constituição compõe a Parte XIII do Tratado de Versalhes.

A idéia de uma legislação trabalhista internacional surgiu como resultado das reflexões éticas e econômicas sobre o custo humano da revolução industrial. Assim, as raízes da OIT estão no início do século XIX, quando os líderes industriais Robert Owen e Daniel le Grand apoiaram o desenvolvimento e harmonização de legislação trabalhista e melhorias nas relações de trabalho.

A criação de uma organização internacional para as questões do trabalho baseou-se em alguns argumentos humanitários, políticos e econômicos.

Os argumentos humanitários relacionavam-se com as condições injustas, difíceis e degradantes vivenciadas por trabalhadores de diversos países do mundo.

Como consequência dessa situação aviltante dos trabalhadores, os argumentos políticos abrangiam os riscos de conflitos sociais, com reflexos na manutenção da paz.

Por fim, os argumentos econômicos tinham por tema os reflexos da ausência de direitos trabalhistas, como fator de redução no custo de produção de um determinado país, com relação à competitividade da economia dos países que adotassem direitos trabalhistas mais protecionistas e abrangentes. Sob esse ângulo, a não-adoção de direitos trabalhistas por alguns países acabaria por se constituir em um obstáculo econômico para a obtenção de melhores condições de trabalho em todos os países do mundo.

No ano de 1944, sob os efeitos da Segunda Guerra Mundial, a OIT adotou a Declaração da Filadélfia, como anexo da sua Constituição. Esta Declaração antecipou e serviu de modelo para a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Foi a partir da adoção da Declaração da Filadélfia que a OIT teve seu campo de atuação consideravelmente alargado, passando a ter competência para tratar de questões que visassem à justiça social, no seu mais amplo conceito, tendo em vista o progresso material e espiritual do ser humano, em condições de liberdade e dignidade, com segurança econômica e

²³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – BRASIL. Apresenta dados sobre a instituição, programas e atividades, informações, normas e princípios fundamentais e direitos no trabalho. Disponível em: <www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil>. Atualizada em 15 ago. 2001. Acesso em 17 jul. 2003.

iguais oportunidades.

Com o fim da Guerra Fria, a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento foi adotada de maneira clara e objetiva. Neste sentido, o documento é uma reafirmação universal da obrigação de respeitar, promover e tornar realidade os princípios refletidos nas Convenções fundamentais da OIT, ainda que não tenham sido ratificados pelos Estados Membros.

A OIT vem trabalhando, desde o ano de 1999, no sentido de manter os seus valores e objetivos em função de uma pauta social que permita o desenvolvimento do processo de globalização, por meio de um equilíbrio entre objetivos de eficiência econômica e de equidade social. Ou seja, além de promover uma economia objetivamente funcional, há também a luta pela conquista de uma sociedade de classes mais igualitárias.

A atuação da OIT, primeira organização específica a integrar a Organização das Nações Unidas (ONU), na defesa dos direitos trabalhistas e da concretização da justiça social, em nível mundial, lhe valeu a concessão do Prêmio Nobel da Paz, em 1969.

Tendo missão relevante a cumprir em matéria de dignificação do trabalho e de proteção dos trabalhadores e de suas famílias, dispõe a OIT de dois instrumentos jurídicos fundamentais: as convenções e as recomendações aprovadas pela Assembléia Geral por maioria de 2/3. As primeiras são obrigatórias após a sua ratificação pelos Estados que exigem tal formalidade e, uma vez ratificadas, constituem aquelas fontes formais de direitos subjetivos individuais, nos países onde vigora a teoria do monismo jurídico²⁴.

Já as recomendações constituem fonte material de direito, assim como as convenções não ratificadas, visto que “servem de inspiração e modelo para atividade legislativa nacional, os atos administrativos de natureza regulamentar, os instrumentos da negociação coletiva e os laudos da arbitragem voluntária ou compulsória dos conflitos coletivos de interesse, caso compreendidas as decisões dos tribunais do trabalho dotados de poder normativo.”²⁵

Na verdade, a constituição da OIT preceitua um caráter residual para as recomendações, uma vez que este instrumento jurídico deve ser utilizado quando o tema a ser abordado ou mesmo um de seus aspectos, não seja considerado conveniente ou apropriado para ser objeto de uma convenção. Nesse sentido, as convenções, depois de ratificadas, conduzem os respectivos Estados à obrigação de as aplicar, conformando a sua legislação e

²⁴ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 557.

²⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 28.

prática aos princípios nela constantes, ficando tal aplicação sujeita a controle. As recomendações constituem uma orientação e antecedem, muitas vezes, a elaboração de uma convenção sobre a matéria.

Deve ser destacado que interessa, particularmente, na atividade da OIT, a criação de normas internacionais, com a finalidade de que a legislação do trabalho dos Estados membros realize as finalidades sociais da organização.

1.4. O uso da expressão “hipossuficiente” no Direito do Trabalho

A expressão “hipossuficiente”, no Direito do Trabalho, é utilizada como sinônimo da expressão “empregado”. O seu uso associa-se com a representação da desigualdade econômica existente na relação capital *versus* trabalho, relação na qual é o trabalhador a parte desfavorecida. Também é possível afirmar-se que ela indica uma visão protecionista em relação ao empregado, a qual é característica marcante do Direito do Trabalho, desde o seu surgimento, notoriamente em nosso país.

O Estado a pretexto de proporcionar ou garantir um certo equilíbrio nas relações trabalhistas, interveio de forma ampla e bastante intensa, compensando a hipossuficiência econômica do empregado pela hipertrofia de suas garantias jurídicas. Por isso, a atuação estatal em matéria laboral é reconhecida como de caráter assistencialista e protecionista.

Esta atuação torna-se extremamente necessária em uma relação trabalhista pois visa a nivelar as desigualdades materiais e sociais existentes entre o empregado e o empregador. Vale ressaltar que esta é, por sua vez, a própria razão de ser do Direito do Trabalho.

A proteção aos hipossuficientes objetiva, portanto, trazer-lhes uma maior segurança jurídica, uma vez que eles não têm estabilidade empregatícia e não auferem, na maioria dos casos, nenhuma vantagem significativa com relação aos lucros da empresa.

Nesse sentido, avulta de importância a proteção conferida, no caso brasileiro, pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em seu art. 9º, *verbis*:

“ Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

1.5. Considerações finais do Capítulo

Observa-se que a valorização do “trabalho”, na sociedade, sofreu considerável modificação desde a Antigüidade até a era Moderna. Da sua visão inicial de simples atividade física, destituída da relevância da atividade intelectual, o trabalho é hoje visto como forma de valorização e realização da pessoa humana.

Essa evolução da concepção do trabalho, materializada em sua valorização moral, trouxe como conseqüência o surgimento da necessidade de regulamentação das relações de trabalho, fazendo surgir o Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito, o qual, em razão do histórico de sua origem, possui uma característica peculiar que é a sua natureza protetiva do trabalhador contra a sua exploração pelos detentores do capital.

Assim, em todos os países, independentemente da forma de surgimento do Direito do Trabalho – resultado de reivindicações dos trabalhadores ou decorrência de iniciativa estatal –, a sua característica essencial de proteção do trabalhador, o hipossuficiente na relação de emprego, se repete.

Nesse contexto, em nível mundial, destaca-se a atuação da Organização Internacional do Trabalho e a influência de suas Convenções sobre o direito trabalhista nacional.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

2.1. Da importância dos princípios para a Ciência do Direito

Para a exata compreensão da importância dos princípios para a ciência do Direito, faz-se necessário discorrer-se, ainda que de forma sucinta, sobre a sua concepção e a sua natureza.

Os princípios de Direito “são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”²⁶.

O termo “princípio” encontra significações variadas na doutrina e, no Direito do Trabalho, não se exclui esta regra, havendo vários autores que o utilizam para denominar uma parte ou a totalidade da disciplina e outros para os critérios interpretativos das normas trabalhistas ²⁷.

Assim, nos dizeres de Plácido e Silva, estudioso dos vocábulos jurídicos, “os princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica”.²⁸

A título de ilustração, Bandeira de Mello apresenta um comentário de grande valor didático acerca dos princípios em geral:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o

²⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 299.

²⁷ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. rev. São Paulo: LTr, 2002, p. 24.

²⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 447.

conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”²⁹.

Para Süsskind, os princípios cumprem as seguintes funções: 1) função fundamentadora, por inspirarem o legislador, servindo de base para as novas normas positivas; 2) função normativa³⁰, por atuarem supletivamente, suprimindo lacunas do ordenamento jurídico; e 3) função interpretadora, por constituírem elemento orientador do aplicador da norma, que deles deverá se valer para encontrar seu verdadeiro sentido³¹.

Daí decorre que: “princípios são enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o intérprete, ao aplicar as normas ou sanar omissões”³².

Da mesma forma, Miguel Reale cita em sua obra que: “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, dessa forma, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática.”³³.

Assim, a partir de tais conceitos, pode-se observar, claramente, a vasta importância dos princípios no sistema jurídico, visto que a sua função normogênica, no caso dos princípios constitucionais, e a sua função interpretativa, no caso dos princípios gerais, atuam na definição do conteúdo e do sentido das regras jurídicas. Ou seja, os princípios limitam a atividade do legislador, uma vez que condicionam o teor das novas normas, bem como norteiam o aplicador na interpretação daquelas já existentes.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 230.

³⁰ No ordenamento jurídico brasileiro, podemos destacar os artigos 4º, da LICC, 8º, da CLT, e 126, do CPC.

³¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 61.

³² Ibidem.

³³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304-305.

2.2. Os princípios e o Direito do Trabalho

Vialard ressalta que “dadas suas características, impostas pela finalidade que persegue, o direito do trabalho foi elaborando um corpo de doutrina que contém princípios comuns, correspondentes a diretrizes que inspiram o sentido das normas laborais de acordo com critérios distintos dos relativos a outros ramos jurídicos”.³⁴

A peculiaridade dos princípios trabalhistas guarda estreita relação com a característica essencial do Direito do Trabalho que é a proteção do trabalhador.

É sabido que no processo de produção capitalista há uma separação entre o produtor e os proprietários dos meios de produção o que configurou, a partir da consolidação do sistema capitalista, uma nova forma de exploração social baseada nas noções de mais-valia e de trabalho excedente. No plano dos fatos, na imensa maioria dos casos, esta forma de exploração provocou a dependência econômica do trabalhador.

No entanto, o “trabalho” que se insere na cadeia produtiva não se separa da pessoa humana do prestador. Esta noção, fundamental à lógica do Direito do Trabalho, somente pôde ser reconhecida quando os próprios trabalhadores, elementos-chave em uma sociedade tipicamente capitalista (ou seja, que se baseia, entre outros fatores, na exploração do trabalho humano), se organizaram e puderam expor suas necessidades e reivindicar a preservação de sua dignidade perante todo o grupo social, dando ênfase ao valor “dignidade humana do trabalhador”. Por isto, pode-se afirmar que a relação visada pelo Direito do Trabalho é imediata em relação ao trabalho, porém mediata em relação à pessoa. Em outras palavras: quando um trabalhador se insere no processo produtivo, insere-se imediatamente a sua força de trabalho, mas também, a pessoa humana e sua dignidade, pois ambas nunca podem ser separadas ³⁵.

Diante desse quadro fático, o Direito do Trabalho, que surgiu para regular uma situação econômica em que um homem – o trabalhador - depende economicamente do outro – o proprietário dos meios de produção, e onde um homem – o proprietário dos meios de produção - apropria grande parte do valor gerado na cadeia de produção pelo outro (mais-

³⁴ VIALARD, Antonio Vazques. **Derecho del trabajo y seguridad social**. 2. ed. Buenos Aires: Ed.Astrea, 1981, *apud* SÚSSEKIND, Arnaldo, **op. cit.**, p. 63.

valia), tem por finalidade última estabelecer patamares máximos de exploração ou mínimos de dignidade aos trabalhadores.

Assim, como ramo autônomo do Direito, e observada sua finalidade essencial, o Direito do Trabalho possui princípios norteadores específicos, os quais, à semelhança dos princípios gerais de direito, visam a proporcionar ao aplicador das normas jurídicas laborais uma maior fundamentação e clareza em seus posicionamentos, tendo em vista a própria função jurisdicional da Justiça do Trabalho, qual seja a equidade.

Desta forma, afirma Francisco Meton Marques de Lima, citando Miguel Reale: “O certo é que, de uma forma ou de outra, o Direito do Trabalho é animado pelo sentido de ajuste a situações humanas concretas, atuando a equidade como critério construtivo de interpretação. Contudo, esta equidade não pode ir contra a lei, pois iria comprometer a certeza jurídica”³⁶.

