

GOZO DE FÉRIAS ANUAIS REMUNERADAS: A INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 12.868/89

José dos Santos Carvalho Filho

A pretexto de regulamentar o art. 7º, XVII, da Constituição da República, que apresentou inovação no quadro constitucional — a remuneração acrescida pelo gozo de férias anuais — o Governo do Estado do Rio de Janeiro editou o Decreto nº 12.868, de 27.04.89, em cujo art. 2º se lê:

“Art. 2º — As categorias beneficiadas com férias anuais superiores a 30 (trinta) dias, gozadas ou não, em períodos consecutivos, farão jus, salvo expressa disposição legal em contrário, à incidência do acréscimo apenas sobre aqueles mesmos 30 (trinta) dias, devendo indicar, dessa forma, a época de gozo em que pretendam sua percepção.”

O Decreto nº 12.868/89 foi, em boa hora, *revogado*, nessa parte restritiva, pelo Decreto nº 14.540, de 16.03.90, que teve o condão de suprimir a redução do conteúdo constitucional que o decreto anterior continha, no que se refere às categorias que menciona.

A partir da vigência do novo ato, pode dizer-se que *tollitur quaestio*. Ou seja: tantos sejam os períodos que a lei estabeleça como de férias, e desde que sejam gozadas, faz jus o trabalhador ao acréscimo previsto na Constituição.

O tema que pretendemos abordar, no entanto, é de diversa ordem. Trata-se de saber quais os direitos dos servidores públicos, relativos ao acréscimo de férias, *no período que transcorreu entre a data de edição do Decreto nº 12.868/89* (ou a data da promulgação da Constituição) e *a do advento do novo Decreto nº 14.540/90*.

Para tanto, faz-se mister analisar o texto do dispositivo que consagra o direito. Com efeito, reza o art. 7º, inciso XVII, da Constituição Federal:

“Art. 7º — São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....
XVII — gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;”

Apesar de ter sentido bastante amplo o termo "trabalhadores" (na verdade, todos aqueles que, mediante profissão, oferecem sua energia de trabalho em troca de uma contraprestação pecuniária), o legislador constituinte, para espantar qualquer dúvida, estendeu aos servidores públicos civis o direito assegurado no dispositivo. Assim, no art. 39, § 2º, da C.F., faz-se remissão expressa ao citado art. 7º, XVII, e isso tudo, como é óbvio, para conferir idêntico tratamento, no que tange a tal direito subjetivo, aos trabalhadores regidos pela legislação trabalhista genérica e aos servidores públicos disciplinados, em regra, por legislação específica.

O texto denota a presença de três elementos básicos: *o gozo de férias*, como fator gerador do direito; *a natureza da importância* paga quando da ocorrência do fato gerador; e *o acréscimo de valor*, fixado em, no mínimo, um terço a mais do que o salário normal.

Com relação à natureza da importância recebida a título de férias, é pacífico desde há muito o entendimento de que se trata de *salário* (ou *vencimento*). Nesse sentido, esclarece *Eduardo Gabriel Saad*: "Saliente-se que a legislação vigente *considera salário* o que o empregador paga ao empregado por motivo de férias" (*Comentários à CLT*, 1990, p.111) (grifo nosso). Não obstante, o direito a férias nem sempre foi reconhecido com a amplitude que se dispensa atualmente. A princípio, somente o pessoal dos serviços públicos, os empregados em bancos e em grandes armazéns é que tinham esse direito. A extensão coube às pressões sociais a partir da Primeira Grande Guerra (*Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2º, 1989, p. 459).

Contudo, para o presente estudo, o ponto central da interpretação da norma constitucional reside em perquirir a natureza jurídica do *acréscimo* mínimo de um terço do salário, previsto no art. 7º, XVII, da C.F.

Desde o advento da Constituição, já se tem ouvido várias denominações do benefício. "Abono", dizem uns; "gratificação", apontam outros; "adicional de férias", referem terceiros. Não nos parecem acertadas tais denominações, próprias para caracterizar, de forma definida, outras situações jurídicas. *O acréscimo tem*, ao revés, *a natureza de remuneração*, vale dizer, o valor pago pelo empregador ao empregado pelo trabalho deste, ou em correspondência a um período que a lei considere como de efetivo trabalho. Aliás, referimo-nos a "acréscimo" apenas pela circunstância de representar um *plus* ao valor pago a título de remuneração nos períodos outros que não sejam o do gozo de férias. Mas a referência mais correta deveria ser à *remuneração* como um todo, como uma unidade, e que, pelo fato do gozo de férias, convencionaremos denominar de *remuneração acrescida*.

