

REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS

Wagner D. Giglio (*)

O direito a férias é de maturação tardia. Até 1934 pouco mais de uma dezena de países asseguravam férias à generalidade dos trabalhadores, como informa Amauri Mascaro Nascimento (in "Iniciação ao Direito do Trabalho", 14ª ed. LTr, p. 288). A Organização Internacional do Trabalho somente em 1936 tratou, pela primeira vez, do direito a férias de industriários e comerciários, através da Convenção n. 52, ratificada em 1938 pelo Brasil. Esse direito só foi estendido aos trabalhadores rurais pela Convenção n. 101, de 1952, também ratificada pelo Brasil.

Durante muito tempo se entendeu – mal – que as férias tinham por finalidade proporcionar ao trabalhador um descanso físico maior do que o repouso semanal. Hoje, a doutrina tende a reconhecer outro propósito. Valha por todos, no campo do direito comparado, o pronunciamento de Nestor De Buen, no sentido de que "sua finalidade é clara: permitir ao trabalhador, mediante um descanso mais ou menos prolongado, recuperar as energias, mas, sobretudo, aliviar a tensão que resulta do submetimento a um regime de disciplina e subordinação. De certo modo o trabalhador, mediante o desfrute das férias, recupera sua liberdade" (in "Derecho del Trabajo", 2ª ed. Porrua, tomo II, p. 163).

A nosso ver as férias não têm nenhuma finalidade de propiciar o descanso físico ou a recuperação das energias gastas no trabalho. Como expusemos mais amplamente em "Férias e Descansos Remunerados", essas funções são cumpridas pelo descanso entre duas jornadas, através do sono, e completadas pelos descansos semanais. O desgasto físico que não é recuperado nessas ocasiões tem características patológicas, e quando enfermo o trabalhador necessita de tratamento terapêutico, e não de descanso, apenas.

Se o propósito das férias fosse o de propiciar recuperação física, como se explicaria que o trabalhador, no gozo desse repouso, normalmente procure "descansar" praticando esporte, na praia, caminhadas, nas serras, danças, nos bailes, viagens a locais desconfortáveis etc., ao invés de permanecer em casa, dormindo?

Por outro lado, o repouso não se acumula no corpo, não forma uma reserva de descanso para enfrentar futuros cansaços. Por que, então, haveria necessidade de um prolongado período de semanas sem trabalho, sem propósito terapêutico nem profilático? Parece-nos claro que se trata de atender, através das férias, a uma necessidade de descanso mental, do fundo psicológico, e não de repouso puramente físico.

(*) Wagner D. Giglio é advogado em S. Paulo e Brasília, ex-Juiz do Trabalho e Professor Associado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

Explica-se: as condições da vida moderna, principalmente nos grandes centros populacionais, impõem enormes restrições ao comportamento natural do homem. Na realidade o descanso constitui uma necessidade vital: o instinto animal de conservação, própria e da espécie, leva o ser humano a se alimentar, a descansar e a se reproduzir. O homem primitivo reagia instintivamente: comia ao sentir fome, dormia quando tinha sono e descansava quando se sentia cansado, atendendo a imperativos puramente biológicos, com inteira disponibilidade de seu tempo.

A organização da vida em sociedade, ao estruturar e dividir as atribuições dos homens, impôs-lhes obrigações que coibiram a liberdade anterior e criaram a necessidade de compensação do instinto reprimido. As festas pagãs – origem dos feriados – representam a satisfação do desejo inconsciente de livre expansão dos instintos. Sintomáticas, nesse sentido, eram as ocasiões escolhidas para a realização de tais festas: fim de guerras, encerramento da labuta nas colheitas e dias de tributo aos deuses (que não se sujeitavam a horário, mas dispunham de seu tempo; que não se subordinavam; que eram livres para jogos e prazeres; e que não trabalhavam).

O Estado moderno, acicatado pelos excessos da Revolução Industrial, tomou consciência das razões científicas que aconselhavam o restabelecimento dos ropousos suprimidos e revestiu as antigas regras costumeiras de imperatividade legal: proibiu o trabalho um dia por semana e ditou feriados, imprimindo-lhes feição cívica.