Se a utilização dos princípios é hoje considerada ação imprescindível na tarefa hermenêutica das normas em geral, a sua aplicação na interpretação das normas trabalhistas é essencial. Não por outra razão, Francisco Meton Marques de Lima alerta que: “a interpretação do direito do trabalho é teleológica quanto ao fim a ser atingido e principiológica quanto ao meio de atingir o fim”³⁷.

2.3. O princípio da proteção ao trabalhador

Depois de verificada a importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico e a importância da harmonia dos princípios trabalhistas com a finalidade específica do Direito do Trabalho, passa-se, doravante, a analisar um dos mais importantes princípios peculiares do Direito do Trabalho, qual seja, o princípio da proteção.

A unanimidade doutrinária em torno da importância do princípio da proteção ao hipossuficiente encontra-se concretizada na idéia sintetizada por Plá Rodriguez,

³⁵ No mesmo sentido ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996, p. 77-78.

³⁶ DE LIMA, Francisco Meton Marques. **Interpretação e aplicação do direito do trabalho à luz dos princípios jurídicos**. Fortaleza: EDITOR., 1988, p. 101.

³⁷ Ibidem.

que diz: "o fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho"³⁸. Assim, segundo esse autor, "[...] no Direito do Trabalho, a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes"³⁹.

Destarte, “o princípio da proteção ao trabalhador resulta das normas imperativas e, de ordem pública, que caracterizam a instituição básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade”⁴⁰.

Assim, em função do princípio da proteção objetivar a síntese da própria lógica do Direito do Trabalho, representando a quase totalidade das suas normas, será tratado aqui como o princípio norteador, o qual fundamenta, em última análise, os demais⁴¹.

Plá Rodriguez destaca, ainda, que, embora seja quase unânime o reconhecimento do princípio da proteção, há divergências quanto à sua forma de expressão. Tratando do tema, afirma que o princípio se expressaria sob a forma de três regras distintas: regra da norma mais favorável, regra da condição mais benéfica e regra do *in dubio pro operario*⁴².

Apesar do uso, pelo citado autor, da expressão “regra” de aplicação, as denominadas “regras”, conforme outros doutrinadores, seriam, em verdade, princípios trabalhistas integrantes daquele inerente ao da proteção, razão pela qual, adotar-se-á, no desenvolvimento deste trabalho, o entendimento de que o princípio da proteção é integrado por três outros: o princípio da norma mais favorável, o da condição mais benéfica e o princípio do *in dubio pro operário*.

³⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. rev. São Paulo: LTr, 2002, p. 85.

³⁹ Idem, p. 83.

⁴⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. I, p. 128.

⁴¹ Todos os princípios citados pela grande maioria dos tratadistas de Direito do Trabalho revelam com maior ou menor clareza a lógica de dupla preservação consubstanciada no mega-princípio da proteção. Assim ocorre com os princípios da irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, o princípio da integrabilidade, da intangibilidade e da irredutibilidade salarial, da não discriminação, entre os mais referidos.

⁴² PLÁ RODRIGUEZ. Américo, *op. cit.*, p. 106-107.

2.3.1. *O princípio da norma mais favorável*

O conteúdo do princípio da norma mais favorável⁴³ impõe que, havendo pluralidade de normas disciplinando determinada matéria da relação de trabalho, aplique-se, nos casos concretos, a que for mais favorável ao trabalhador, independentemente da posição hierárquica ocupada pelas normas em confronto, dentro do ordenamento jurídico.

A aplicação deste princípio possui uma restrição. Não é admitido que a norma aplicada ao caso concreto seja resultante da junção das disposições mais favoráveis ao trabalhador, constantes de normas distintas que, eventualmente, disciplinem a matéria em questão. A aplicação da teoria da cumulação, portanto, está afastada do sistema jurídico brasileiro.

O fundamento desta restrição reside na impossibilidade do aplicador atuar como legislador positivo, criando normas mistas, provisórias, para a aplicação específica a um caso concreto. O operador do direito deve, portanto, verificar qual é a melhor norma em favor do trabalhador e aplicá-la de maneira integral, de modo que não se perca o caráter sistemático e a ordem teleológica do direito. Este é o cerne da teoria do conglobamento⁴⁴.

2.3.2. *O princípio da condição mais benéfica*

O princípio da condição mais benéfica determina a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore, ou sobrevenha, norma jurídica imperativa, prescrevendo menor nível de proteção ou estabelecendo uma situação que seja incompatível com a condição mais benéfica.

⁴³ Acórdão sobre a aplicação da regra mais favorável: “PRESCRIÇÃO EXTINTIVA NÃO CONFIGURADA. INCORPORAÇÃO DE HORAS EXTRAS HABITUAIS NOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. O artigo 444 da CLT consagra o princípio da liberdade contratual, impondo, apenas que o objeto pactuado não contrarie as disposições de proteção ao trabalho, os contratos coletivos que sejam aplicáveis e as decisões das autoridades competentes. No caso dos autos, ficou configurada a existência de duas normas dirigidas à regência de uma mesma matéria. A primeira delas é a Constituição Federal, artigo 7º, inciso XXIX, que estabelece o prazo genérico da prescrição do direito de o trabalhador reclamar seus créditos. A segunda norma, regra especial, fruto dos Estatutos Sociais da FUNBEP, contém prazo maior para o ajuizamento da ação, que é de 5 anos. Criada pela Fundação, a norma aludida configura-se em cláusula contratual, que adere ao contrato, em face de sua natureza benéfica para a trabalhadora. Assim, existindo no sistema jurídico duas normas que cuidam da mesma matéria, impõe-se a aplicação da norma mais benéfica ao obreiro, em homenagem ao princípio da proteção que agasalha a regra da norma mais favorável ao trabalhador. O fato de a Constituição Federal ser norma mais abrangente e superior hierarquicamente ao Estatuto Social da Fundação não inibe a incidência da norma menos geral, desde que mais favorável. Revista conhecida e provida. (TST-RR-553.452/99; 3ª Turma; Juíza Convocada Eneida Melo; in DJ 10.5.2002)”.

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 199-200.

Desta forma expõe Maurício Godinho Delgado ⁴⁵ que:

"Incorporado pela legislação (art. 468, CLT) e jurisprudência trabalhistas (Enunciados 51 e 288, TST), o princípio informa que cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser suprimidas caso suplantadas por cláusula posterior ainda mais favorável, mantendo-se intocadas (direito adquirido) em face de qualquer subsequente alteração menos vantajosa do contrato ou regulamento de empresa (evidentemente que a alteração implementada por norma jurídica submeter-se-ia a critério analítico distinto).

Na verdade, o princípio da cláusula mais benéfica traduz-se, de certo modo, em manifestação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, também característico do Direito do Trabalho."

2.3.3. O princípio do “*in dubio pro operário*”

Segundo Plá Rodriguez ⁴⁶, este princípio deve ser aplicado quando observado que existe dúvida sobre o alcance da norma legal, desde que a interpretação adotada não esteja em desacordo com a vontade do legislador.

O princípio do *in dubio pro operario* não se confunde com o princípio protetivo em si, pois, apesar de guardar relação com parte dele, não lhe revela toda a essência e finalidade ⁴⁷. Montoya Melgar ⁴⁸, um dos doutrinadores que entendem o *in dubio pro operario* como um princípio e não como uma regra, diz que ele não é exclusivo do Direito do Trabalho. A antiga regra *in dubiis benigniora praeferenda sunt*, prevista no Digesto, I, XVII, 56, foi assimilada pelos ordenamentos jurídicos modernos, seja em sua fórmula civil *favor debitoris*, ou em sua fórmula penal *in dubio pro reo*.

2.4. Outros princípios do Direito do Trabalho

Ademais, em consideração ao exposto sobre a matéria, embora o princípio da proteção do trabalhador seja o chamado “basilar” da relação trabalhista, outros princípios devem ser enunciados, a fim de traduzir a segurança jurídica na relação de emprego. São eles, na visão de Plá Rodriguez, especificamente:

⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 202.

⁴⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. rev. São Paulo: LTr, 2002, p. 110.

⁴⁷ HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003, p. 83

⁴⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo**. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 219.

a) o princípio da continuidade da relação de emprego, o qual, embora não seja inflexível, posto que a Constituição de 1988 não consagrou a estabilidade absoluta do trabalhador no emprego, emana, inquestionavelmente, das normas sobre a indenização devida nas despedidas arbitrárias, independentemente do levantamento do FGTS e do aviso prévio para a denúncia do contrato de trabalho proporcional à antiguidade do empregado ⁴⁹;

b) o princípio da primazia da realidade, segundo o qual em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência à realidade fática em relação às formas, formalidades ou aparências ⁵⁰;

c) o princípio da não-discriminação, que proíbe diferença de critério de admissão, de exercícios de funções e de salário por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, ou de critério de admissão e de salário em razão de deficiência física e, bem assim, que se distinga, na aplicação das normas gerais, entre o trabalho manual, o técnico e o intelectual ou entre os respectivos profissionais ⁵¹.

Por sua vez, Ruprecht ⁵² cita como princípios de direito do trabalho: o princípio protetor; o princípio da irrenunciabilidade de direitos; o princípio da continuidade do contrato; o princípio da realidade; o princípio da boa-fé; o princípio do rendimento; o princípio da razoabilidade; o princípio da colaboração; o princípio da não-discriminação; o princípio da dignidade humana; o princípio da justiça social; e o princípio da equidade.

Já Francisco Meton Marques de Lima ⁵³ aponta como princípios gerais, no campo do direito do trabalho: o da progressão social; o tutelar; o da equidade; o da autodeterminação coletiva; e o da irretroatividade das nulidades contratuais. Seriam corolários desses princípios os princípios: da norma mais favorável ao empregado, o *in dubio pro operário*; o da condição mais benéfica ao trabalhador; o da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas; o da continuidade da relação de emprego; o da primazia da realidade; o da

⁴⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. rev. São Paulo: LTr, 2002, p. 239-338.

⁵⁰ Idem, p. 339-390.

⁵¹ Idem, p. 445-452.

⁵² RUPRECHT, Alfredo. **Os princípios do direito do trabalho**. Tradução de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 11.

⁵³ DE LIMA, Francisco Meton Marques. **Interpretação e aplicação do direito do trabalho à luz dos princípios jurídicos**. Fortaleza: EDITOR, 1988, p. 13-14.

imodificabilidade *in pejus* do contrato de trabalho; o da irredutibilidade salarial; o da igualdade de salário; o da substituição automática das cláusulas contratuais pelas disposições coletivas; e o da boa-fé.

Maurício Godinho Delgado ⁵⁴ destaca como os mais importantes princípios especiais do Direito do Trabalho os: a) da proteção; b) da norma mais favorável; c) da imperatividade das normas trabalhistas; d) da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (conhecido como princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas; e) da condição mais benéfica; f) da inalterabilidade contratual; g) da intangibilidade salarial; h) da primazia da realidade sobre a forma; e i) da continuidade da relação de emprego.

2.5. Considerações finais do Capítulo

Observa-se que os princípios são peças essenciais na construção e manutenção de um sistema jurídico sólido e seguro, por sua influência na função legislativa do Estado e na atividade hermenêutica do aplicador do direito.

No caso do Direito do Trabalho, os princípios trabalhistas propiciam a singularização e a especificidade do Direito do Trabalho, como ramo autônomo da Ciência Jurídica, informando as suas características essenciais e orientando a aplicação das suas normas.

Dentre esses princípios, destaca-se, por sua importância, o princípio da proteção do trabalhador, que é o que melhor define o objetivo central deste ramo do Direito, qual seja a proteção ao hipossuficiente. Deve ser destacado, ainda, por sua aplicabilidade na demonstração da hipótese de trabalho apresentada na Introdução, o princípio da norma mais favorável – observada, na sua aplicação, a teoria do conglobamento – o qual é um dos princípios que compõem o princípio da proteção do trabalhador.

⁵⁴DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, p. 196-197.

3. O INSTITUTO DAS FÉRIAS

3.1. Considerações gerais

Segundo Bachelier ⁵⁵, por férias anuais remuneradas entende-se um certo número de dias consecutivos durante os quais, cada ano, o trabalhador que cumpriu certas condições de serviço interrompe o seu trabalho, recebendo, não obstante sua remuneração habitual.

Para Prunes ⁵⁶, a necessidade de férias existe em razão do trabalhador precisar retemperar suas forças físicas e psíquicas, após certo período. Essa necessidade de repouso é verificada dia-a-dia, quando é perceptível o cansaço gerado, após cada dia de trabalho, cada semana e cada ano ⁵⁷.

