

TRABALHO DURANTE AS FÉRIAS

Vera Ortiz Monteiro
Advogada

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

No Brasil, o primeiro diploma legal sobre férias foi a Lei n. 4.982, de 24 de dezembro de 1925, que concedeu quinze dias de férias anuais remuneradas a “empregados e operários de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários e de instituições de caridade e beneficência no Distrito Federal e nos Estados” (art. 1.º), e, também, aos “empregados de todas as seções de empresas jornalísticas” (art. 1.º, § 2.º).

Seguiu-se-lhe o Decreto n. 23.103, de 19 de agosto de 1933, que dispoñdo sobre as férias dos empregados em estabelecimentos comerciais e bancários, bem como em instituições de assistência privada continha, em seu artigo 10, expressa proibição de trabalho durante as férias.

Em 1934, novo diploma seria inserto na legislação nacional sobre férias: o Decreto n. 23.768, datado de 16 de janeiro, que disciplinou esse descanso para os “empregados em estabelecimentos de qualquer natureza, modalidade ou ramo de atividade industrial, empresas jornalísticas, de comunicações e transportes terrestres e aéreos, de serviços públicos, quer sejam executados pela União, Estados ou Municípios, quer por empresas concessionárias de tais serviços”.

O novo regulamento apresentou, dentre suas várias inovações, dispositivo concernente à perda, pelo empregado, do direito às férias do ano seguinte, se trabalhasse em qualquer estabelecimento durante as anteriores (art. 11 c.c. art. 28).

Todavia, a aplicabilidade das normas contidas nesse decreto restringia-se aos empregados sindicalizados, consoante o disposto em seu artigo 4.º.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1934, a primeira Carta Política brasileira a prever o direito do trabalhador a férias anuais remuneradas — art. 121, § 1.º, letra f — a

exigência de sindicalização contida no artigo 4.º do Decreto n. 23.768/34 foi tida como inconstitucional face ao mencionado dispositivo dessa Carta, sendo abandonada pela legislação subsequente.

Cumpre observar que à taxativa proibição de trabalho durante as férias, contida no artigo 10 do Decreto n. 23.103/33, contrapôs-se a norma da perda do direito às férias do ano seguinte se o empregado trabalhasse em qualquer estabelecimento durante as anteriores, contida no Decreto n. 23.768/34 (art. 11 c.c. art. 28). Ou seja: à expressa regra proibitiva contrapôs-se regra punitiva, cuja aplicação se consumava em virtude da não exclusividade de prestação de trabalho pelo empregado. E assim, como doutrina **Emílio Gonçalves**: "A exclusividade da prestação do trabalho para uma só empresa se ineria, destarte, no contexto do contrato de trabalho como requisito essencial, para efeito da concessão das férias ao empregado" (in "Manual Prático das Férias Remuneradas", pág. 13).

O DECRETO-LEI N. 5.452, DE 01.05.1943 (CLT)

A promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho ensejou o ordenamento da esparsa legislação trabalhista vigente à época e, conseqüentemente, das disposições relativas a férias.

Essas disposições sobre o descanso anual remunerado, muitas vezes ampliadas no decurso de três décadas, quando consolidadas em 1943, apresentaram características bem diversas das que até então o revestiam: o direito a férias remuneradas ficou subordinado apenas à condição "ano-de-emprego", isto é, o decurso de doze meses de vigência do contrato de trabalho; e deu-se a supressão da referência a "atividade para um só empregador", constante de normas anteriores (Decretos ns. 23.103/33 e 23.768/34).

Nos regimes legais anteriores, à proibição de trabalho durante as férias contrapôs-se a perda do direito ao descanso no ano seguinte, se trabalho houvesse no decurso do descanso anual.

Com o advento da CLT, o fato de o trabalhador ter mais de um emprego não constituiu óbice ao gozo das férias, uma vez que lhe seria assegurado o direito a elas correspondente cada vez que completado o respectivo período aquisitivo, face a cada relação laboral.

