

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.046/2021 SOBRE FÉRIAS
ANTECIPADAS E BANCO DE HORAS EM TEMPOS DE PANDEMIA**

GABRIEL MATIAS CIAN

MARINGÁ – PR

2021

Gabriel Matias Cian

**ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.046/2021 SOBRE FÉRIAS
ANTECIPADAS E BANCO DE HORAS EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Ma. Okçana Yuri Rodrigues Carvalho.

MARINGÁ – PR

2021

GABRIEL MATIAS CIAN

**ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.046/2021 SOBRE FÉRIAS
ANTECIPADAS E BANCO DE HORAS EM TEMPOS DE PANDEMIA**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Cesumar – UNICESUMAR como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Ma. Okçana Yuri Rodrigues de Carvalho.

Aprovado em: 10 de Novembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ma. Okçana Yuri Rodrigues Carvalho – Unicesumar

Prof. Me. Lucas Yuzo Abe Tanaka - Unicesumar

Prof. Ma. Fabrizia Angelica Bonatto Lonchiati - Unicesumar

ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.046/2021 SOBRE FÉRIAS ANTECIPADAS E BANCO DE HORAS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Gabriel Matias Cian

Okçana Yuri Rodrigues Carvalho

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a Medida Provisória n. 1.046/2021, editada pelo Presidente da República e publicada na data de 27 de abril deste ano. O instrumento visa enfrentar a situação relevante e urgente vivenciada no país, em razão do período pandêmico, decorrente da propagação do vírus SARS-CoV-2. Após quase dois anos nessa situação, há ainda muitas mortes e luta para conter o vírus, não apenas em relação à saúde pública, aos hospitais e aos profissionais da saúde que vêm experimentando os danos advindos da doença infecciosa, mas também o sistema econômico e, por consequência, os empregos da população. Isso porque, as medidas restritivas estabelecidas, as quais determinaram o fechamento de diversos seguimentos do comércio, das indústrias, lojas e demais estabelecimentos considerados não essenciais, prejudicaram o fomento da economia e acarretaram grande número de demissões. Dessa forma, o referido trabalho aborda o instituto das férias e do sistema de banco de horas, os quais foram flexibilizados pela Medida Provisória, com o intuito de manutenção dos empregos, sustentabilidade do mercado de trabalho e o confronto das consequências dessa emergência. A metodologia aplicada utilizou-se de uma revisão bibliográfica, através do levantamento das publicações disponíveis acerca do tema proposto, obras literárias, artigos e, em especial, da aludida medida e demais legislações aplicáveis, a fim de identificar as mudanças ocorridas e suas possíveis implicações no direito do trabalho.

Palavras-chave: COVID-19. Medidas de enfrentamento. Pandemia.

ANALYSIS OF THE PROVISIONAL MEASURE N°. 1.046/2021 ON ANTICIPATED VACATIONS AND BANK OF HOURS IN TIMES OF PANDEMICS

ABSTRACT

This work seeks to analyze the Provisional Measure n°. 1.046/2021, edited by the President of the Republic of Brazil and published on April 27 of this year. The legal instrument aims to cope with the relevant and urgent situation experienced in the country due to the pandemic period resulting from the spread of the SARS-CoV-2 virus. After nearly two years in this situation of many deaths and struggle to contain the virus, the public health, hospitals, and health professionals have been experiencing the damage caused by the infectious disease. However, aside from the health system, the economic system, and, consequently, the population's jobs also have been damaged. The restrictive measures established, which determined the closure of several segments of commerce, industries, stores, and other establishments considered non-essential, hampered the promotion of the economy and resulted in a large number of dismissals.

The present study approaches the institute of vacations and the "bank of hours" system, which were made more flexible by the Provisional Measure for the maintenance of jobs, the sustainability of the labor market, and to confront the consequences of this emergency. The methodology applied used literature review, through a survey of available publications on the proposed topic, literary works, articles, and, especially, the referred Provisional Measure and other applicable legislation, to identify the changes that have occurred and their possible implications for the labor law.

Keywords: COVID-19. Coping measures. Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2020, o Brasil foi surpreendido com a chegada do vírus SARS-CoV-2, o qual é causador da doença infecciosa denominada coronavírus. A transmissão do aludido vírus se dá, principalmente, através do contato de pequenas partículas líquidas expelidas pelo nariz ou boca de uma pessoa infectada.

De acordo com dados do Governo Federal, até o dia 15 de setembro de 2021, houve 21.034.610 casos confirmados, dos quais 588.597 pessoas vieram à óbito. Assim, em razão da pandemia instaurada, o país declarou estado de calamidade pública na data de 20 de março de 2020.

De lá para cá, o Brasil enfrentou diversos períodos de picos da doença, com contaminações em massa, acarretando a superlotação do Sistema Único de Saúde (SUS) e na falta de leitos nos hospitais e nas Unidades de Terapia Intensiva.

A fim de conter a propagação do vírus, diversas medidas restritivas foram impostas tanto no âmbito municipal quanto no estadual e no federal. Dentre elas é possível destacar: o fechamento de lojas, comércios, indústrias e demais atividades consideradas não essenciais, além da restrição de circulação em espaços, vias e a proibição de realização de eventos.

Com a necessidade de isolamento social, o sistema econômico do mundo e, em especial, do nosso país, tem enfrentado redução súbita de demanda. Além disso, as aludidas proibições ocasionaram no fechamento de diversas empresas, comércios e lojas, as quais não conseguiram suportar o período sem qualquer retorno financeiro. Em decorrência da divergência entre a oferta e a demanda, diversos empregados foram demitidos, afetando a renda de boa parte da população brasileira.