A conclusão não se extrai senão do texto constitucional. O dispositivo alude a “gozo de férias anuais remuneradas”; mais adiante apregoa que o acréscimo terá, pelo menos, um terço a mais do que “o salário normal”. É certo que a doutrina trabalhista e a própria lei laboral distinguem o salário e a remuneração; esta é gênero do qual aquele é espécie (art. 457, C.L.T.). Não é menos certo, porém, que ambas as figuras são empregadas no texto constitucional para indicar a contraprestação devida pelo empregador no período em que gozar suas férias o trabalhador. Ora, se assim é, tratar-se-á de remuneração, que, em face da garantia constitucional do *plus*, há de ser tida como remuneração acrescida.

A conclusão é a de que atualmente se pode afirmar que o trabalhador, incluído aí o servidor público civil, faz jus, durante o período anual, a *onze salários* (ou vencimentos) do mesmo nível valorativo e a um salário de nível valorativo mais elevado, exatamente aquele pago ao momento do gozo de férias. Isso obviamente aos que têm, anualmente, o direito a 30 dias de férias, como é a regra geral.

O caráter remuneratório do acréscimo tem sido veiculado de forma dominante pela doutrina. *Amauri Mascaro Nascimento (Direito do Trabalho na Constituição de 1988, 1989, p. 183)* assim se manifesta:

“Não se limita a Constituição a defender o descanso e a anualidade da aquisição do direito, mas, também, assegura ao trabalhador a manutenção da sua remuneração acrescida de um terço, para que não tenha prejuízos pelo fato de exercer o direito” (grifamos).

Na mesma esteira, *Eugênio Haddock Lobo e Julio Cesar do Prado Leite* aludem a que “*esse terço salarial a mais*” é uma forma de auxílio ao empregado durante as férias. Resulta, então, indubitável que a remuneração normal do trabalhador somada ao acréscimo constitucional há de constituir a remuneração acrescida.

Firmada a premissa relativa à natureza de remuneração atribuída à parcela mínima a ser acrescida à remuneração normal, cabe lembrar que a Constituição erigiu, como base para a aquisição do direito subjetivo, a ocorrência de um fato gerador determinado — o gozo de férias anuais. Observe-se que o conteúdo da norma constitucional não sofreu, em nenhum momento, qualquer vislumbre de admissibilidade de restringir-se a regra. Ao contrário: limitou-se o Constituinte a assinalar “o gozo de férias anuais”. De imediato, tem-se então que não é lícito ao legislador nem ao administrador (este ainda com maior razão) reduzir o alcance da norma constitucional.

Transcreva-se aqui, a propósito, a lição de *Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 10ª ed., p. 313)*:

“Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como estendendo-se de acordo com os mesmos textos, salvo se alguma clara restrição for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita.

A lição é plenamente aplicável *in casu*. O texto constitucional não deixa qualquer brecha à imposição de regra restritiva quanto ao âmbito do fato gerador firmado. Sua interpretação, desse modo, deve ser feita nos exatos termos e em rigorosa conformidade com o conteúdo que delinea. As férias anuais gozadas geram o direito à remuneração acrescida — esse o conteúdo interpretativo do mandamento constitucional.

Poder-se-ia questionar a auto-aplicabilidade ou não do mandamento. Em sua clássica obra sobre a eficácia das normas da Constituição (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 1968, pp. 80 a 149*), *José Afonso da Silva* as classifica em três espécies: as de eficácia plena; as de eficácia contida; e as de eficácia limitada. Diferenciadas em função do maior ou menor grau de aplicabilidade das regras, ensina o autor que, se a norma contém a totalidade dos elementos que a tornam imediatamente incidente sobre o fato concreto, há de caracterizar-se como norma de *eficácia plena*. E, neste caso, tem ela aplicabilidade direta, imediata e integral (*ob. cit.*, p. 76). A esse tipo de norma é dispensável qualquer forma de regulamentação que amplie ou restrinja o seu alcance.