Porém, diante da situação de acumulação de empregos, a aplicabilidade do direito a férias deixaria de atender a suas finalidades precípua.

Trabalhando o empregado para outro empregador, durante o descanso anual, forçoso é reconhecer que o escopo do instituto não estaria sendo atingido. Se a instituição jurídica das férias visa propiciar a recuperação física, mental e moral do trabalhador, com a restauração das energias que despendeu durante o ano de labor, e, ato contínuo, possibilitar que ao se afastar do local de trabalho, por um período mais longo de repouso, possa a esse retornar em melhores condições e mais predisposto ao desenvolvimento de suas tarefas, verificada a realização de trabalho durante as férias, não ensejaria esta a consecução da finalidade intrínseca do descanso.

O regime brasileiro de pluralidade de empregos, freqüente em determinadas profissões, não harmonizando os interesses dos vários empregadores quanto à época das férias comuns ao empregado comum, não possibilitou ao trabalhador direito algum no tocante à matéria.

A legislação de férias consolidada não estabelecendo, de modo expresso, a proibição ao empregado de trabalhar para outro empregador durante as férias, salvo no caso de acumulação de empregos, viabilizou à jurisprudência considerar, como justa causa para a rescisão do contrato pelo empregador, o fato de o empregado trabalhar, para outro empregador, durante as férias.

A exemplificar julgados referentes à espécie, temos:

“As férias que são de ordem pública, devem ser efetivamente gozadas pelo empregado. Se, em vez de descansar, vai o empregado gastar suas energias trabalhando para outra firma, durante as férias, comete falta capaz de autorizar a rescisão de seu contrato. E mais grave é a falta quando a prestação laboral favorece a empresa concorrente” — Ac. TST, 2.ª Turma, proferido em 31.05.1957, no RR n. 2.133/56 (in “Manual Prático das Férias Remuneradas”, pág. 25).

“Mesmo em gozo de férias, é vedado ao empregado prestar serviços, a qualquer título, a outra empresa de atividade concorrente à do seu empregador” — Ac. TRT, 1.ª Região, no Proc. n. 722/60, proferido em 13.06.1960 (in “Manual Prático das Férias Remuneradas”, pág. 192).

Se, em princípio, a prestação de trabalho para terceiros durante o gozo das férias constituiria falta grave, o mesmo fato, dependendo das circunstâncias de cada caso particular, não a configuraria.

A exemplificar essa hipótese pode ser mencionado o seguinte entendimento jurisprudencial:

“O simples fato de trabalhar ocasionalmente o empregado nas férias, para outra empresa, não constitui falta grave. No caso, o reclamante prestou serviços a terceiro, gratuitamente e em misteres rotineiros, uma única vez, sem divulgação de nenhum segredo ou técnica especial” — Ac. TST, 3.ª Turma, de 23.05.1961, no Proc. n. 232/61 (in “Manual Prático das Férias Remuneradas”, pág. 192).

“Não enseja revista com base em violação da lei a decisão que entende injusta a dispensa do empregado, pelo fato de haver realizado um biscate durante as suas férias” — Ac. TST, 2.ª Turma, no RR n. 2.746/57, proferido em 16.12.1957 citado por **Sebastião Machado Filho** (in “Férias Anuais Remuneradas”; LTR 33/353).

O DECRETO-LEI N. 1.535, DE 13.04.1977 (“Nova Lei das Férias”)

A completa reformulação por que passou o Capítulo IV do Título II da CLT, com a promulgação do Decreto-Lei n. 1.535/77, trouxe inovações valiosas ao regime brasileiro das férias, aumentando sua duração de 20 dias úteis para 30 dias corridos, disciplinando as férias coletivas e facultando ao empregado converter um terço da remuneração do descanso em abono pecuniário.

Relativamente ao trabalho durante as férias, a nova lei inseriu na CLT disposição até então inexistente. Assim, o art. 138 desse diploma passou a ter a seguinte redação:

“Art. 138. Durante as férias, o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato regularmente mantido com aquele”.