Assim, da mesma forma que os demais repouso destinados ao trabalhador, as férias anuais têm origem na limitação das forças humanas. Visam, desta forma, a proporcionar descanso ao empregado depois de determinado decurso de tempo, sendo, portanto, complemento necessário do descanso semanal remunerado, uma vez que é perfeitamente constatável que o trabalhador, com o passar do tempo do trabalho vai perdendo a produtividade em consequência da fadiga ⁵⁸.

Do mesmo modo ilustra Emílio Gonçalves ⁵⁹: “A finalidade das férias é proporcionar ao empregado, após um período mais ou menos longo de trabalho (fixado na lei nacional em doze meses), um espaço de tempo contínuo para repouso, durante o qual o trabalhador, afastando-se da rotina do trabalho, possa refazer as energias. Representam

⁵⁵ BACHELIER, Gustavo. Les congés annuels payés. Paris: 1937, p.4-5, *apud* MASCARO, Amauri. Curso de direito do trabalho. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 696.

⁵⁶ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Férias**. 1. ed. São Paulo: Editora Sugestões Literárias S/A, 1978, p. 13.

⁵⁷ *Idem*, p. 15.

⁵⁸ DE SOUZA, Márcia Gomes. Espelho de aula n° 8 *in* Notas de aula da cadeira de Direito do Trabalho II, da Faculdade de Direito, do Centro de Ensino Universitário de Brasília – UniCEUB, 1. sem. 2001.

⁵⁹ GONÇALVES, Emílio. **Manual prático das férias remuneradas**. São Paulo: LTr, 1975, p. 70.

principalmente uma necessidade biológica, indispensável para manter o equilíbrio orgânico do trabalhador”.

Trata-se de um direito-obrigação, pois o trabalhador tem o direito e a obrigação de gozá-las. Além de ser do interesse do empregado é igualmente importante ao empregador, à família do empregado e ao próprio Estado.

Essa soma de interesses é justificada na necessidade do empregador ter um prestador de serviço descansado e produtivo; na necessidade da família em ter um convívio mais prolongado do que o existente entre as jornadas de trabalho ou dos finais de semana e na do próprio Estado em ter um cidadão equilibrado física, psíquica e socialmente ⁶⁰.

As “férias anuais remuneradas” são assim denominadas por se tratarem de um conjunto formado por um período de descanso, longe do ambiente de trabalho, e por uma remuneração, esta com intuito de proporcionar ao trabalhador condições mínimas de gozo.

O instituto das férias, que foi inscrito no elenco dos direitos sociais do trabalhador pelas Constituições de 1934, artigo 121, alínea “b”, 1937, artigo 137, alínea “e”, 1946, artigo 157, inciso VII, 1967, artigo 165, inciso VIII e 1988, artigo 7º, inciso XVII, é o mais amplo tipo de descanso, uma vez que todos os outros institutos desta natureza já tinham alcançado pleno desenvolvimento. As férias foram criadas por meio dos usos e costumes sem qualquer caráter religioso, reguladas por convenções coletivas, tendo como objetivo assegurar a saúde do trabalhador, o progresso étnico do País e seu desenvolvimento sócio-econômico.

A criação do instituto é baseada em três fundamentos essenciais, quais sejam: de natureza biológica, pois visa o combate de problemas psicofisiológicos advindos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço; de caráter social, uma vez que possibilita ao trabalhador viver na sociedade de maneira recreativa, gozando de atividades culturais e físicas e, principalmente, conviver integralmente com a sua família; e, por último, de caráter econômico, porquanto tem por objetivo a restrição do desemprego e aumento do rendimento superior na execução do trabalho, já que este repouso combate à fadiga ⁶¹.

⁶⁰ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Férias**. 1. ed. São Paulo: Editora Sugestões Literárias S/A, 1978, p. 17.

⁶¹ MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 499

3.2. Evolução do instituto das férias

Até o final do século XIX, a legislação referente à seguridade deste instituto era muito escassa. A história de Roma antiga revela que, diante do conceito usual de férias, o povo comemorava, com jogos, sacrifícios e banquetes, o princípio e o fim das colheitas e vindimas, algumas bodas, aniversários etc. Mas a paralisação, para tal fim, correspondia ao que corresponde ao feriado, e não a férias anuais”⁶².

Já em 1948, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, as férias anuais remuneradas periódicas e o lazer foram consagrados como direitos fundamentais do homem trabalhador (artigo XXIV).

Assim, a evolução histórica das férias atingiu, paulatinamente, vários países da Europa.

A Suíça limitava-se a regulamentar a matéria de modo genérico, e, em seu Código Federal das Obrigações, no art. 431, refletiam-se apenas costumes locais, pois o que era considerado férias eram as horas e jornadas usuais de liberdade⁶³.

Na Inglaterra, o direito a férias só existia caso o mesmo tivesse sido assegurado em convenções coletivas, pois se adota a tradição do *common law*⁶⁴.

Já, na Itália, as férias decorriam da liberdade da empresa incluir, ou não, dispositivos a respeito da matéria ou podiam ser asseguradas em cláusulas no contrato individual de trabalho. Em 1919, porém, veio o Decreto-lei real nº 112, de 07 de fevereiro, o qual regulamentou o instituto em caráter restrito, uma vez que só alcançava a classe dos servidores, não protegendo os trabalhadores. Entretanto, apesar do seu caráter restritivo, tal Decreto-lei serviu também para resolver o impasse que impedia os convênios coletivos de assegurarem este direito.

É relevante ressaltar que o país pioneiro na promoção da lei de outorga de férias a todos os trabalhadores assalariados foi a Áustria, embora o país que, pela primeira vez, concedeu

⁶² SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed., atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 873.

⁶³ MARTINS NETTO, Modestino. **Férias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1977, p. 01.

⁶⁴ Locução inglesa: lei comum ou costume geral e imemorial que designa a lei não escrita ou não estatuída, criada por decisões judiciais, contrapondo-se à escrita, emanada do poder legislativo.

férias de maneira obrigatória foi a Islândia, em 1909 ⁶⁵.

Diante dessa situação mundial, que teve início na lei setorial da Inglaterra de 1872 e sua superveniência na lei austríaca de 30 de julho de 1919, o Brasil se mostrou progressivo, uma vez que sua primeira manifestação deu-se em 18 de dezembro de 1889, por meio de Aviso Ministerial. Embora em caráter restrito, concediam-se férias remuneradas de 15 dias a todos os trabalhadores do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, estendendo-as aos operários diaristas e aos ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil, pelo Aviso de 17 de janeiro de 1890 ⁶⁶.

Após a ocorrência dos primeiros Avisos Ministeriais, o Brasil promulgou a lei nº 4.582/25 que estendia o direito a 15 dias de férias aos empregados e operários de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários e de instituições de caridade e beneficência do Distrito Federal e dos Estados, sem qualquer prejuízo de ordem pecuniária aos mesmos. Desta forma, o Brasil posicionou-se como o segundo país a conceder o benefício no mundo.⁶⁷

Com a criação do Ministério do Trabalho, foi baixado o Decreto nº 19.686, de 11 de fevereiro de 1931, que teve como objetivo transferir a competência de fiscalização da lei de férias e seu regulamento para o Departamento Nacional do Trabalho.

Assim, vários decretos foram sendo promulgados com o objetivo de aperfeiçoar a legislação vigente nos moldes a seguir descritos.

Em 28 de março do ano de 1931, foi promulgado o Decreto nº 19.808 que revogava a legislação anterior pertinente ao assunto, mantendo o princípio dos 15 dias, e, em virtude do não cumprimento da obrigação patronal, estabeleceu-se o prazo de um ano, estendido por mais seis meses, para concessão das férias devidas por parte do empregador ⁶⁸.

Em agosto de 1933, o Decreto nº 23.103 veio dispor sobre as férias dos

⁶⁵MARTINS NETTO, Modestino. **Férias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1977, p. 03.

⁶⁶ Idem, p.12.

⁶⁷ ROCHA, Osiris. **A nova lei de férias**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 08.

⁶⁸ MARTINS NETTO, Modestino, *op. cit.*, p. 14.

empregados em estabelecimentos comerciais e bancários e em instituições de assistência privada e, posteriormente. Além destes, o Decreto nº 23.768, de 18 de janeiro de 1934, estabeleceu normas reguladoras das férias dos empregados em qualquer ramo da atividade industrial, empresas jornalísticas, de comunicações, transportes aéreos e terrestres e de serviços públicos, exigindo a condição de sindicalizado para aquisição desse direito.

A evolução histórica até a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas, a CLT, não parou. O direito a férias atingiu os empregados em hotéis, restaurantes e similares em 1936 por meio da Lei nº 450, de 1937, e os empregados das seções industriais das usinas de álcool e açúcar através do Decreto-lei nº 505, de 1938. O ano de 1943 representou um grande triunfo, pois foi nele que nasceu a CLT.

A partir deste momento, ficou revogada toda a legislação anterior existente e pertinente ao assunto. Posteriormente as Leis nº 816/40 e nº 1530/51 vieram a alterar parcialmente a CLT. A primeira porque aumentou para 20 dias o limite maior de férias, excluindo o cômputo dos domingos e feriados, e a segunda porque deu a atual redação da alínea “b” do art. 132 da CLT, *verbis*: “quinze dias úteis aos que tiverem ficado à disposição do empregador por mais de duzentos e cinquenta dias em doze meses do ano contratual”⁶⁹.

Outrossim, a situação daqueles que, sem atingirem um ano ou doze meses de serviço em seu contrato de trabalho e que, nem por isso deixavam de sofrer os efeitos da fadiga, elemento constitutivo das férias, foi finalmente contemplada. Em 13 de setembro de 1966, a Lei nº 5.107, no seu art.26 criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e o Decreto nº 59.820 de 20 de dezembro de 1966 regulamentou as férias proporcionais, no art.62, *verbis*:

“O empregado, optante ou não, que for dispensado sem justa causa ou que atingir o término de contrato a prazo determinado, antes de contemplar um ano de serviço na mesma empresa, fará jus, como indenização de férias na base da sua remuneração de 20 (vinte) dias, do pagamento de 1/12 (um doze avos) dessa remuneração, por mês trabalhado, considerando-se como mês completo a fração superior a 14 (catorze) dias”.⁷⁰

A disciplina do instituto das férias manteve-se inalterada até 1977, quando o Decreto-lei nº 1.535, de 13 de abril, inseriu no texto da CLT, nova legislação que modificava

⁶⁹ MARTINS NETTO, Modestino. **Férias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1977, p. 15.

⁷⁰ *Idem*, p. 16.

parcialmente a normatização da matéria. As principais novidades, de acordo com Osiris Rocha ⁷¹ foram:

“A duração das férias aumentou para períodos de 30, 24, 18 e 12 dias corridos e, se parcelada, o período mínimo será de 10 dias, prazo que vigorará, também, para a notificação do empregado quanto à sua concessão;

Ficou expressamente proibida ao empregado a prestação de serviços a outro empregador, salvo se obrigado por contrato de trabalho com esse;

Criou-se uma penalidade realmente excepcional: se o empregado reclama na Justiça contra a não concessão das férias, a sentença cominará multa de 5% do salário mínimo regional devido ao empregado, até que seja cumprida a obrigação, com remessa obrigatória de cópia da decisão ao órgão local do Ministério do Trabalho, para fins de aplicação da multa de caráter administrativo;

Foram institucionalizadas as férias coletivas, já da praxe de muitas empresas, com regulamentação minuciosa;

A lei abandona o critério da Súmula 07 do Colendo TST, para generalizar aquele do Prejulgado 22: ‘O empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão’;

O empregado poderá pedir que 1/3 das férias se transforme em abono pecuniário, que deverá ser requerido até 15 dias antes do término do período aquisitivo.”

3.3. Natureza jurídica do instituto das férias

Inicialmente, cumpre destacar que as férias não se constituem em um prêmio, que deva ser concedido ao empregado após um ano de trabalho, mas, em um direito, assegurado pelo próprio Estado.

Assim, nos ensinamentos de Cesarino Júnior ⁷², a natureza das férias remuneradas é dupla, pois, para o empregador, constitui-se em uma obrigação de fazer – consentindo no afastamento do empregado durante o período mínimo fixado pela lei – e de dar – pagando-lhe o salário equivalente. Já, para o empregado, é, ao mesmo tempo, um direito de exigir o cumprimento das mencionadas obrigações do empregador e uma obrigação de não fazer, isto é, de abster-se de trabalhar durante as férias.

Outrossim, o instituto de que trata o presente capítulo possui caráter público, sendo, portanto, irrenunciável. Além disso, o disposto no artigo 143 da CLT que permite a conversão ou a venda de 1/3 das férias pelo empregado não retira o caráter imperativo de

⁷¹ ROCHA, Osiris. **A nova lei de férias**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 02.