Assim, as mesmas razões instintivas que induziram à comemoração dos feriados (dias de festas) prevaleceram, mais tarde, no surgimento do descanso hebdomadário. Cioso de sua condição racional, porém, o homem procurou reprimir os instintos e canalizá-los para manifestações mais condizentes com a ética dominante na sociedade. A primitiva agressividade natural, por exemplo, foi orientada para os jogos esportivos.

A falta do atendimento dessas necessidades naturais, básicas, causa perturbações psíquicas que se exteriorizam, em suas formas mais graves, através desvios de conduta tais como a instabilidade emocional, a violência e a prática de atos criminosos. A maior incidência dessas manifestações psicopatológicas nos grandes centros industriais não constitui simples coincidência.

As folgas nos domingos e feriados funcionam como válvulas de escape das frustrações, mas são insuficientes, pois atendem apenas às necessidades prementes de liberação da sobrecarga emocional, para evitar a violenta eclosão de agressividade não dissipada. Durante essas curtas folgas, o trabalhador não se desvincula psicologicamente do trabalho, vez que a previsão do retorno no dia imediato coibe a liberdade de conduta imprescindível a uma expansão regeneradora.

As frustrações acumuladas necessitam um lapso mais longo para serem completamente eliminadas: é preciso fugir do ambiente de trabalho, ou seja, afastar-se no espaço, viajar se possível, para dar integral satisfação ao desejo – inconsciente porque instintivo – de retorno ao estado natural de liberdade.

Durante as férias essa necessidade de volta ao estado primitivo é revelada pelo anseio, só aparentemente ilógico, de abandono do conforto material do lar e busca da natureza, ainda que para tanto o trabalhador deva se sujeitar à precariedade de uma barraca de "camping", ao desconforto das acomodações numa pensão à beira-mar, ou aos insetos e à agressividade do meio, nos campos

e montanhas. A liberdade de correr, se expandir, dormir, se divertir sem sujeição a ordens, a horário, a obrigações, enfim, compensa qualquer desconforto.

A liberação dos instintos é realizada através da satisfação das necessidades básicas do homem: alimentação, descanso e reprodução. É significativa, nesse particular, a síntese dos franceses sobre os desejos dos voranistas: "balser", "bonzer" e "bouffer", onde o primeiro termo é um eufemismo para sexo, o segundo revela a comunhão com a natureza e o terceiro constitui a expressão do instinto de conservação pessoal.

Em conclusão, as férias constituem o mais completo dos repousos, pois possibilitam atender a todas as necessidades, inclusive as sociais e culturais, mas seu fundamento precípuo é a integral satisfação do repouso mental, de ordem psicológica.

Para obtê-lo, o trabalhador deve "sair de férias", isto é, afastar-se do local de trabalho, das tarefas e obrigações diárias, costumeiras, que o inibem. Acontece que, sem meios não viaja, pois "o salário do trabalhador, ressalvada a hipótese de altos empregados, está quase sempre comprometido com as despesas de habitação, alimentação, higiene, etc., que não se alteram no curso das férias", como narra Arnaldo Sússekind (in "Comentários à Nova Lei das Férias", LTr Edit., p. 119).

O resultado dessa situação era, segundo o testemunho de José Martins Catharino, a "prática notória de fraude à lei, inclusive por conluio entre empregados e empregadores, de coibição difícilima" (in "Compêndio de Direito do Trabalho", 2ª ed., Saraiva, vol. 2, p. 138). O procedimento seguido, na prática, foi descrito por Arnaldo Sússekind: "Constitui fato notório que os trabalhadores brasileiros, em sua maioria, não aproveitam adequadamente os dias de férias. Alguns vendem suas férias ao empregador, simulando o seu gozo com o atendimento das formalidades exigidas por lei aviso da concessão, recibo de quitação dos salários pertinentes antecipadamente pagos e anotações na CTPS e nos livros ou fichas de registro. Outros, ... (omissis) ... porque os seus salários não são suficientes para proporcionarem uma temporada fora do ambiente onde vivem, apenas interrompem a prestação de serviços" (op. e loc. cit.).