O novo ordenamento supriu, portanto, a lacuna existente no anterior, que não estabelecia de modo expresso a proibição ao empregado de trabalhar para outro empregador durante as férias, possibilitando o entendimento jurisprudencial — não pacífico — de justa causa para o despedimento se configurada a hipótese.

No atual regime de férias o empregado que, no gozo desse descanso, realizar serviço como autônomo, não infringirá nem a lei nem o contrato. A infração ocorrerá se ocorrer a vinculação do empregado a outro contrato de trabalho no período das férias, ressalvada a situação de contrato de trabalho regular-

mente mantido com outro empregador, ou seja, a de acumulação de empregos.

Conseqüentemente, a norma do artigo 138 da CLT só poderá ser considerada inovação do ponto de vista de sua positividade. De resto, apenas dispôs legislativamente sobre prática jurídica largamente utilizada.

DIREITO INTERNACIONAL

No âmbito do Direito Internacional, verifica-se a existência de preceito expandido pela Organização Internacional do Trabalho, atinente à **perda da remuneração de férias em consequência da realização de trabalho remunerado durante esse período.**

Consignado no artigo 5.º da Convenção n. 52 da OIT, de 1936, concernente a férias anuais remuneradas — e que elevou o instituto à categoria de Direito Internacional — dispôs o referido preceito que: “A legislação nacional pode prever que qualquer pessoa que empreenda trabalho remunerado durante as férias remuneradas possa ficar privada da remuneração durante as aludidas férias”.

Mencionada Convenção foi ratificada pelo Brasil a 21 de junho de 1938, passando suas disposições a integrar nossa legislação trabalhista (Decreto n. 3.232, de 03.11.1938).

Cumprir lembrar, no entanto, que a partir de 1925 o Brasil já legislava sobre férias; e que relativamente ao instituto suas disposições, em momento algum, previram a sanção de perda do direito à remuneração, como possibilitado pela Convenção da OIT em apreço.

Entretantes, antes da ratificação mesma da Convenção n. 52/36, o Brasil já previra outra espécie de sanção em decorrência do empreendimento de trabalho durante as férias: **a perda do direito a esse descanso no ano seguinte** (art. 11 c.c. art. 28 do Decreto n. 23.768/34).

DIREITO COMPARADO

Diante da diversidade de disposições vigentes sobre férias na legislação internacional, faz-se necessário assinalar que da verificação procedida às legislações de seis países que, de alguma forma, possuem um fator comum de semelhança a caracterizá-los — Espanha, Itália, México, Panamá, Portugal e Venezuela — utilizar-nos-emos somente das legislações espanholas, panamenha e venezuelana à realização de cotejo com a

legislação brasileira, no que diz respeito à proibição de trabalho durante esse período, posto que das seis legislações apontadas, apenas as três discriminadas se ocuparam da questão.

Enquanto no Brasil o trabalho durante as férias é proibido, salvo se empreendido em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com outro empregador.

— na Espanha: o trabalhador, em gozo de férias remuneradas, vindo a realizar trabalho, autonomamente ou para outro empregador, trabalho esse que contrarie as finalidades do descanso anual, deverá reintegrar a remuneração percebida, correspondente às férias, ao empregador que as concedeu;

— no Panamá: durante as férias é proibido o trabalho, para o mesmo ou para outro empregador;

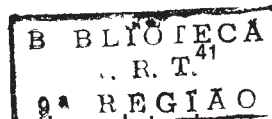
— na Venezuela: ao trabalhador que prestar serviços a dois ou mais empregadores, as férias deverão ser concedidas quando completado o ano de serviço ininterrupto na relação empregatícia mais antiga. Os demais empregadores deverão conceder-lhe o descanso e pagá-lo com o salário equivalente e proporcional aos meses completos que tenha ao serviço de cada um deles.