Celso Ribeiro Bastos (ob. cit., vol. 1º, 1988, p. 360), embora com diversa terminologia, também registra:

“Se esta (a norma) é descrita em todos os seus elementos, e plasmada por inteiro quanto aos mandamentos e às consequências que lhe correspondem, no interior da norma formalmente posta, não há necessidade de intermédia legislação, porque o comando constitucional é bastante em si. Tem autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos a que se preordenou.

.....
De mera aplicação, pois, é a categoria jurídica de que se cogita, sob o prisma da incidência normativa.”

Aplicados esses ensinamentos ao tema que ora se examina, constata-se que o art. 7º, XVII, da C.F., contém *todos os elementos suficientes à imedia-*

ta aplicabilidade, sem qualquer imposição restritiva, expressa ou tácita. Com essa consideração, não se pode deixar de ter o mandamento como de aplicabilidade *direta, imediata e integral*.

Sucedem que, apesar da clareza e incisividade do art. 7º, XVII, da Carta Maior, começou a discutir-se, logo após promulgada, como seria aplicada a norma em relação às categorias de servidores cujo período de férias ultrapassasse o normal de trinta dias. Foi exatamente por essa circunstância que se editou o já citado Decreto nº 12.868, de 27.04.89.

Não é difícil observar que o artigo 2º do decreto, ao restringir a remuneração acrescida a um período de 30 dias de férias, ainda quando o servidor fizesse jus a período mais extenso, *guardava total incompatibilidade com o regramento constitucional*. Dizemos “guardava” porque, como visto, foi ele revogado pelo Decreto nº 14.540/90, supressor daquela restrição.

A inconstitucionalidade do decreto era flagrante. Tendo imposto restrição ao direito à remuneração acrescida, colocou-se em inteira dissonância com o art. 7º, inc. XVII, da C.F., cujo texto — repetimos — não abriu enchas a que qualquer ato de grau inferior à Constituição viesse a reduzir o âmbito de sua incidência.

Na verdade, o dispositivo abriga o direito ante a só ocorrência do fato gerador — o gozo de férias. Não se fez qualquer menção ao *período legal* em que o servidor pudesse desfrutar as suas férias. Para o exercício do direito, basta o gozo das férias. É o *quantum satis* para fazer jus o servidor à remuneração acrescida.

Poder-se-ia até mesmo discutir que o direito não fosse estendido ao empregado, ou ao servidor, que não *gozasse* efetivamente as suas férias, pois que, afinal, a Constituição alude a “gozo de férias”. Entretanto, nem essa objeção poderia prosperar. As férias constituem direito há muito consagrado na Carta Política, e, ao mesmo tempo, espelham um dever por parte do empregador, seja ele privado ou público, de modo que o direito subsistiria mesmo que, por eventual necessidade de serviço, o servidor fosse impedido de desfrutá-las. Esse sim, seria um capítulo para o legislador regular; regular, e não restringir.

Sabe-se que o móvel inspirador do direito a férias é a necessidade de descanso do empregado após longos períodos de trabalho incessante. São esclarecedoras as palavras de *Mozart Victor Russomano*: “As férias são instituto trabalhista de fundo higiênico, pois visam à recuperação das forças gastas pelo trabalhador no decurso de um ano de serviços prestados nas oficinas ou

nos empórios comerciais. De substrato profundamente vital para o desenvolvimento do organismo humano, apesar de tudo, esse instituto é de implantação recente” (*Comentários à C.L.T.*, 11ª ed., p. 164).

Há categorias especiais que fazem jus a período de férias superior ao normal de 30 dias por ano. Logicamente, para tais categorias corre a presunção de que o desgaste no exercício de suas funções é mais acentuado; a energia despendida, mais profunda; maiores os riscos físicos ou psíquicos para o trabalhador. Levando em consideração esses fatores, o legislador conferiu-lhes, a título de férias, período mais amplo.

Já anteriormente se vinha consagrando o direito às férias remuneradas. A inovação agora é a da remuneração acrescida, calcada também em razão específica. Eis o que registra *Celso Ribeiro Bastos* (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2º, 1989, p. 460):

“Esse reforço é explicável pelas necessidades crescidas do empregado durante as férias. Estas não se traduzem num mero não fazer, mas impõem, para que possam bem cumprir o seu papel restaurador de forças desgastadas, a prática intensa de atividades de lazer, normalmente envolvendo despesas.”

