

A PRESCRIÇÃO E AS FÉRIAS

Adilson Bassalho Pereira

Juiz do Trabalho e
Professor de Direito do Trabalho

Sumário: 1. A prescrição, do Direito Romano ao Direito Brasileiro do Trabalho; 2. A prescrição no Direito do Trabalho de outros países; 3. Natureza jurídica das férias e de sua retribuição; 4. A prescrição e as férias.

1. A lição de **Clóvis Bevilacqua** é no sentido de que a prescrição se define como sendo “a perda da **ação** atribuída a um direito, e de toda a sua **capacidade defensiva**, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo” (“Teoria Geral do Direito Civil”, — 7.^a ed., Rio de Janeiro, 1955, pág. 268 — sem grifos no original). **Orlando Gomes**, no entanto, ensina conceituar-se ela como “o modo pelo qual um **direito** se extingue pela inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que fica sem ação própria para assegurá-lo” (“Introdução ao Direito Civil” — 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1971, pág. 450 — sem grifo no original). Esses conceitos sintetizam, por assim dizer, as duas modernas posturas doutrinárias, a respeito da prescrição, quais sejam a de que ela fulmina apenas a possibilidade jurídica de defesa do direito, deixando-o, todavia, intacto, e a de que ela atinge o próprio direito, eliminando-o. Se não possui, como tem sido salientado por muitos, maior interesse prático, essa disputa doutrinária serve para enfatizar o caráter polêmico do instituto da prescrição, que o vem acompanhando através de muitos séculos de existência.

Com efeito: Já conhecido e utilizado pelos romanos, entre os quais encontrou defensores e adversários, esse instituto jurídico alcançou os dias atuais sem livrar-se das discussões que sempre provocou. Sua simples sobrevivência e sua adoção praticamente universal, no entanto, dão boa idéia de sua conveniência, como medida de política legislativa, destinada a pro-

teger o interesse público de segurança do comércio jurídico, o qual é muito mais relevante do que as objeções de ordem moral e lógica, que lhes são comumente opostas.

Reconhecem os doutrinadores dois tipos de prescrição: a aquisitiva, chamada usucapião, e a extintiva ou liberatória, chamada prescrição propriamente dita. O primeiro desses tipos de prescrição será, desde logo, deixado de lado, por interessar apenas ao direito das coisas, como instrumento, que é, de transformação da posse em domínio. O segundo dos mencionados tipos é o que interessa ao presente estudo, por referir-se principalmente às relações obrigacionais, entre as quais figura a de emprego.

No Direito obrigacional brasileiro, o instituto da prescrição sempre teve acolhida, desde o tempo das Ordenações, passando pelo Código Comercial e encontrando disciplina segura no Código Civil (arts. 161 e seguintes), cujas disposições, aliás, foram adotadas em matéria trabalhista, durante bom tempo.

Quanto ao Direito do Trabalho, em particular, o primeiro dispositivo geral, a respeito da matéria, data de 02 de maio de 1939, consistindo no art. 101 do Dec.-lei n. 1.237 ("Não havendo disposição especial em contrário, prescreve em dois anos qualquer reclamação perante a Justiça do Trabalho"). Esse dispositivo foi repetido, em 12 de dezembro de 1940, pelo Art. 227 do Decreto n. 6.596, regulamentador do citado decreto-lei, mas com fixação do critério para início da contagem do prazo prescricional ("... dois anos, contados da data ou fato que lhe der origem"). E, por derradeiro, o Artigo 11 da CLT (aprovada pelo Dec.-lei n. 5.452, de 1.º de maio de 1943) estabeleceu a disciplina legal até hoje vigente, para o instituto da prescrição ("Não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido"). Não é de mais lembrar, todavia, que "contra os menores de dezoito anos não corre nenhum prazo de prescrição" (art. 440 da CLT), bem como que "a prescrição dos direitos assegurados por essa lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho" (art. 10 da Lei n. 5.889, de 08.06.73, que constituiu mera repetição dos termos do artigo 175 da revogada Lei n. 4.214, de 02.03.63 — Estatuto do Trabalhador Rural).

Também não é demais lembrar, a título elucidativo, que os Decretos ns. 23.103, de 19.08.33, e 23.768, de 18.01.34, assim como a Lei n. 62, de 05.06.35, continham disposições sobre

prescrição, em matéria trabalhista, fixando, todos eles, o prazo de um ano. Não se tratava, porém, de preceitos de ordem geral, como os acima referidos: nos dois primeiros casos, regulamentava-se a prescrição do direito a férias dos comerciários e bancários e dos industriários, respectivamente, e, no último, a prescrição do direito a indenização de todas essas categorias.