CONCLUSÃO

Em nosso entender, sendo a finalidade do instituto jurídico das férias propiciar ao trabalhador um período mais longo de repouso, a fim de que possa, distanciado do local e das preocupações de seu trabalho, descansar e recuperar-se fisiológica e moralmente, para mais predisposto reassumir sua atividade laborativo-contratual; e sendo as férias um direito do trabalhador, assegurado por lei de ordem pública, imodificável pela vontade das partes que compõem a relação empregatícia, é nosso entender, outrossim, que a prestação de trabalho pelo empregado durante as férias, por conta própria, ao mesmo ou a outro empregador, configura fator impeditivo à consecução dos objetivos e da natureza jurídica do instituto.

A prestação de trabalho durante o descanso anual é motivada por circunstâncias sócio-econômicas, assim como o é, muita vez, a acumulação de empregos.

A lei brasileira de férias parece-nos falha. O artigo 138 da CLT, em sua primeira parte, ignorou a finalidade precípua do instituto ao dispor, apenas, que o empregado não poderá prestar serviço a outro empregador durante as férias; e em sua segunda parte, dispondo que o empregado durante as férias



poderá prestar serviço a outro empregador, se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de relação contratual regularmente com esse mantida, além de ignorar o preceito genérico da proibição de trabalho no período, reconheceu implicitamente a pluralidade de empregos. E, acerca dessa situação, deixou o legislador de estabelecer o mínimo desejado, isto é, a obrigatoriedade da concessão das férias, na mesma época, nos vários empregos a que o trabalhador esteja vinculado.

Wagner D. Giglio, em sua obra "Férias e Descansos Remunerados" doutrina, à pág. 151, que **"não tem o empregado obrigação de não trabalhar durante as férias. Nossa lei, a exemplo do que acontece na maioria flagrante dos sistemas legais vigentes no mundo, não consigna esse dever nem poderia fazê-lo, vez que possibilita ao trabalhador manter mais de um emprego, com jornadas reduzidas (os casos de médicos, contadores, músicos profissionais e professores são típicos) e não proíbe nem mesmo que se contrate jornada normal com uma empresa e, em horário diverso, reduzida, com outra.**

Nessas hipóteses, freqüentes na prática, o assalariado em férias num dos empregos pode e deve continuar a trabalhar no outro, se não coincidirem os períodos de descanso (...) Apenas no caso de emprego único convimos ser obrigação do trabalhador em férias não prestar os mesmos serviços contratados a outro empregador; mas essa obrigação deriva mais propriamente da cláusula contratual implícita de fidelidade do que, especificamente, do instituto das férias". (grifamos).

Data venia do ilustre Professor entendemos, do ponto de vista puramente jurídico, que não deve ocorrer a prestação de trabalho durante as férias, e que ocorrendo em razão de acumulação de empregos, o empregado pode trabalhar no período de descanso (porque a lei é omissa a respeito da acumulação) e deve fazê-lo (porque existe um contrato de trabalho a ser respeitado). Na maioria das vezes, porém, o empregado pode e deve trabalhar para outro empregador, durante o descanso anual porque, por razões várias, vinculou-se a outro contrato de trabalho, e precisa cumpri-lo.

Permitimo-nos enfatizar que o trabalho durante as férias, diante da realidade brasileira de nossos dias, deveria merecer do legislador, pelo menos, a obrigatoriedade de ser coincidentemente concedido ao empregado, pelos vários empregadores a que se subordine, para que pudesse ser efetivamente usufruído. E aqui adotamos a proposição de **Wagner D. Giglio**, de que "o ideal seria ordenar a coincidência, seguindo o preceden-

te criado pela recente legislação venezuelana” (**op. e loc. cit.**), cujos princípios voltamos a mencionar: ao trabalhador que prestar serviços a dois ou mais empregadores, as férias deverão ser concedidas quando completado o ano de serviço ininterrupto na relação empregatícia mais antiga. Os demais empregadores deverão conceder-lhe o descanso e pagá-lo com o salário equivalente e proporcional aos meses completos que tenha ao serviço de cada um deles.