Ora, se determinada categoria funcional faz jus, pela especificidade de suas funções, a período superior a trinta dias de férias, terá inegavelmente o direito de perceber a remuneração acrescida correspondente *ao período em que gozar suas férias*. Sublinhe-se que para o desfrute das férias nesse período estará presente o mesmo fundamento mobilizador do acréscimo remuneratório. Não importa, pois, se o período é de 30 dias; importa, isso sim, que o servidor goze suas férias pelo período definido na lei. Se esta fixa período maior, o direito subjetivo constitucional pode ser exercido em toda a sua duração.

É verdade que se pode trazer à discussão o acerto, ou não, do legislador em atribuir a certa categoria o direito a férias por período superior ao normal de 30 dias. Mas essa questão não está em pauta. Trata-se de mérito legislativo, insuscetível de apreciação pelo administrador. Ao momento, porém, em que a lei já definiu esse período, e o servidor, em consequência, passa a titularizar o direito às férias nesse período, *não há outra alternativa para o administrador senão a de dar cumprimento à norma constitucional, conferindo-lhe o direito à remuneração acrescida em correspondência a todo o período.*

Daí a inconstitucionalidade do citado Decreto nº 12.868/89 em relação às categorias contempladas, por lei, com o direito a férias por período supe-

rior a 30 dias. Foi ele incongruente no confronto entre a Constituição e as leis concessivas daquele direito. Estão entre aquelas categorias a dos Magistrados (Lei Complementar nº 35/79, art. 68); a dos membros do Ministério Público (Lei Complementar Estadual nº 28, de 21.05.82, art. 135); a dos Defensores Públicos (Lei Complementar Estadual nº 6, de 12.05.77, art. 107); a dos Procuradores do Estado (Lei Complementar Estadual nº 15, de 25.11.80, art. 66), entre outras. A todas elas foi conferido período de 60 (sessenta) dias de férias. Ora, se a lei assim o fez, é de meridiana clareza que o gozo de férias nesse período não pode deixar de ensejar a remuneração acrescida em toda a sua extensão.

Houve, é bem verdade, o entendimento inicial, da parte de alguns analistas, de que a *mens* do Constituinte fora a de só permitir o acréscimo remuneratório no período normal de 30 dias. E foi com base nesse entendimento que se fez editar o Decreto nº 12.868. Verificada a flagrante inconstitucionalidade desse pensamento, *data venia*, recuou o governo estadual, assumindo posição diametralmente oposta, e fez editar o Decreto nº 14.540, que eliminou a restrição anterior.

Diga-se, à guisa de esclarecimento, que esse entendimento não mereceu o abono de outros exegetas. Com efeito, no Processo nº 822/89-70, o Exmo. Procurador-Geral da República aprovou parecer da lavra do então Subprocurador-Geral, Dr. Inocêncio Mártires Coelho, no qual ficou assentado:

“Ora, se os membros do Ministério Público da União fazem jus a 60 (sessenta) dias de férias por ano, e se a sua remuneração, nesse período, cobre todos esses dias, e não apenas metade deles, o acréscimo remuneratório a lhes ser pago, ao entrarem de férias, somente pode ser de um terço sobre o total da sua remuneração.”

Aduziu ainda o ilustre parecerista que essa teria que ser a solução adequada, “sob pena de se restringir abusivamente o alcance do texto constitucional, emprestando-lhe significação e alcance incompatíveis com a finalidade que inspirou sua positivação no direito brasileiro”.

Esse é o pensamento que, em nosso entender, guarda total consonância com o texto constitucional.

Incontestável, pois, a eiva de inconstitucionalidade que acoimava o Decreto nº 12.868, resta por último analisar o direito dessas categorias no lapso de tempo que mediou entre a promulgação da Constituição e a edição do Decreto nº 14.540, já que aquele primeiro ato não teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Judiciário.

Há dois aspectos que devem ser considerados no exame da eficácia dos decretos.