2. Conforme já ficou dito acima, é praticamente universal a adoção da prescrição. A respectiva disciplina legal é que varia, de país para país. E mais: as variações que ocorrem respeitam menos a aspectos ligados aos contornos do instituto do que aos prazos para sua caracterização, explicando-se tal circunstância pelo maior ou menor valor atribuído, em cada país, às freqüentes objeções de ordem ética e lógica, que se fazem a sua adoção, consoante também já foi dito. Ou, em outras palavras: onde é maior o peso dessas objeções, maior é o prazo de configuração da prescrição. E vice-versa.

Isso é verdadeiro, também, no que tange à prescrição em Direito do Trabalho, pois sua adoção é praticamente universal, com contornos semelhantes, mas com prazos bem variados, de país para país.

Podem ser lembrados, a título exemplificativo, os casos dos seguintes países europeus e americanos:

- França, onde o prazo prescricional, em Direito do Trabalho, é de cinco anos;
- Itália, onde esse prazo também é de cinco anos;
- Espanha, onde esse prazo, como regra geral, é de três anos, caindo para um ano, a partir da extinção do contrato de trabalho, nos casos específicos das férias;
- Alemanha, onde esse prazo é de dois anos;
- Argentina, onde esse prazo é de quatro anos, contando-se, em regra, a partir da extinção do contrato (no caso de salários, a contagem é feita a partir da data em que são devidos); e
- México, onde esse prazo, geralmente, é de um ano.

3. É impossível analisar corretamente as disposições legais relativas à prescrição, no tocante ao "direito de reclamar a concessão de férias ou o pagamento da respectiva remuneração" (art. 149 da CLT), sem que se conheça a natureza jurídica das férias e, em cada uma das hipóteses previstas em lei,

a natureza jurídica do pagamento devido pelo empregador. O próximo passo, portanto, em direção ao objetivo do presente estudo consiste em procurar tal conhecimento, ainda que de modo sucinto. É o que será feito abaixo.

a) Natureza jurídica das férias: É doutrinariamente pacífica a rejeição do antigo entendimento segundo o qual as férias constituiriam um prêmio à assiduidade e à produtividade do empregado, pois ninguém mais discute, hoje em dia, constituírem elas um direito seu, decorrente do contrato de emprego, por força de determinação legal de ordem pública. Quase toda a doutrina latino americana, aliás, reproduz, sobre a matéria, a conhecida formulação de **Cesarino Júnior** ("Direito Social Brasileiro" — 4.ª ed., São Paulo, 1957, 2.º Vol., págs. 397/398), para quem as férias encerram, no concernente ao empregador, uma obrigação de fazer (consentir no afastamento do empregado) e outra de dar (pagar o salário do período correspondente), bem como, no concernente ao empregado, um direito (o de exigir o cumprimento das obrigações do empregador) e uma obrigação (abster-se de trabalhar). Essa teoria, entretanto, ficou seriamente abalada, depois das recentes objeções de **Wagner D. Giglio** ("Fundamentos e Natureza Jurídica das Férias do Trabalhador" — São Paulo, 1976, págs. 147/152), cuja procedência é inegável e que conduzem à seguinte conclusão: "as férias constituem exclusivamente um direito do trabalhador", o de não permanecer à disposição do empregador, durante predeterminado lapso de tempo, "ao qual corresponde uma única obrigação" deste último, a de não exigir a disponibilidade daquele.

b) Natureza jurídica da retribuição das férias normalmente gozadas: Não há quaisquer dúvidas, entre os doutrinadores, sendo tranqüilo o entendimento de que a retribuição das férias gozadas constitui salário.

c) Natureza jurídica da retribuição das férias gozadas a destempo: Ocorrendo a hipótese em exame, "o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração", segundo o disposto no artigo 137 da CLT. Pois bem: se a paga normal dos dias de férias, nesse caso, possui natureza salarial, não diferindo daquela da hipótese anterior, a dobra que é devida pelo empregador tem a natureza de penalidade, de multa contratual. Os contratos de emprego, no Brasil, possuem, todos eles, por força do citado texto de lei, uma cláusula penal acionável sempre que o empregador deixa de cumprir, no prazo respectivo, sua obrigação anual de não exigir a disponibilidade do empregado, durante certo lapso de tempo.

d) Natureza jurídica do abono de férias, quando estas são normalmente gozadas: Trata-se, como a própria lei esclarece (art. 143 da CLT), de “abono pecuniário”, sem natureza salarial, a menos que ocorra a hipótese excepcional do artigo 144 da CLT (valor superior ao correspondente a 20 dias de salário).