Convém ressaltar que a venda das férias não é um mal exclusivamente brasileiro, mas uma prática comum, no direito de outros países. É o mesmo Nestor de Buen quem nos informa sobre a proibição legal de compensar a falta de concessão de férias com um pagamento em dinheiro, no México: "A proibição tem uma clara razão de ser. Considerando a precária economia da maior parte dos trabalhadores, muitos deles prefeririam converter o descanso em dinheiro, mas se assim fizessem não se cumpriria a função especial das férias que é a de proporcionar descanso físico e mental" (op. cit., p. 166).

Apesar disso inconveniente, o Brasil optou, através do Decreto-lei n. 1.535, de 13 de abril de 1977, por autorizar a transformação de um terço do período de férias (aumentado de vinte dias úteis para trinta dias corridos por essa mesma norma) em pagamento em dinheiro, que segundo José Alberto Couto Maciel seria a "única forma que possibilitaria ao trabalhador de baixa renda, que desejasse, gozar vinte dias de férias" (...) "permitindo descanso, com a devida remuneração" ("Nova Lei de Férias", in Rev. LTr 41/476).

Esse propósito é confirmado por um dos autores da alteração na lei de férias, Arnaldo Sússekind: transformando dez dias do descanso em pecúnia, o trabalhador "gozará 20 dias corridos de repouso, receberá a remuneração atinente a esses dias e mais o precitado abono no valor de 10 dias de salários. Com

isso, os empregados que, com a remuneração normal das férias, não tiverem condições de usufruir adequadamente o período total do licenciamento, poderão aproveitar os dois terços desse período" (op. cit., p. 120).

Diante da natureza das férias e da interpretação teleológica do abono não padece dúvida que este último visava possibilitar ao trabalhador o gozo do descanso anual em local afastado do ambiente em que trabalhava.

A irregularidade da venda das férias, internacionalmente reconhecida, sensibilizou o legislador constituinte brasileiro que, no intuito claro de coarctá-la, determinou, em preceito cuja auto-aplicabilidade não se discute, o

"gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal" (art. 7º, inciso XVII da Constituição Federal).

As férias devem ser gozadas, e não convertidas em pecúnia, posto que a parcela – um terço dos dias de descanso – transacionada não seria gozada ou usufruída, como, melhor que outros, concluiu Amauri Mascaro Nascimento: "A Constituição dispõe 'gozo de férias'. O abono de férias atrita-se com a Constituição" (op. cit., p. 291). Em outra obra o mesmo autor se revela até mais incisivo: "Se o empregado pedir o abono, terá vinte dias de férias, e receberá, em dinheiro, dez dias de férias, com o valor acrescido de um terço. Entendo manifesta sua inconstitucionalidade. A Constituição assegura o gozo das férias" (in "Direito do Trabalho na Constituição de 1988", ed. Saraiva, p. 184).

Se o texto da lei velha não se compatibiliza com o preceito da Constituição nova, perante ela não sobrevive, e é o que ocorre, a nosso ver, com a norma contida no art. 143 e seguintes da CLT.

A solução contrária, de recepção desses preceitos pela nova Carta, leva a impasses de difícil superação, a começar pela ilógica imposição, com idêntica finalidade, das obrigações de pagar um terço da remuneração a título de abono e outro terço da remuneração, por força da Constituição. A lógica do razoável repele a interpretação do que os dois terços sobrevivem, para o mesmo fim de possibilitar a fruição do descanso longe do ambiente de serviço, lado a lado, quando nos parece evidente que o legislador constituinte visou se sobrepor e a substituir aquele terço, negociado, pelo outro, imposto, assegurado, sempre o gozo integral das férias.