⁷² DE SOUZA, Márcia Gomes. Espelho de aula n° 8 *in* Notas de aula da cadeira de Direito do Trabalho II, da Faculdade de Direito, do Centro de Ensino Universitário de Brasília – UniCEUB, 1. sem. 2001.

norma de ordem pública, tratando-se, apenas, do exercício de um direito potestativo do empregado, previsto em lei, que, por si só, não faz configurar uma transação entre as partes.

3.4. Espécies de férias

As férias anuais remuneradas possuem uma peculiaridade em se tratando de suas espécies, podendo-se classificá-las em cinco. São elas: as férias simples; as coletivas; as indenizadas; as proporcionais; e as férias dobradas.

As primeiras são aquelas que já foram exemplificadas até agora, as adquiridas após o decurso de um ano do contrato de trabalho.

As segundas, o próprio nome – “coletivas” – já o diz, são aquelas concedidas simultaneamente a vários empregados; em geral, a todos ao mesmo tempo.

As indenizadas são as férias substitutivas das férias simples, pois, quando estas não são gozadas pelo empregado, ele deve recebê-las de forma indenizatória.

Já, as proporcionais são aquelas relativas à fração de tempo, menor que doze meses, devidas quando ocorre o rompimento da relação de emprego antes de completado o período aquisitivo de 12 meses, desde que vínculo do empregado com o empregador seja superior a doze meses e o despedimento não se tenha dado por justa causa. Mister se faz ressaltar que quando há pedido de dispensa do empregado com menos de um ano de serviço, este perde o direito às férias proporcionais, conforme disposto no Enunciado 261 do TST.

E, por fim, as férias dobradas são aquelas que, adquiridas, não foram gozadas no prazo máximo permitido em lei, sendo, então, obrigação do empregador pagá-las em dobro, ainda que este venha a concedê-las ao empregado, voluntariamente. Destaque-se que o direito do empregado ao gozo das férias subsiste, sem embargo da remuneração dobrada do respectivo período.

Porém, considerando-se a natureza jurídica do instituto, só existem dois tipos: as férias gozadas e as férias indenizadas.

3.5. Análise do instituto das férias na CLT

Aduza-se, preliminarmente, que, em razão da delimitação do tema do trabalho, neste tópico, serão analisados os arts. 129 a 152, da CLT, não sendo abordada a disciplina do instituto das férias prevista em leis extravagantes.

Embora constante dos citados artigos, em tópico próprio, tratar-se-á das situações relativas aos menores de dezoito e aos maiores de cinquenta anos. Também nesse tópico à parte será feita uma análise da questão das férias das empregadas domésticas, disciplinada em lei extravagante.

3.5.1. Da concessão e da época das férias

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu título II, capítulo IV, dispõe sobre as férias anuais. O direito a férias surge após doze meses de vigência do contrato de trabalho e não gera prejuízo à remuneração do empregado (art. 129, CLT). A cada período de doze meses, chamado de “período aquisitivo”, o empregado adquire o direito a 30 dias corridos de férias, desde que não tenha em seu registro até 5 faltas naquele ano (art. 130, I, CLT).

Porém, no caso de ocorrerem faltas, os dias de férias serão inversamente proporcionais ao número de ausências injustificadas no trabalho. O artigo 130, da CLT, em seus incisos II, III e IV, define esta situação, no momento em que divide as férias em 24 dias corridos, quando houver ocorrido de 6 a 14 faltas, não justificadas; em 18 dias corridos, quando forem de 15 a 23 faltas; e 12 dias corridos, quando se tratar de 24 a 32 faltas. Nota-se que os períodos de férias relacionados acima são múltiplos de 3. Isso ocorre para que o empregado exerça o seu direito potestativo de converter 1/3 do período a que tem direito em abono pecuniário (art.143, CLT) e, com isso, não se prejudicar ⁷³.

Ainda a respeito de eventuais faltas do empregado ao trabalho, é importante ressaltar que estas não podem ser descontadas diretamente no período das férias (art. 130, §1º).

No que tange à não percepção deste direito, o artigo 133 dispõe que o

⁷³ MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 505.

empregado não terá direito a férias anuais quando: a) deixar o emprego e não for readmitido dentro dos sessenta dias subseqüentes à sua saída (art. 133, I, da CLT); permanecer em gozo de licença recebendo o seu respectivo salário por mais de trinta dias (art. 133, II, CLT); permanecer afastado do trabalho em virtude de paralisação total ou parcial da empresa, com percepção do salário por mais de trinta dias (art. 133, III, CLT); ou ainda, se tiver recebido da Previdência Social, por mais de seis meses, prestação de acidente de trabalho ou de auxílio-doença, mesmo que não tenham sido contínuos (art. 133, IV, CLT).

Em relação à concessão das férias, está disposto na CLT que estas deverão ser concedidas nos doze meses subseqüentes ao período aquisitivo (art. 134, *caput*). Caso isso não ocorra, o empregado pode requerer à justiça à fixação do período de gozo por sentença (art.137, §1º). O empregado ainda faz jus ao recebimento do valor pecuniário de suas férias em dobro ⁷⁴ (art. 137, *caput*).

Estas férias, chamadas de dobradas, têm caráter indenizatório. A previsão da indenização visa a intimidar o empregador, para fazê-lo cumprir a disposição legal, pois sempre que forem concedidas após o prazo legal (período concessivo), deverão ser remuneradas em dobro. O gozo das férias, entretanto, não será dobrado, devendo o empregado descansar apenas pelo período legalmente previsto.

Vale destacar que o artigo 137 da CLT, que dispõe sobre a matéria, trouxe valiosas modificações, quando comparado ao sistema anterior. Pela nova regulamentação, o trabalhador não perde o direito de gozar suas férias vencidas. Hoje, se paga ao trabalhador em dobro, pelo descumprimento do prazo legal de concessão das férias, e mantém-se o direito de gozo de suas férias. Pelo sistema anterior, esgotado o período de concessão, as férias não mais seriam gozadas, sendo a obrigação do empregador, apenas, o pagamento dobrado como forma de indenização ⁷⁵.

A legislação trabalhista é omissa no tocante às férias dobradas, em

⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 81: Férias gozadas após o período legal de concessão – Remuneração em dobro. Os dias de férias, gozadas após o período legal de concessão, deverão ser remunerados em dobro. *In* CLT – LTr, 30. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 581.

⁷⁵ PRUNES, José Luiz Ferreira, *op. cit.*, p. 84.

decorrência da projeção do aviso prévio indenizado, quando se trata de rescisão contratual ⁷⁶. Porém, como as férias dobradas dizem respeito à ausência de gozo das férias simples no prazo legal, não há que se falar nelas na rescisão contratual, pois se trata, neste caso, de pagamento das verbas rescisórias e não em indenização por falta de concessão no período legal determinado (entendimento decorrente da interpretação do art. 137, da CLT, combinado com a Súmula nº 81, do TST).

O período de férias ao qual o empregado faz jus será concedido por ato do empregador (art. 134, *caput*). Entretanto, apesar da época de concessão dever ser a que melhor atenda às necessidades do empregador (art. 136, *caput*), uma vez comunicado ao empregado o período de gozo de suas férias, sejam elas individuais ou coletivas, o empregador só poderá cancelá-las ou modificá-las se demonstrar necessidade imperiosa e, mesmo assim, terá que indenizar o empregado por gastos comprovados que este tenha assumido por razão de suas férias ⁷⁷.

O período de férias deve ter início em dia diferente do sábado, domingo, feriado ou dia de compensação de repouso semanal ⁷⁸ e deve ser concedido de forma contínua, ou seja, não será admitido o fracionamento deste, salvo em casos excepcionais (art. 134, *caput* e § 1º).

Ainda assim, mesmo sendo caracterizada uma exceção, este período só poderá ser fracionado desde que respeitado o mínimo de dez dias para uma das frações (art. 134, §1º).

3.5.2. Das férias coletivas

As férias coletivas podem ser concedidas a todos os trabalhadores da

⁷⁶ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Manuel prático das relações trabalhistas**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 473.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Precedente Normativo nº 116: Férias – cancelamento ou adiantamento (positivo). Comunicada ao empregado o período de gozo de férias individuais ou coletivas, o empregador somente poderá cancelar ou modificar o início previsto se ocorrer necessidade imperiosa e, ainda assim, mediante o ressarcimento ao empregado dos prejuízos por este comprovados. **In** CLT – LTr, 30. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 603

⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Precedente Normativo nº 100: Férias – início do período de gozo (positivo). O início das férias, coletivas ou individuais, não poderá coincidir com o sábado, domingo, feriado ou dia de compensação de repouso semanal. **In** CLT – LTr, 30. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 603

empresa ou apenas para um estabelecimento ou setor da mesma (art. 139, *caput*). Elas serão gozadas em dois períodos anuais e um deles não deve ser superior a 10 dias, obedecendo assim à condição do fracionamento das férias (art. 139, §1º).

Entretanto, para que a empresa possa aplicá-la a seus funcionários, dever-se-á comunicar as datas de início e fim da concessão das férias ao órgão local do Ministério do Trabalho, com a antecedência mínima de 15 dias, especificando quais sejam os setores ou estabelecimentos abrangidos nesta medida (art. 139, §2º). É relevante destacar que a microempresa está desobrigada deste comunicado junto à Delegacia Regional do Trabalho correspondente ⁷⁹.

Além disso, havendo férias coletivas na empresa, o empregado que tiver menos de doze meses de contrato de trabalho fará jus, na oportunidade, a férias proporcionais e, ao término destas, há de começar novo período aquisitivo (art. 140).

3.5.3. *Da remuneração e do abono de férias*

O artigo 142 da CLT trata da remuneração das férias do empregado. Este, segundo a legislação pátria, perceberá durante o gozo das férias, a remuneração que já recebia no momento da concessão das mesmas, acrescido, é claro, do terço constitucional previsto no art. 7º, XVII da CF/88, já mencionado anteriormente ⁸⁰.

O abono pecuniário, por sua vez, é uma faculdade do empregado, pois sempre que quiser, o mesmo pode solicitar a conversão de um terço do período de férias a qual tem direito em pecúnia, a ser recebida juntamente com a remuneração das férias. Assim dispõe o art. 143, da CLT.

Vale ressaltar que, em se tratando de férias coletivas, a possibilidade do abono das férias está sujeita a acordo coletivo entre o empregador e o sindicato representante da respectiva categoria profissional (art. 143, §2º) e que esta faculdade não se aplica aos

⁷⁹VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Manuel prático das relações trabalhistas**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 474.

⁸⁰BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 328: Férias – terço constitucional. O pagamento das férias, integrais ou proporcionais, gozadas ou não, na vigência da Constituição da República de 1988, sujeita-se ao acréscimo do terço previsto em seu art. 7º, inciso XVII. **In** CLT – LTr, 30. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 596.

empregados sob o regime de tempo parcial (art. 143, §3º).

3.5.4. Dos efeitos da cessação do contrato de trabalho

A CLT dispõe que ocorrendo a cessação do contrato de trabalho, as férias serão devidas na forma simples ou dobrada, conforme o caso concreto. Além disso, também são devidas as férias proporcionais.

As férias proporcionais são devidas em quatro hipóteses, segundo a legislação trabalhista em vigor: quando o empregador despede seu empregado sem justa causa e com menos de um ano de contrato de trabalho (art. 147); quando o empregador despede seu empregado, sem justa causa, com mais de um ano de contrato de trabalho (art.146, parágrafo único); quando o contrato, sendo ele a prazo determinado, chega ao fim (art. 147), quando o empregado pede demissão (Súmula nº 171 do TST), mesmo que o seu contrato de trabalho seja inferior há um ano (Súmula nº 261 do TST).

Além disso, o empregado que faz jus a férias proporcionais perceberá remuneração relativa ao período aquisitivo incompleto de férias, na proporção de 1/12 avos (art. 146, parágrafo único) por mês ou fração igual ou superior a quinze dias de trabalho contados a partir da data de admissão e, ainda, serão sempre observadas as faltas injustificadas no período aquisitivo ⁸¹.

3.5.5. Da prescrição

O prazo prescricional do direito de ação de reivindicar as férias é de 5 anos no curso da relação de emprego, inclusive para os trabalhadores rurais, contados do término do período concessivo (art. 149, da CLT), ou até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho ⁸².

⁸¹ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Manual prático das relações trabalhistas**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 483.

⁸² DE MELLO, Pedro Thaumaturgo Soriano. **Manual de direito trabalhista de acordo com a constituição de 88**. Belém, PA: Edições CEJUP, 1990, p. 148.