O primeiro consiste na ineficácia do Decreto nº 12.868/89. Por ser inconstitucional, há que considerar-se o seu art. 2º, criador da restrição ilegal, frito e nulo. Sem nenhum efeito. Esse o ensinamento de *Francisco Campos* (*apud Ronaldo Polletti, in Controle da Constitucionalidade das Leis*, 1987, p. 109):

“Um ato ou lei inconstitucional é ato ou lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que de fato ou na realidade não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido.”

Foi o que ocorreu com o Decreto nº 12.868: ineficaz, por inconstitucional, é como se nunca houvesse existido.

O segundo aspecto concerne à forma de desfazimento, prevista no art. 2º do Decreto nº 14.540. Eis o que diz:

“Art. 1º — O disposto no art. 2º do Decreto nº 12.868, de 27.04.89, não se aplica aos destinatários das Leis Complementares nº 6, de 12.05.77; 15, de 25.11.80; 28, de 21.05.82 e do art. 24 da Lei Complementar nº 21, de 04.11.81.”

A oração “não se aplica” traduz a utilização do instituto da *revogação*, que, produzindo efeitos *ex nunc*, bem se compatibiliza com o art. 2º do Decreto nº 14.540, que firma o início dos efeitos do ato *na data de sua publicação*. A insinuação do ato, porém, é imprópria. A revogação pressupõe o desfazimento discricionário, pela administração, de ato anterior *válido*. Se inválido o ato, o desfazimento deve perpetrar-se pela *anulação*. Nesse sentido, claríssima a lição de *Hely Lopes Meirelles* (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1989, p. 178):

“Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. Se o ato for ilegal ou ilegítimo, não ensejará revogação, mas sim anulação.”

Assim, deveria ter havido *anulação* do artigo anterior, e não *revogação* em parte. A redação do ato novo parece insinuar que o ato anterior era legítimo, quando não o era em face de sua inconstitucionalidade.

O rótulo, porém, é oportuno frisar, não tem relevância. O fato de o decreto mais novo se referir à revogação não convalida o vício que inquinava o decreto anterior.

A conclusão, dessa maneira, há de ser a de que o direito à remuneração acrescida por *todo* o período de gozo de férias *vigora desde o advento da nova Constituição*, em outubro de 1988. Em outras palavras: se algum integrante de categoria funcional, contemplada por lei com período de férias superior a 30 dias, gozou período superior a este, mas não percebeu a remuneração acrescida correspondente, *faz jus à percepção da diferença remuneratória* relativa ao período excedente do limite fixado pelo Decreto nº 12.868.

Mais ainda: não importa considerar se o período de aquisição ao direito às férias se consumou antes ou depois da promulgação da Constituição. O que importa é o *gozo de férias*, este expressamente fixado como o fato gerador do direito, e não o período de aquisição, não mencionado na Constituição. Aqui vale transcrever o ensinamento de *Eugênio Haddock Lobo* e *Julio Cesar do Prado Leite* (*Comentários à Constituição Federal*, 1º vol., 1989, p. 211):

“Tem-se argüido, levemente, que o benefício constitucional só surtirá efeito para aqueles que adquirirem o direito às férias após a promulgação da Nova Carta. Assim não é, claramente. O dispositivo constitucional é claro. “Gozo de férias” é a expressão que usa. Como o preceito é auto-aplicável, tem-se que aquele que já tenha completado o período aquisitivo, mas ainda não tenha fruído as férias, ao momento da fruição se beneficiará da nova regra constitucional e haverá, por consequência, remuneração acrescida de um terço a mais do que o salário normal.”

Por tudo o que foi exposto, é visível que o direito à remuneração acrescida provém do momento em que foi promulgada a Constituição. Se o servidor, tendo o direito, não o pôde exercer pela determinação constante de decreto ilegal, pode deflagrar, de imediato, os mecanismos com vistas ao exercício desse direito — o de perceber a diferença remuneratória relativa ao período de gozo de férias excedente ao normal de 30 dias, não paga àquela ocasião.

Tais mecanismos podem ser veiculados de duas maneiras. A primeira é através da via administrativa; a outra, pela via judicial, no caso de frustrada ou não utilizada a anterior.

Seja como for, o *petitum* ensejará, em qualquer das formas, uma discussão preliminar: a *inconstitucionalidade* e, pois, a *ineficácia* do art. 2º do Decreto nº 12.868/89.