Concretamente, se o trabalhador perceber salário mensal de Cr\$ 45.000,00, a interpretação corrente (que não conta com nossa adesão) conclui que, optando pela transformação de dez dias de férias em pecúnia, o trabalhador receberia Cr\$ 30.000,00 pelos vinte dias de descanso e Cr\$ 15.000,00 de abono, pela venda de um terço do período de férias, além de mais Cr\$ 15.000,00 de remuneração dos dez dias de descanso não gozado, durante os quais houve prestação de serviços, num total de Cr\$ 60.000,00.

O período de férias continua sendo, de acordo com a lei ordinária, de trinta dias – gozados integralmente ou vendidos, parcialmente – e a Constituição ordena o pagamento adicional de um terço do salário normal, ou seja, de mais Cr\$ 15.000,00, considerado o salário usual de Cr\$ 45.000,00. No final das contas, o trabalhador que optasse pela percepção, em numerário, de dez dias de férias, gozaria efetivamente apenas vinte dias de descanso e receberia, tudo compreendido, Cr\$ 75.000,00.

Por contraste, aquele trabalhador que preferisse gozar os trinta dias de férias não faria jus a mais do que Cr\$ 45.000,00 do salário mesnal acrescido do terço constitucional, ou seja: um total de Cr\$ 60.000,00.

Ora, é difícil justificar o recebimento de quantia maior (Cr\$ 75.000,00) pelo trabalhador que teve despesa adicional menor, durante apenas vinte dias de descanso, em cotejo com a percepção de quantia menor (Cr\$ 60.000,00) pelo trabalhador que gozou férias mais longas, de trinta dias, e que portanto arcou com despesa adicional maior.

Essas e outras incoerências – que, “brevitatis causa”, deixamos de abordar – demonstram plenamente a injuridicidade da interpretação que defende a sobrevivência do abono de férias previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

Em conclusão: parece-nos que a norma constitucional (art. 7º, inciso XVII) tornou insubsistente a legislação ordinária que autorizava a transformação de um terço do período de férias em dinheiro. O trabalhador tem agora o direito ao gozo de trinta dias de descanso, com a percepção de seu salário normal acrescido de um terço. No exemplo anteriormente utilizado, o trabalhador deve receber, portanto, seu salário de Cr\$ 45.000,00 acrescido de Cr\$ 15.000,00.

Mais por obra e arte da jurisprudência (principalmente pela sua sedimentação, através dos Enunciados integrantes da Súmula do C. Tribunal Superior do Trabalho) do que por força do preceitos legais, passou-se a entender como salário normal, no Brasil, o salário habitual, ou seja, o ganho usualmente auferido pelo empregado, nele incluídos todos os complementos salariais comumente recebidos, como as horas extras, o adicional noturno, o de insalubridade etc.

Durante as férias o trabalhador deve receber seu salário normal (leia-se: habitual) acrescido de um terço, caso contrário sofreria prejuízo, e o direito ao descanso se transformaria em castigo. Assim sendo, o cálculo do terço constitucional deve incidir sobre a remuneração total habitualmente auferida pelo trabalhador. Em caso de remuneração variável, apurar-se-á a média recebida, como já ocorria antes da vigência da Constituição de 1988.

É inquestionável a natureza salarial da remuneração das férias gozadas. A legislação ordinária havia dado caráter de abono àquele terço de férias vendidas exatamente para exonerá-lo da incidência dos chamados ônus sociais (recolhimento de contribuições previdenciárias, para o fundo de garantia etc.).

Até que a norma constitucional em exame venha, eventualmente, a ser regulamentada, prevalece o caráter salarial básico e natural da remuneração recebida durante as férias, diante da falta de disposição legal que contrarie esse caráter. Em decorrência, incidem todas as contribuições sociais sobre o terço de remuneração acrescido pela Constituição.

Embora não seja objeto de cogitação precípua, neste estudo, cumpre alertar que férias não gozadas são indenizadas, alterando-se assim a natureza da verba paga ao trabalhador e suas conseqüências.

Prevalecem, finalmente, as disposições legais ordinárias compatíveis com o preceito constitucional: não se alteraram, portanto, as obrigações de dar aviso antecipado da concessão do descanso, do pagamento da remuneração – inclusive do terço constitucional – até dois dias antes do afastamento do empregado etc.