3.5.6. *Das disposições especiais*

As disposições especiais tratadas na CLT dizem respeito ao direito de férias dos trabalhadores do mar. Contudo por se tratar de matéria dispensável para este trabalho, o direito a férias dos trabalhadores marítimos, também objeto de uma convenção da OIT, qual seja a de nº 146, não objeto de estudo.

3.6. **Situações especiais em relação ao instituto das férias**

3.6.1. *Os Trabalhadores Menores de Idade e os Maiores de 50 anos*

Os trabalhadores menores de idade são aqueles que possuem entre 14 e 18 anos, sendo que os que possuem idade inferior a 16 anos estão caracterizados na situação de aprendizes.

Este tipo de trabalhador possui um contrato de trabalho peculiar, uma vez que a empresa que o contratar deve coincidir as cláusulas de contrato com os dispositivos constantes na legislação de proteção ao trabalhador menor, mas, nem por isso a empresa possui um percentual mínimo de empregados sob esta condição. Pelo contrário, a legislação existente com relação à admissão dos menores na empresa não menciona um limite para esta contratação ⁸³.

Dentre as disposições legais da legislação vigente ao menor de idade constam restrições legais a atividades consideradas perigosas ou insalubres, sendo elas: trabalho em horário noturno, trabalhos realizados nas ruas e praças sem prévia autorização do Juiz da Vara da Infância e da Juventude; trabalho que exija força muscular superior à 20 Kg quando o trabalho for contínuo ou superior a 25 Kg quando o mesmo for ocasional, salvo nos casos de remoção de materiais feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos (par. 5º do art. 405 da CLT); trabalho em locais ou em serviços insalubres ou perigosos; e trabalho em locais e serviços prejudiciais à sua moralidade como, por exemplo, em cassinos, boates, venda de bebidas alcoólicas, etc ⁸⁴.

⁸³ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Manuel prático das relações trabalhistas**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 303

⁸⁴ VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Manuel prático das relações trabalhistas**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 303.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 67, prevê ainda a proibição do trabalho em horários e locais que não permitam a frequência à escola ⁸⁵.

No caso do direito a férias, a CLT, em seu art. 134, § 2º, veda a possibilidade do fracionamento do seu gozo, ainda que se tratando de férias coletivas. Portanto, nos casos em que as férias coletivas forem inferiores ao direito deste empregado, a empresa deverá deixá-lo gozar integralmente suas férias, retornando depois dos demais empregados ou considerar como licença remunerada, o período em que os outros estão em férias coletivas para depois lhes conceder férias individuais.

Ainda com relação aos trabalhadores menores de idade, não há que se falar em prazo prescricional para nenhum direito trabalhista que ele possua, inclusive o das férias. De acordo com o art. 440, da CLT, o prazo prescricional só começará a correr após a maioridade do empregado.

Por fim, com relação aos trabalhadores maiores de cinquenta anos, também se aplica a eles o disposto no art. 134, § 2º, da CLT. Neste caso, a proibição é justificada por já terem os maiores de 50 anos atingido uma maturidade física que reduz sua resistência à fadiga; assim, precisam do período integral de descanso. Portanto, os dez dias (período mínimo para fracionamento das férias) não seriam suficientes para que estes trabalhadores “especiais” repusessem suas energias.

3.6.2. Os Trabalhadores Domésticos

Segundo Cláudia Salles Vilela Vianna⁸⁶, trabalhador doméstico é “toda pessoa física que, mediante remuneração mensal, presta serviços de natureza contínua à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas e desde que não possua a atividade desenvolvida, qualquer finalidade lucrativa para o empregador”.

Há, portanto, a necessidade da verificação de quatro requisitos básicos para que esteja configurada a figura do trabalhador doméstico, quais sejam: a natureza do serviço que deve ser contínua, ou seja, o trabalho deve ser sucessivo, constante; a qualidade da pessoa

⁸⁵ Idem, p. 304.

⁸⁶ VIANNA, Cláudia Salles Vilela. **Manuel prático das relações trabalhistas**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 219.

que deve ser física e seu trabalho retribuído por remuneração; o serviço prestado deverá ser também a uma pessoa física ou a uma família, não admitindo em nenhuma hipótese o trabalho em favor de pessoa jurídica e, por último, o requisito que configura o local do trabalho que deve restringir-se ao âmbito residencial.

Vale dizer que, a atividade que apresenta interrupções temporais, ou seja, não cumpre o primeiro requisito, não descaracteriza, por si só, a prestação do serviço doméstico. A prática diária e as peculiaridades acerca da matéria permitem a distinção entre o trabalho autônomo de diarista, do trabalho de doméstica com atividade intermitente, ainda que este não ocorra em todos os dias da semana ⁸⁷.

É importante ressaltar que estes trabalhadores não são regidos pela CLT e sim por uma legislação específica, qual seja a Lei nº 5.859/72 e normas complementares. Nos termos do art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal, aos empregados domésticos são reconhecidos os direitos constantes do art. 7º, incisos IV (salário-mínimo); VI (irredutibilidade salarial); VIII (13º salário); XV (repouso semanal remunerado); XVII (férias anuais remuneradas, com acréscimo de 1/3); XVIII (licença-gestante); XIX (licença-paternidade); XXI (aviso prévio); e XXIV (aposentadoria e integração à previdência social).

No que concerne ao direito a férias, dispõe a Lei nº 5.859/72, modificada pela lei nº 11324/06, que o empregado doméstico terá o seu período de gozo de férias igual a trinta dias que deverão ser acrescidas com, pelo menos, um terço a mais que o salário normal. Além disso, diante da natureza jurídica do instituto, as férias deverão ser remuneradas com, pelo menos, dois dias de antecedência ao início do período e os domingos e feriados que estiverem compreendidos neste lapso temporal deverão ser remunerados com o acréscimo do terço constitucional, previsto no artigo 7º, inciso XVII, da Carta Magna de 1988.

Importante questão diz respeito às férias proporcionais do empregado doméstico.

A jurisprudência dos Tribunais trabalhistas tem se consolidado com respeito à existência, ou não, do direito dos empregados domésticos a férias proporcionais.

⁸⁷ Ibidem.

Ainda que seja firme o entendimento de que a CLT não se aplica ao empregado doméstico (inteligência do art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal, combinado com o art. 7º, alínea “a”, da CLT), a polêmica com relação ao tema surgiu em razão do Decreto 71.885, de 9 de março de 1973, que “aprova o regulamento da Lei nº 5.859, de 11.12.1972, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências”, o qual, em seu art. 2º, dispõe *verbis*:

“Art. 2º **Excetuando o capítulo referente a férias, não se aplicam aos empregados domésticos** as demais disposições da **Consolidação das Leis do Trabalho**.” (grifos nossos)

Embora flagrante a ilegalidade do artigo, uma vez que o Poder Executivo exorbitou no exercício de seu poder regulamentar, criando para os empregadores obrigações não previstas na lei que disciplina a profissão de empregado doméstico, esse dispositivo é reiteradamente utilizado para justificar a concessão de férias proporcionais, principalmente após a edição da lei nº 11.324 de 19 de julho de 2006.

Entretanto, antes do advento da referida lei e ainda que não pacificada a matéria, os Tribunais trabalhistas já utilizavam outras construções jurídicas para a concessão desse benefício, como são exemplos as decisões a seguir transcritas:

“ **EMPREGADO DOMÉSTICO - FÉRIAS PROPORCIONAIS ACRESCIDAS DE 1/3.**

Os direitos assegurados aos **empregados domésticos** estão previstos na Lei nº 5859/72 e na Constituição da República, artigo 7º, parágrafo único. **Não há, nesses diplomas, previsão expressa de férias proporcionais**, matéria disciplinada pela CLT (artigos 146 e 147), inaplicável aos **empregados domésticos**, consoante dispõe o artigo 7º, "a", da CLT. **Não é possível, entretanto, recusar, à empregada doméstica, direito que tem origem no tempo de serviço. Ocorrendo rescisão imotivada, pelo empregador, incide a regra geral da conversibilidade da obrigação de fazer em dar** (art. 879, CCB).

Recurso conhecido e desprovido.” (grifos nossos).

(TST, RR nº 704375/2000, 3ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 13.12.2000)

Recurso de Revista não conhecido, nesse particular.

EMPREGADA DOMÉSTICA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. DIREITO.

Na falta de previsão específica na lei especial que dispõe sobre a categoria dos empregados domésticos, a norma do art. 159 do Código Civil, aplicada por analogia (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil), ampara o pedido de pagamento, a título de indenização, das férias fracionadas ou proporcionais, na cessação do contrato de trabalho do empregado doméstico, sem justa

causa, por iniciativa do empregador, vez que o ato patronal frustra a aquisição de um direito em vias de ser concretizado, ou seja as férias anuais remuneradas.

Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.” (grifos nossos).

(TST, RR nº 490223/1998, 5ª Turma, Relator Juiz Convocado, DJ 25.10.2002)

Porém, havia Turmas do Eg. TST que sustentam a não existência de direito dos trabalhadores domésticos a férias proporcionais, a exemplo:

“EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PROPORCIONAIS E EM DOBRO.

Este C. Tribunal Superior do Trabalho, por meio de inúmeros precedentes, tem entendido que não houve alteração nas férias do trabalhador doméstico, acerca da quantidade de dias/ano, após o advento da Constituição Federal de 1988. Entende, ainda, que não são devidos as férias proporcionais e o pagamento dobrado, no caso do descanso não concedido à época própria.

Ao trabalhador doméstico aplica-se a Lei específica (nº 5589/72) no tocante ao período de direito a férias (20 dias úteis), da mesma forma no que tange à proporcionalidade e, conforme se depreende da citada lei, não há previsão de pagamento de férias proporcionais, porquanto a lei regulamentadora das relações empregatícias envolvendo empregados domésticos, bem como a Constituição Federal, não lhe assegura tal vantagem.

Recurso de Revista conhecido em parte e provido.

(TST, RR nº 490233/1998, 2ª Turma, Relator Ministro José Luciano de Castilho Pereira, DJ 07.02.2003)

Embargos providos.” (grifos nossos).

(TST, ERR nº 324225/1996, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Vantuil Abdala, DJ 26.05.2000, p. 339)

Inquestionável, portanto, que, no âmbito do próprio TST, não há divergência com respeito ao tema. O que ocorre, porém, é a diversidade de fundamentação quando do reconhecimento do direito à férias proporcionais ao empregado doméstico, como são exemplos as decisões transcritas:

“FÉRIAS DE 30 DIAS. EMPREGADA DOMÉSTICA. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte, o empregado doméstico faz jus às férias anuais de trinta dias, mais o abono, e também ao pagamento proporcional quando não gozadas no período concessivo, à semelhança dos demais trabalhadores, por decorrência lógica dos princípios da igualdade e da proteção à dignidade da pessoa humana, erigidos como pilares do ideário da República Federativa do Brasil, pela Constituição Federal de 1988, que estendeu ao empregado doméstico, por força do artigo 7º, parágrafo único, o gozo de férias anuais remuneradas, acrescidas de 1/3, previsto em seu inciso XVII. Acrescenta-se, ainda, que a fruição de 30 dias de férias pelo empregado doméstico foi assegurada pela Lei nº 11.324/2006, que alterou o artigo 3º da Lei nº 5.859/72, todavia, o Decreto nº 71.885/73, já assegurava a aplicação das disposições da CLT, no tocante às férias, ao empregado doméstico. Precedentes do TST.

Incidência da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 4º, da CLT. Recurso de revista de que não se conhece.” (grifos nossos)

(TST, RR nº 167100/2005, 7ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 14.05.2010).

“EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PROPORCIONAIS E EM DOBRO. A Constituição da República, ao estabelecer o rol dos direitos trabalhistas com *status* constitucional, assegurou aos empregados domésticos o direito à fruição das férias, com o respectivo adicional, em igualdade com os demais trabalhadores. Logo, o Decreto nº 71.885 (que regulamentou a Lei nº 5.859/72), já em 1973, reconheceu que, no tocante às férias - entre as quais se inclui a indenização por sua não-concessão -, as disposições da CLT são aplicáveis também ao empregado doméstico. **Devido, ainda, o pagamento das férias proporcionais ao empregado doméstico, porquanto a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, em 23/9/1998, e incorporada à ordem jurídica interna, em 6/10/99, pelo Decreto nº 3.197/99, que a promulgou, alterou profundamente o regime de férias, estabelecendo o direito a férias proporcionais a todos os empregados, com exceção dos marítimos.** Recurso de revista conhecido e não provido.” (grifos nossos)

(TST, RR nº 148100/2003, 2ª Turma, Relator Ministro Roberto Pessoa, , DEJT 28/06/2010).

“EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PROPORCIONAIS. APLICABILIDADE. 1. A Constituição da República, por força do disposto no parágrafo único do artigo 7º, estendeu aos empregados domésticos a garantia ao gozo de férias anuais remuneradas prevista no inciso XVII do indigitado dispositivo constitucional. Tal garantia abrange, por óbvio, tanto o direito à percepção do valor correspondente ao período integral de férias quanto o proporcional. **2.** De outro lado, a Lei n.º 5.859/1972, que disciplina a profissão do empregado doméstico, foi regulamentada pelo Decreto n.º 71.885/1973, que previu em seu artigo 2º que, *-exceção o Capítulo referente a férias, não se aplicam aos empregados domésticos as demais disposições da Consolidação das Leis do Trabalho-*. São, portanto, integralmente aplicadas aos empregados domésticos as normas da Consolidação das Leis do Trabalho atinentes às férias, inclusive quanto ao pagamento de férias proporcionais (artigo 147). **3.** Frise-se, ademais, que nos termos da Convenção n.º 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e incorporada à ordem jurídica interna por meio do Decreto n.º 3.197 de 5/10/1999, o direito às férias remuneradas é assegurado a todas as categorias de empregados não excepcionadas pela própria norma (marítimos) ou por declaração expressa produzida no ato de ratificação. O Brasil ratificou o instrumento declarando o aplicável aos empregados urbanos e rurais, sem consignar qualquer exceção. Tal convenção assegura, no seu artigo 4.º, § 1º, o direito à percepção do valor correspondente às férias, proporcionalmente ao período trabalhado. Recurso de revista de que não se conhece.” (grifos nossos)

(TST, RR nº 5402400/2002, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa,

DEJT 19/03/2010).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. EMPREGADO DOMÉSTICO. FÉRIAS PROPORCIONAIS E EM DOBRO. PAGAMENTO DEVIDO. A Constituição da República, ao estabelecer o rol dos direitos trabalhistas com *status* constitucional, assegurou aos empregados domésticos o direito à fruição das férias, com o respectivo adicional, em igualdade com os demais trabalhadores. Logo, o Decreto nº 71.885 (que regulamentou a Lei nº 5.859/72), já em 1973, reconheceu que, no tocante às férias - entre as quais se inclui a indenização por sua não-concessão -, as disposições da CLT são aplicáveis, também, ao empregado doméstico. **Devido, também, o pagamento das férias proporcionais ao empregado doméstico, porquanto a Convenção nº 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, em 23/09/1998, e incorporada à ordem jurídica interna, em 06/10/99, pelo Decreto nº 3.197/99, que a promulgou, alterou profundamente o regime de férias, estabelecendo o direito a férias proporcionais a todos os empregados, com exceção dos marítimos.** Agravo de instrumento desprovido.” (grifos nossos)

Processo: AIRR - 68640-79.2006.5.04.0302 **Data de Julgamento:** 12/08/2009, **Relator Ministro:** Vantuil Abdala, 2ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 11/09/2009.

3.7. Considerações finais do capítulo

É constatável que o instituto das férias sofreu grandes transformações ao longo da história, mas as alterações de grande significado vieram com a Constituição Federal de 1988.

Observa-se que esse instituto é fundado na própria limitação humana. Ele existe para que o trabalho desempenhado pelo empregado, após um certo tempo de repouso, possa voltar a ter produtividade. Desta forma, a CLT buscou normatizar o instituto para que o trabalhador não ficasse desprotegido.

No que concerne à proporcionalidade das férias, a disparidade existe no tocante aos empregados domésticos, quanto à real aplicabilidade do disposto no art. 129 de seguintes da CLT, uma vez que, é latente a ilegalidade do decreto que regulamentou as férias dos empregados domésticos.

Mesmo assim, os Tribunais trabalhistas concedem o direito a férias proporcionais aos empregados domésticos fundado nesta norma regulamentadora que extrapolou sua finalidade precípua.

4. AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, § 2º, *verbis*: “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”.

Em decorrência desse preceito constitucional, e em face da importância das Convenções da OIT no que concerne às normas trabalhistas dos Estados-partes desse organismo internacional, é relevante a questão relativa à entrada em vigor das Convenções internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro.

Assim, as Convenções Internacionais diferenciam-se dos Tratados internacionais no sentido de que elas “são normas jurídicas trabalhistas resultantes das negociações entre Estados, destinadas a resolver ou prevenir situações ou ainda estabelecer regras sobre condições de trabalho reciprocamente respeitadas”⁸⁸.

Ademais, as convenções são normas jurídicas emanadas da conferência internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais.

Importa destacar que os Estados não são obrigados a ratificar as convenções. No entanto, precisam submetê-las às autoridades competentes no prazo de um ano ou, excepcionalmente, em dezoito meses. O processo de ratificação é variado, dependendo das normas constitucionais particulares de cada Estado. Porém, em todos os casos a ratificação deve ser comunicada ao Diretor Geral da OIT, que o transmitirá ao Secretário Geral da ONU⁸⁹.

Outrossim, a tendência do direito comparado moderno é reservar a expressão

⁸⁸MASCARO, Amauri. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 84

⁸⁹ Idem, p. 85

“convenção” apenas para tratados multilaterais, haja vista a possibilidade de adesão de um número irrestrito de partes. Além disso, possui caráter explicitamente normativo, ou seja, não há que se falar em um tratado-contrato, onde as denominadas partes participam no sentido de uma convergência volitiva com o objetivo de produzir efeitos contratuais geradores de obrigações imediatas, mas sim há uma intrínseca intenção de formar normas cujo destino é a incorporação ao direito interno daqueles países que aderirem à convenção e, conseqüentemente aperfeiçoar a forma de proteção dos direitos trabalhistas já assegurados pela legislação ordinária.

Com efeito, não se deve igualar os tratados internacionais às convenções, haja vista que nestas há uma união de vontades comuns no sentido de perseguir o mesmo fim, ou seja, há uma obrigação de prestações idênticas que venha a produzir efeitos jurídicos objetivos em relação aos que vivem nos respectivos países, diferentemente do que ocorre nos tratados-contratos, onde se percebe a existência de uma prestação e uma contraprestação.

Com relação aos assuntos abordados pelas Convenções Internacionais da OIT, verifica-se que o objeto principal das mesmas versa primordialmente sobre: os direitos humanos do trabalhador; política de emprego e desenvolvimento de recursos humanos; igualdade de direitos e migração; populações indígenas e tribais; relações coletivas de trabalho; contrato individual de trabalho e condições gerais de emprego; condições especiais de trabalho; segurança, higiene e meio ambiente do trabalho; seguridade social e administração do trabalho.⁹⁰

4.1. Vigência internacional das convenções

A vigência internacional das convenções é tida como uma vigência de ordem objetiva e é pressuposto básico para a vigência no âmbito nacional.

Assim, serão expostas aqui algumas regras básicas de incorporação deste instituto jurídico ao direito interno.

Em geral, as convenções da OIT estabelecem que sua vigência se inicie doze meses após o registro de duas ratificações, com duração indeterminada. Neste caso, cumpre salientar que a chamada “ratificação” “é o ato formal de um Estado-membro da OIT pelo qual decide adotar uma convenção internacional incorporando-a ao seu direito interno”⁹¹.

⁹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 54.

⁹¹ MASCARO, Amauri. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 85.

Assim, embora as convenções distingam-se dos tratados internacionais, a sua natureza jurídica – norma de direito internacional público – é a mesma, sendo idêntica a sua forma de incorporação ao ordenamento interno.

Duas são as correntes principais em relação à incorporação de normas de direito internacional ao ordenamento jurídico interno: a corrente dualista e a corrente monista. A opção por uma ou por outra corrente, em sua forma pura ou variações, é decisão política materializada pelos legisladores constituintes, no texto da Constituição de cada Estado.

Em síntese, na teoria monista, após a ratificação do texto do tratado, do acordo, da convenção ou de outro ato internacional, pelo Estado-parte, a norma entrará em vigor no âmbito interno tão logo entre em vigor no plano internacional.

Essa teoria não aceita a existência de duas ordens jurídicas, independentes. Para ela existiria uma única ordem jurídica, havendo, conforme a posição adotada pelo Estado nacional, primazia do direito internacional (escola de Viena) ou primazia do direito interno (de raízes no pensamento de Hegel) ⁹².

No sistema dualista, a norma internacional só entrará em vigor no plano interno quando for promulgada uma lei, nacional, cujo conteúdo será uma transcrição literal do texto da norma internacional (teoria da incorporação). Ou seja, nessa corrente, não se admite que uma norma internacional possa, em nenhuma hipótese, produzir, por si só, efeitos no plano interno de um Estado soberano ⁹³. Assim, o dualismo sustenta a existência de duas ordens jurídicas válidas, a ordem interna e a ordem internacional, que possuem uma relação de independência entre si.

O sistema adotado pela República Federativa do Brasil, segundo o entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, é o “monista atenuado”, uma vez que para produção de efeitos no plano interno são necessários: a) a aprovação do texto do ato internacional, por meio de Decreto Legislativo, pelo Congresso Nacional; b) o depósito do instrumento de ratificação, pelo Chefe de Estado; c) a promulgação do ato internacional, pelo Presidente da República, mediante de decreto; e d) a entrada em vigor no plano internacional desse ato internacional ⁹⁴.

⁹² ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. atual. e ampl., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994, p. 99.

⁹³ Idem, p. 98.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO**

Observe-se que, embora a sistemática nacional não exija a promulgação de uma lei nacional de idêntico teor ao da norma internacional, caso o Presidente da República não promova a promulgação do ato internacional, por meio de Decreto, esse ato não produzirá efeitos no âmbito do território brasileiro, ainda que ele tenha sido aprovado pelo Congresso Nacional, que tenha sido feito o depósito do instrumento de ratificação e esteja vigente a norma no plano internacional. Daí classificar-se como “monismo atenuado” a corrente à qual se filia o Estado brasileiro.

Por fim, cabe comentar-se sobre a posição hierárquica das convenções no ordenamento jurídico brasileiro. Esta matéria já foi, igualmente, pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“ PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

Os tratados ou **convenções internacionais**, uma vez regularmente **incorporados ao direito interno**, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.” (grifos nossos)⁹⁵.

DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO. Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279/AT - Argentina. Agravante: Coagulantes Argentinos S.A. Relator: Ministro Celso de Mello, Pleno, Julgamento 17.06.98, DJ 10.08.00, p. 42. “PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 jul. 2003.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES

4.2. Considerações finais do capítulo

Do exposto neste Capítulo, cabe destacar que o processo de incorporação de uma Convenção internacional no ordenamento jurídico brasileiro compreende quatro etapas: (a) aprovação da Convenção, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, e que essa Convenção ingressa no ordenamento jurídico brasileiro em nível de lei ordinária.

Por ingressar a Convenção, no ordenamento jurídico brasileiro, em nível de lei ordinária, temos, em razão do princípio *lex posteriori derogat lex priori*, duas conseqüências:

a) uma Convenção pode revogar, tacitamente, uma lei ordinária, promulgada anteriormente ao ingresso da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro, a qual, disciplinando uma matéria constante da Convenção, o faça de forma distinta da que o faz a norma internacional; e

b) em sentido contrário, a aplicação de uma Convenção no território brasileiro poderá ser afastada, tacitamente, quando for promulgada uma lei nacional que discipline de forma distinta a matéria constante da Convenção.

INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF. Requerentes: Confederação nacional de Transportes e Confederação Nacional da Indústria. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello, Pleno, Julgamento 04.09.97, DJ 18.05.01, p. 213. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 jul. 2003.

5. A CONVENÇÃO 132 DA OIT – FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS

5.1. Considerações gerais

A Convenção em estudo foi ratificada por outros 30 países, além do Brasil, a saber: Alemanha, Armênia, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Burkina Faso, Camarões, Chade, Croácia, República Tcheca, Finlândia, Guiné, Hungria, Iraque, Irlanda, Itália, Quênia, Letônia, Luxemburgo, Macedônia, Madagascar, Malta, República de Moldova, Montenegro, Noruega, Portugal, Ruanda, Sérvia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Suíça, Ucrânia, Uruguai, Iêmen e Iugoslávia ⁹⁶.

O direito às férias, por se tratar de um direito fundamental assegurado ao trabalhador, sempre ocupou lugar de destaque entre os estudiosos do Direito do Trabalho, no Brasil ou no exterior, tendo sido objeto de antigas recomendações e Convenções da Organização Internacional do Trabalho. Data de 1936 a primeira Convenção sobre Férias Remuneradas naquela instância, seguida, quatorze anos depois, por um texto específico para as férias do trabalhador da agricultura.