e) Natureza jurídica do abono de férias, quando estas são gozadas a destempo: Muito embora a hipótese haja escapado ao legislador, parece indiscutível a aplicabilidade, por analogia, do disposto no já aludido art. 137 da CLT. E, nessa conformidade, o empregado fará jus, em tal caso, o salário correspondente a vinte dias de férias, a abono correspondente a dez dias de salário e a uma multa, integrada pelas dobras de ambas essas parcelas.

f) Natureza jurídica da retribuição e do abono de férias, quando estas são gozadas, sem que tais pagamentos ocorram: Não se diga que a hipótese é cerebrina, porque a experiência da Justiça do Trabalho demonstra o contrário. Os pagamentos que, a destempo, vierem a ser feitos ao empregado, não terão natureza diversa, em cada caso, das daqueles analisados sob as letras **b**, **c**, **d** e **e**, acima.

g) Natureza jurídica da retribuição e do abono de férias, em caso de rescisão do contrato de emprego: Havendo rompimento do contrato, não será mais possível falar em salário das férias, pois este será substituído por uma indenização equivalente, em dinheiro. Substituído e não compensado, porque não existe possibilidade de compensação do valor imaterial representado pelo descanso do empregado, que fica frustrado. Não se objete com as hipóteses nas quais a rescisão ocorre sem culpa do empregador, eis que sua responsabilidade, no caso, é objetiva, constituindo parte do risco do negócio. Saliente-se, por derradeiro, que a rescisão não altera a natureza jurídica do abono e a das eventuais dobras.

h) Natureza jurídica da retribuição das férias proporcionais: Como resulta óbvio, ante o já exposto, a retribuição das férias proporcionais, possui a natureza de indenização substitutiva.

4. Consoante o disposto no art. 149 da CLT, “a prescrição do direito de reclamar a concessão das férias ou o pagamento da respectiva remuneração é contada do término do prazo mencionado no art. 134 (período de gozo, de 12 meses após o período aquisitivo) ou, se for o caso, da cessação do contrato de trabalho”.

A primeira vista, a aplicação dessa norma legal não oferece qualquer dificuldade. Mas só à primeira vista: Cumpre enfatizar, desde logo, sua absoluta inaplicabilidade, quando o empregado goza férias, mas não recebe a respectiva retribuição e, se for o caso, o respectivo abono (veja-se o exposto sob a letra **f**, acima). Nessa hipótese, será necessário recorrer à regra geral do art. 11 da CLT, prescrevendo o direito de reclamação em dois anos, contados, como é evidente, a partir do término do prazo previsto no art. 145 desse mesmo diploma legal, ocasião em que nasce o direito respectivo.

Por outro lado, ao contrário do sustentado por **Arnaldo Sussekind** ("Comentários à Nova Lei de Férias" — São Paulo, 1977, pág. 145) e apesar de toda a sua reconhecida autoridade, a extinção do contrato de emprego reabre o prazo prescricional, no concernente à retribuição das férias simples. Com efeito: Nessa hipótese, antes da ocorrência da extinção, o empregador, por assim dizer, devia determinada importância, a título de salário (veja-se o exposto sob a letra **b**, acima), ao passo que, depois e em virtude dela, passou a dever essa mesma importância, mas a outro título, o de indenização (veja-se o exposto sob a letra **g**, acima). Esse mesmo raciocínio, aliás, também é válido para o caso da retribuição das férias com período de gozo expirado antes da extinção do contrato, muito embora não se aplique à respectiva dobra, cuja natureza de multa permanece a mesma, antes e depois da referida extinção (veja-se o exposto sob as letras **c** e **g**, acima). Nesse caso, portanto, coexistem dois prazos prescricionais: o primeiro é o da dobra das férias, contado a partir do término do respectivo período de gozo, e o segundo é o da indenização das férias, contado a partir da extinção do contrato.

Não há fugir, por derradeiro, à mesma conclusão (duplicidade de prazos prescricionais), quando é devido abono de férias, seja na hipótese de extinção do contrato durante o período de gozo das férias, seja naquela de extinção do contrato após o término de tal período (veja-se o exposto sob as letras **d**, **e** e **g**, acima).

Só resta lembrar, a título de conclusão, que a aplicação do disposto no art. 149 da CLT pode ser feita sem problemas e sem necessidade de maiores cautelas, nas demais hipóteses possíveis, entre elas, a das férias proporcionais, em relação às quais o prazo prescricional começa a correr, como é evidente, a partir da data da extinção do contrato a que se referem.