Posteriormente, a Conferência Geral da Organização, em sua 54^a Sessão, realizada em 03/06/1970, adotou o texto que ficou conhecido por Convenção sobre Férias Anuais Remuneradas.

5.2. Da vigência

A Convenção de 24/06/1970 foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 47, em 23/09/1981, e teve o instrumento de ratificação depositado pelo Governo Brasileiro em 23/09/1998, para vigorar a partir de 23/09/1999. Todavia, a data de 06/10/1999 deve ser considerada para os efeitos de vigência, porquanto

⁹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – BRASIL. Apresenta dados sobre a instituição, programas e atividades, informações, normas e princípios fundamentais e direitos no trabalho. Disponível em: < <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdsp1.htm> >. Atualizada em 09 jul. 2010. Acesso em 25 jul. 2010.

somente ali foi publicado o Decreto Presidencial nº 3197 de 05/10/1999, que, inserindo a Convenção no ordenamento jurídico nacional, concluiu este ato complexo.

5.3. Da abrangência

A Convenção 132 da OIT , que disciplina a matéria sobre férias anuais remuneradas, em seu artigo 2º, § 1º estabelece que: “A presente convenção aplicar-se-á a todas as pessoas empregadas, à exceção dos marítimos”.

Desta forma, a condição dos marítimos, no tocante às férias anuais remuneradas, continua sendo regida pela Convenção 146 da OIT.

Da exegese do art. 2º, § 1º, pode-se concluir que a Convenção aplica-se, salvo a exceção já exposta, a todos os empregados regidos pela CLT, incluindo os avulsos e os trabalhadores rurais. Aplica-se, igualmente, aos domésticos, que não são regidos pela CLT, mas por legislação específica – Lei nº 5.589/72 ⁹⁷.

Os servidores públicos, civis e militares, também estão respaldados pela Convenção 132 da OIT por força do artigo 7º, inciso XXXIV e parágrafo único; artigo 39, § 3º e artigo 142, § 3º, inciso VIII, todos da Constituição Federal Brasileira ⁹⁸.

5.4. Análise dos dispositivos da Convenção nº 132, da OIT

A convenção 132 da OIT estabelece que os seus dispositivos serão aplicados em cada país que a ratificar através de legislação nacional, desde que não sejam postas em execução por meio de acordos coletivos, sentenças arbitrais ou decisões judiciais (artigo 1º).

O artigo 3º dispõe que as férias anuais remuneradas, às quais o empregado fará jus, terá duração mínima determinada. Esta duração, por sua vez, não poderá ser inferior a três semanas (art. 3º, §3). Relata também que, todo acordo celebrado que tenha como objeto o abono do direito ao período mínimo de férias ou a renúncia do direito de gozo das mesmas será, conforme a realidade nacional de cada país, proibido ou nulo de pleno direito (art.12).

⁹⁷ BARROS, Glauce de Oliveira. **Alterações no capítulo IV da CLT – convenção nº 132 da OIT**. Porto Alegre: Síntese Trabalhista. v. 12, nº 135, set/00, p. 51.

⁹⁸ *Ibidem*.

Estabelece, também, a convenção internacional que “todo membro que tiver ratificado a convenção poderá informar ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, por uma declaração ulterior, que ele aumenta a duração do período de férias especificado no momento de sua ratificação”.(art. 3º, §4).

Desta forma, no Instrumento de Depósito de Ratificação da Convenção Internacional, como lhe era exigido, o Brasil comunicou à Organização Internacional do Trabalho que haverá, sempre, as férias com trinta dias. Foi noticiado, também, que não se pretende discriminar o trabalhador urbano do rural ⁹⁹.

O artigo 4º combinado com o artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Convenção 132 da OIT, estatue que o trabalhador terá direito a férias proporcionais desde que cumprido um prazo mínimo de duração do contrato de trabalho, qual seja este não superior a seis meses. Cumprido tal período, as férias proporcionais serão devidas, ainda que cesse a relação empregatícia por qualquer motivo (art. 11).

Os dias de feriados, sejam eles oficiais ou costumeiros, não serão computados como parte do período mínimo de férias. Assim prevê o artigo 6º da referida convenção.

Da mesma forma, não serão computados como férias os dias de afastamento por licença-doença ou acidentária e que coincidirem com o período de gozo das mesmas. Esta peculiaridade está disposta no artigo 5º, §4º, e no artigo 6º, §2º.

A remuneração referente às férias do empregado deverá corresponder ao mesmo valor que este recebe normalmente como contraprestação dos serviços prestados ou à média das remunerações, incluindo-se a quantia equivalente a qualquer parte dessa remuneração em espécie, quer o indivíduo esteja no gozo das férias ou não, devendo, ainda, esta remuneração ser paga antes do início do gozo das referidas férias (art. 7º, § 1 e 2).

A Convenção 132 da OIT, dentre os seus dispositivos, determina também que as férias anuais remuneradas poderão ser fracionadas desde que observado o limite

⁹⁹ DA SILVA, Homero Batista Mateus. *In* Revista da associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª região. Ago/00.

imposto para uma das frações de período que é de duas semanas de trabalho ininterruptos (art.8º, §§ 1º e 2º). Porém, uma vez fracionado o período das férias, a fração ininterrupta deverá ser outorgada e gozada durante o relativo período concessivo e o restante do período das férias poderá ser gozado, no máximo, até seis meses após o termino do referido período concessivo (art. 9º, §1).

Além disso, a Convenção 132 contém a revisão da Convenção de 1936, sobre férias anuais remuneradas, e da Convenção de 1952 que dispõe sobre férias remuneradas nos limites do que dispõe o seu artigo 16.

Ainda no tocante a convenção em estudo, as ratificações formais desta deverão ser comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho para que possam ser tomadas as devidas providências para o registro. É o que enfatiza o artigo 17 da Convenção 132 da OIT.

Conseqüentemente, uma vez ratificada a Convenção, ela só poderá ser denunciada após 10 anos de vigência no Estado, contados a partir do ato de comunicação feito pelo Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho após o registro. Esta denúncia, quando houver, só terá efeito um ano após ter sido registrada (art.19 da convenção). Ressalta-se que, o Brasil teve a primeira oportunidade de denunciar a referida convenção no ano de 2009, e não o fez.

Em contrapartida, se dentro de um ano após o término do período de dez anos, já mencionado, o Estado não tiver feito uso do seu direito de denúncia, ele ficará obrigado com os efeitos da ratificação por mais dez anos.

5.5. Considerações finais do Capítulo

A entrada em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, da Convenção 132 da OIT, em que pese o longo tempo decorrido entre a assinatura da Convenção pelo Brasil e a sua ratificação pelo Congresso Nacional, não foi precedida de uma ampla discussão, pelos operadores do Direito do Trabalho, sobre as suas conseqüência e aplicabilidade.

Em termos de disciplina do instituto das férias, a Convenção, a exemplo da CLT, em seus dispositivos mais relevantes, versa sobre: tempo mínimo de duração das férias

(três semanas, não se computando nesse período os dias de feriado e os dias de afastamento por licença-doença ou acidentária que coincidirem com o período de gozo das férias); direito a férias proporcionais, adquirido após seis meses de duração do contrato de trabalho; direito a percepção do salário normal, durante o período das férias, devendo esse salário ser pago antes do início do seu gozo; e direito ao fracionamento das férias.

Como é possível observar-se, há similaridade entre a normatização do instituto das férias na CLT e na Convenção 132, da OIT.

Como justificativa para a pequena diferença entre o disposto na CLT e na Convenção 132, merece ser destacado que o Brasil levou, nada menos do que vinte e nove anos para inserir essa norma internacional em seu direito positivo, sendo que, em 1977, houve uma profunda alteração no Capítulo da Consolidação das Leis do Trabalho referente às férias. Quando dessa alteração, foram contempladas, pelo legislador brasileiro, quase todas as orientações estabelecidas na citada Convenção. Isso, no entanto, não afasta a necessidade de se analisar os dois diplomas legais, com a finalidade de se verificar qual deva ser aplicado aos trabalhadores brasileiros regidos pela CLT.

Por outro lado, em face da legislação específica do empregado doméstico, da não existência de consolidação, no âmbito dos Tribunais trabalhistas, do entendimento sobre a aplicação da CLT a essa categoria de trabalhadores e da não exclusão de aplicação da Convenção 132 aos empregados domésticos, é relevante analisar-se, em face do princípio da norma mais benéfica, qual a norma que deva ser a eles aplicadas.

Essa análise, objetivo principal deste trabalho, será realizada no próximo capítulo.

6. ANÁLISE COMPARATIVA DA CONVENÇÃO 132 DA OIT, DA CLT E DA LEI Nº 5.859/72

6.1. Da aplicação

A Convenção 132 da OIT prevê em seu artigo 2 que ela “aplicar-se-á a todas as pessoas empregadas, à exceção dos marítimos”. Com isso, entende-se que sua aplicação estende-se a todos os demais empregados, inclusive aos empregados domésticos.

A CLT, por sua vez, deixa claro em seu artigo 7º que seus preceitos não se aplicam aos empregados domésticos. Estes têm sua profissão regulada por norma específica. Acrescente-se que os Tribunais trabalhistas têm posição majoritária com relação à aplicação do Capítulo das férias, da CLT, aos empregados domésticos, apesar da ilegalidade do decreto regulamentador nº 71.885/73, que permite teoricamente esta interpretação.

Além dos empregados domésticos, o artigo 7º, da CLT, prevê, ainda, a sua não aplicabilidade aos trabalhadores rurais, aos funcionários públicos da União e aos servidores de autarquias paraestatais.

6.2. Da duração das férias

O direito a férias anuais remuneradas de duração mínima determinada, de que fala o artigo 3 da Convenção 132 da OIT, já está contemplado no direito brasileiro, tanto no texto constitucional (art. 7º, inciso XVII), quanto na CLT (art. 129) e na Lei nº 5.859/72 (art. 3º). As normas infraconstitucionais e a Convenção, porém, prevêem prazos distintos para a duração das férias.

Enquanto a Convenção estabelece que as férias deveriam ter a duração mínima de três semanas – vinte e um dias –, não se computando nesse período, nos termos do seu art. 6º, os dias de feriado e os dias de afastamento por licença-doença ou acidentária que coincidirem com o período de gozo das férias (artigo 3, § 3º), o art. 130, da Consolidação das

Leis do Trabalho, fixa a duração das férias em trinta dias, não excluindo da contagem os dias de feriado ou de licença-doença ou acidentária, e o artigo 3º, da Lei 5.859/72, estabelece trinta dias, após cada período de doze meses de trabalho.

Importante ressaltar, entretanto, que o parágrafo 2 do artigo 3 da Convenção determina, ainda, que todo membro que a ratifique deverá especificar a duração das férias em uma declaração apensa à ratificação. Em relação ao empregado doméstico, o cumprimento dessa obrigação, pelo Brasil, produziu uma consequência relevante.

No Instrumento de Depósito de Ratificação da Convenção Internacional, o Brasil avisou à Organização Internacional do Trabalho que as férias, em nosso País, teriam a duração de trinta dias e que não pretendia discriminar o trabalhador urbano do rural. Uma vez que o Brasil não fez ressalvas quanto à aplicação aos empregados domésticos do período mínimo de férias anuais informado (trinta dias), temos que, no caso brasileiro, a aplicação da Convenção 132 implica a concessão de férias anuais de trinta dias, como período mínimo de férias, para todo e qualquer empregado, inclusive os domésticos.

Assim, a Convenção 132 traz o mesmo direito a trinta dias de férias para o empregado doméstico que a Lei nº 5.859/72. Além disso, aplicada a teoria do conglobamento, a aplicação da referida convenção manifesta-se mais benéfica, pois não serão computados, no curso do período das férias dos domésticos, os dias que forem considerados por lei como feriadados.

6.3. Do direito a férias proporcionais no decorrer do contrato de trabalho

Nos termos do art. 4º combinado com o art. 5º, §§ 1º e 2º, da Convenção 132, da OIT, o trabalhador terá direito a férias proporcionais, desde que atingido o prazo mínimo de seis meses de duração do contrato de trabalho.

A Convenção ao disciplinar o direito a férias proporcionais o faz de maneira ampla, visto que não opera qualquer distinção quanto à modalidade da rescisão ou ao tempo de serviço do empregado.

Comparando-se o disposto na CLT com a disciplina das férias proporcionais feita pela Convenção 132, da OIT, verificamos que a norma consolidada confere ao

trabalhador brasileiro mais benefícios do que a Convenção, à exceção da hipótese em que a cessação do contrato de trabalho ocorre por culpa exclusiva do empregado.

No tocante ao período mínimo necessário para a caracterização do direito a férias proporcionais, enquanto a Convenção fixa em seis meses (artigo 5º, § 2º), a CLT estabelece que o trabalhador, quando for despedido sem justa causa antes de completar doze meses faz jus a remuneração de férias proporcionais desde que tenha cumprido pelo menos fração de tempo de serviço superior a quatorze dias (art. 147, caput, combinado com o art. 146, parágrafo único).

A distinção reside na hipótese em que o trabalhador é demitido por justa causa.

Nos casos em que a dispensa se dá por justa causa, a CLT assegura o pagamento indenizatório das férias já adquiridas, não havendo previsão de indenização de férias proporcionais ao período trabalhado inferior a doze meses (art. 146, parágrafo único, combinado como art. 147, caput).

Porém, quando o trabalhador pede demissão, nos termos da jurisprudência trabalhista, consolidada na já citada Súmula nº 261, do TST, faz ele jus ao pagamento da remuneração correspondente às férias proporcionais ¹⁰⁰.

Ante tão poucas peculiaridades, como já colocado, a Consolidação das Leis do Trabalho traz maiores benefícios, não se podendo eleger dispositivos favoráveis de cada legislação que trate do instituto. Está aí presente a teoria do conglobamento. Conforme já exposto, o artigo 19 da Constituição da OIT também determina a observância da legislação pátria, caso mais favorável ao trabalhador.

Porém, com relação aos empregados domésticos, o disposto na Convenção 132 referente a férias proporcionais é mais benéfico, tendo em vista que a Lei nº 5859/72, que regula esta categoria, em seu art. 3º, concede trinta dias de férias após doze meses de trabalho, sem nada mencionar a respeito de férias proporcionais.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 261: O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais. *In* CARNEIRO PINTO, Raymundo Antônio. **Súmulas do TST Comentadas**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 223.

6.4. Feriados oficiais

Assim dispõe o artigo 6º da Convenção 132 da OIT: “Os dias feriados oficiais ou costumeiros, quer se situem ou não dentro do período de férias anuais, não serão computados como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas, previsto no parágrafo 3º do artigo 3º desta Convenção”.

Este artigo traz uma inovação no que tange a não serem computados os feriados, inclusive aqueles previstos apenas por leis estaduais ou municipais, como parte integrante do período mínimo de gozo das férias anuais. Ademais, no caso de existência de feriado durante o gozo das férias, este deve ser acrescentado aos dias a gozar.

Da mesma forma, não serão computados como férias os dias de afastamento por licença-doença ou acidentária que coincidirem com o período de gozo das mesmas.

Esta peculiaridade, disposta no artigo 5º, §4º, tem perfeita compatibilidade com o artigo 131, inciso III, da CLT, alterando, porém, o artigo 133, inciso IV do mesmo diploma jurídico.

Esta alteração diz respeito à licença por período superior a seis meses. Neste sentido, pelo que propõe a convenção ora em estudo, o empregado em gozo desse benefício passa a ter direito às férias referentes ao período de afastamento.

Analisando esta questão, Rodrigues Pinto ¹⁰¹ aponta a injusta disposição feita pela CLT sobre este assunto e diz ser cruelmente irônico aceitar que o empregado em inatividade por doença ou por acidente do trabalho possa ter, desta forma, gozado suas férias.

Em se tratando do empregado doméstico, o disposto no artigo 6º da Convenção 132 altera seu regulamento no que concerne ao direito a férias, pois na legislação pertinente a este trabalhador ele possui direito a trinta dias de férias e, nos termos do disposto no art. 5º, da Lei nº 605/49, faz jus ao gozo de feriados, que seriam considerados para fins de cômputo do período de férias. A aplicação da Convenção 132 é mais favorável, pois não computa o feriado como parte do período de férias.

¹⁰¹ RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Curso de direito individual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 385.

6.5. Fracionamento das férias

A Convenção 132, da OIT, em seu artigo 8º, permite o fracionamento das férias, sem que exija a presença de uma situação excepcional para esse fracionamento, e, além disso, determina que, salvo estipulação contrária em acordo ou convenção coletiva, um desses períodos deverá ter duração correspondente há pelo menos duas semanas de trabalho ininterruptos, ou seja, quatorze dias.

O fracionamento das férias só é permitido pela CLT em casos excepcionais ou no caso de férias coletivas. É o que disciplina os artigos 134, *caput* e § 1º, e 139, *caput* e § 1º, da CLT, *verbis*:

“ Art. 134. As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

§ 1º Somente em casos excepcionais serão as férias concedidas em dois períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 (dez) dias corridos.

.....

Art. 139. Poderão ser concedidas férias coletivas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa.

§ 1º As férias poderão ser gozadas em dois períodos anuais, desde que nenhum deles seja inferior a 10 (dez) dias corridos.”.

Outro ponto importante diz respeito ao tempo que se deve permitir o gozo da outra fração de férias. A Convenção dispõe que a primeira fração de férias deverá ser concedida durante os doze meses subseqüentes ao período aquisitivo e o restante deverá ocorrer até seis meses depois de findo o prazo anterior, ou seja, deverá ser deferido, no máximo, nos dezoito meses subseqüentes ao período aquisitivo.

A Lei nº 5.859/72 é omissa em relação ao tema. Portanto, a Convenção 132 é perfeitamente aplicada pois confere peculiaridades positivas acerca do fracionamento das férias do empregado doméstico. Neste sentido, a Convenção 132 favorece esta categoria profissional.

6.6. Considerações finais do capítulo

Diante do exposto, verifica-se que, em relação a CLT, com exceção da questão relativa às férias proporcionais, não há vantagens na Convenção que possam

caracterizá-la como norma mais benéfica ao empregado. Aliás, em sua maior parte, o disposto na Convenção 132, da OIT, já se encontra contemplado pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Em consequência, em razão da teoria do conglobamento, não sendo possível aplicar parcialmente a Convenção 132, deve-se aplicar ao empregado regido pela CLT essa legislação trabalhista.

Contudo, no que concerne aos empregados domésticos, regidos pela Lei nº 5.859/72, conforme se constata na análise comparativa feita neste Capítulo, a Convenção 132, da OIT, traz mudanças significativas na disciplina do instituto. Dessa forma, podemos afirmar que, em sendo a Convenção norma mais benéfica ao empregado doméstico do que sua própria legislação reguladora, deve ser aplicada a Convenção a essa categoria profissional.

CONCLUSÃO

Verifica-se que o maior objetivo do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador. Este ramo do direito busca sanar o desequilíbrio existente entre patrão e empregado, mantendo, contudo, a segurança jurídica da relação de emprego. Outro não poderia ser o raciocínio, pois não se deve tratar de forma igual os desiguais, mas sim de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades.

Nesse sentido, destaca-se, dentre os princípios que individualizam o Direito do Trabalho como ramo autônomo do Direito, o princípio da proteção do trabalhador, com seus três princípios constitutivos: o princípio da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica e o princípio do *in dubio pro operário*.

Preliminarmente, antes de adentrar-se às considerações sobre a aplicação da norma mais benéfica, deve ser tratada a questão da não revogação da CLT pela Convenção 132 da OIT, porquanto essas normas internacionais, que ingressaram no ordenamento jurídico em nível de lei ordinária, pelo princípio *lex posteriori revogat lex priori* deveriam revogar as normas infraconstitucionais ordinárias que disciplinassem as mesmas matérias nela contidas.

No caso das Convenções da OIT, a Constituição da citada Organização Internacional dispõe, em seu art. 19, que, havendo norma nacional mais favorável regulando a matéria constante da Convenção, nos países que a ratificarem, deverá prevalecer essa norma nacional. Esse dispositivo afasta, no caso das Convenções da OIT, a incidência do princípio citado para a solução de conflito entre normas.

Assim, para a definição da aplicação, ou não, de uma Convenção da OIT, o critério determinante será a aplicação do princípio da norma mais benéfica.

Definido o critério de solução de conflito entre a Convenção da OIT e a norma trabalhista nacional, pode-se tratar da aplicabilidade da Convenção 132, da OIT, no Brasil.

Da análise comparativa feita entre a regulamentação do instituto das férias pela Convenção 132, da OIT, pela CLT e pela Lei nº 5.859/72, pode-se comprovar que, em relação a CLT, em seu conjunto, não se constitui a Convenção na norma mais favorável, porém, quando comparada com a Lei nº 5.859/72, mostra-se à norma internacional mais vantajosa a essa categoria profissional.

Com efeito, a Convenção 132 trouxe poucas mudanças para o direito do trabalho brasileiro, em relação ao texto sobre férias inserido na Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Decreto-lei 1.535/77. Seguramente, este é um dos motivos de sua entrada quase que silenciosa no ordenamento jurídico e pelo qual se percebe uma discreta discussão acerca de suas conseqüências locais.

Sendo assim, a legislação trabalhista pátria, em seu conjunto, é mais favorável ao trabalhador e, por isso, deve ser aplicada a todos os que são regidos pela CLT, não se podendo pinçar apenas o que a Convenção Internacional traz em benefício ao trabalhador no tocante as suas férias. Esta atitude, defendida pela teoria atomista ou da cumulação, proporcionaria a formação de uma norma híbrida, temporária, que transformaria o aplicador em legislador positivo, com ofensa ao princípio de separação de poderes.

Nota-se que o assunto em questão é claramente resolvido pela aplicação da teoria do conglobamento, ficando definido que os conflitos existentes acerca da matéria sobre férias anuais remuneradas continuam sendo resolvidos pela aplicação dos dispositivos contidos na Consolidação das Leis Trabalhistas, por se tratar de norma mais favorável ao trabalhador.

Com respeito aos empregados domésticos, regidos pela Lei nº 5.859/72, analisando-se os dispositivos reguladores de sua profissão, percebe-se que o disposto na Convenção 132 da OIT se caracteriza como norma mais benéfica ao empregado doméstico, especialmente no que tange a férias proporcionais e ao fracionamento de férias.

Conclui-se, portanto, que a citada convenção internacional, em face do disposto no art. 19, da Constituição da OIT, e respeitado o princípio da norma mais benéfica, não é aplicável aos trabalhadores regidos pela CLT. Entretanto, ela é perfeitamente aplicável

aos empregados domésticos uma vez que regula o direito a férias de maneira mais benéfica do que a legislação reguladora desta profissão.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. **Curso de direito internacional público**. 10. ed. atual. e ampl., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A boa-fé no contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

BARROS, Glauce de Oliveira. **Alterações no capítulo IV da CLT – convenção nº 132 da OIT**. Porto Alegre: Síntese Trabalhista. v. 12, nº 135, set/00.

DA SILVA, Homero Batista Mateus. *In* Revista da associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª região. Ago/00.

DE LIMA, Francisco Meton Marques. **Interpretação e aplicação do direito do trabalho à luz dos princípios jurídicos**. Fortaleza: EDITOR,. 1988.

DE MELLO, Pedro Thaumaturgo Soriano. **Manual de direito trabalhista de acordo com a constituição de 88**. Belém, PA: Edições CEJUP, 1990.

DE SOUZA, Márcia Gomes. Espelho de aula nº 8 *in* Notas de aula da cadeira de Direito do Trabalho II, da Faculdade de Direito, do Centro de Ensino Universitário de Brasília – UniCEUB, 1. sem. 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

GONÇALVES, Emílio. **Manual prático das férias remuneradas**. São Paulo: LTr, 1975.

HOFFMANN, Fernando. **O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS NETTO, Modestino. **Férias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A., 1977.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Editora Novos Rumos Ltda., 1986.

MASCARO, Amauri. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo**. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Ed. LTR, 1981.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – BRASIL. Apresenta dados sobre a instituição, programas e atividades, informações, normas e princípios fundamentais e direitos no trabalho. Disponível em: < <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> >. Atualizada em 09 jul. 2010. Acesso em 25 jul. 2010.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1997.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. rev. São Paulo: LTr, 2002.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Férias**. 1. ed. São Paulo: Editora Sugestões Literárias S/A, 1978.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Osiris. **A nova lei de férias**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Curso de direito individual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RUPRECHT, Alfredo. **Os princípios do direito do trabalho**. Tradução de Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

RUSSOMANO, Mozart. Victor. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: José Korxfino Editor, 1974.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed., atual. São Paulo: LTr, 2000.

VIANNA, Claudia Salles Vilela. **Manual prático das relações trabalhistas**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

VIANNA, Segadas *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002, v. I.

ZAHLOUTH JUNIOR, Carlos R. Magistratura Trabalhista – **Crises e soluções**. Belém. PA, Abr. 1996. Disponível em: <http://www.members.tripod.com/~ZahlouthC/justica.htm>. Acesso em: 17 jul. 2003.