Segundo dados obtidos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa de desemprego aumentou para 14,1% no segundo trimestre de 2021, o que significa 14,4 milhões de pessoas desempregadas.

Com o objetivo de incentivar os empresários durante o período pandêmico, o Governo Federal elaborou alguns programas de emergência no âmbito trabalhista, dentre os quais é possível destacar a Medida Provisória n. 927/2020, em que foi reeditada diversas regras no ano de 2021, mediante a edição da Medida Provisória n. 1.046.

Dentre as regras previstas na aludida MP, evidencia-se a concessão antecipada de férias futuras, o pagamento adicional de um terço após a sua concessão e a compensação de jornada, por meio do banco de horas.

Assim, o presente trabalho busca analisar as respectivas alterações estabelecidas no documento, no que tange às férias e ao banco de horas. Essas garantias estão previstas no âmbito dos direitos sociais da Constituição Federal. As primeiras, conquistadas através de luta dos empregados, tem seu fundamento no artigo 7º, inciso XIII, da Carta Magna, e o segundo, estritamente correlacionado com a garantia constitucional de máximo de horas a serem trabalhadas no dia pelo empregado, conforme artigo 7º, inciso XVII, do mesmo diploma legal.

Dessa forma, considerando o contexto social sem precedentes agora instalado, a necessidade de medidas, por parte dos poderes executivos e legislativos, identifica-se a primordialidade do presente trabalho sob a perspectiva da pandemia e suas possíveis implicações no direito do trabalho e eventuais demandas judiciais.

2 BANCO DE HORAS

O banco de horas é um sistema que funciona como uma espécie de crédito e débito, no qual o empregado trabalha mais horas em determinado dia e menos horas em outro, conforme os interesses do empregador. Trata-se uma tendência da modernização dos critérios legais sobre a jornada de trabalho, conforme Amauri Mascaro Nascimento dispõe (2011, p. 78)

Ampliou-se a compensação de horas com o banco de horas, forma de distribuir as horas de trabalho de modo a ser respeitado o total normal em determinado período, ainda que, dentro deste, tenham sido ultrapassados os limites da jornada normal, desde que, no mesmo pelo período, o empregado deixe de trabalhar o mesmo número de horas a mais, além das normais, que prestou.

Nesse sentido, Sergio Martins Pinto (2007, p. 507) conceitua o banco de horas, o qual ele prefere denominar de acordo de compensação de horas.

Acordo de compensação de horas é o ajuste feito entre o empregado e o empregador para que o primeiro trabalhe mais horas em determinado dia para prestar número de horas inferior ao normal em outros dias.

Consiste o “banco” de horas em o trabalhador cumprir jornada inferior à normal quando há menor produção, sem prejuízo do salário ou de ser dispensado. Quando há maior produção, há compensação das horas. Poderá o trabalhador prestar serviço mais horas por dia, quando há maior produção, compensando essas horas na baixa produção. [...] São vantagens do “banco de horas”: evitar a dispensa de trabalhadores em épocas de crise; adequar a produção, evitar ociosidade do trabalhador; reduzir horas extras e seu custo, compensar o sábado, compensar dias no final do ano etc.

Observa-se que a finalidade do banco de horas é permitir pequenos ajustes em situações comuns do dia a dia, como nos casos em que o funcionário chega atrasado ou precisa sair mais

cedo, de modo que, para não ter desconto no salário, compensa as horas faltantes trabalhando mais em outro dia (MELEK, 2019, p. 103).

De outro ângulo, Luciano Martinez entende que (2020, p. 775)

O banco de horas não é propriamente sistema de compensação nem de prorrogação. [...] Por meio dele se cumula a exigibilidade de prestação de horas suplementares sem prévio aviso e sem qualquer pagamento com a imprevisibilidade dos instantes de concessão das folgas compensatórias. O banco de horas autoriza o empregador a exigir do empregado a prestação de jornada suplementar até o limite máximo de dez horas diárias, sem, por conta disso, gerar retribuição de qualquer natureza. As horas excedentes da jornada legal ou convencional são, então, lançadas num “banco” e ali acumuladas com o fim especial de, num futuro serem trocadas por folgas compensatórias. Essa troca deve ser paulatinamente promovida por iniciativa do empregador, sob pena de serem pagas como extraordinárias quando for obtido o limite da “soma das jornadas semanais de trabalho previstas” ou quando for alcançado o limite temporal de um ano de permanência no “banco” (o que ocorrer primeiro).

No que tange a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro, Carlos Henrique Bezerra Leite estabelece que “O banco de horas foi instituído no Brasil por meio do art.6º da Lei 9.601/88, que deu nova redação aos §§2º e 3º do artigo 59 da CLT. Posteriormente, a Medida Provisória 2.164-41, de 28.04.2001, alterou a redação do §2º e acrescentou o §4º” (LEITE, 2019, p. 557).

Convém destacar que a carga horária que o trabalhador pode se submeter diariamente sofre uma limitação. Esse controle foi umas das mais importantes reivindicações do operariado, de modo que se constitui um verdadeiro marco na regulação da jornada, a fim de equilibrar a desarmonia existente na relação entre empregado e empregador (ABUD, 2008, p.102).

No mesmo seguimento, a Constituição Federal prevê, no artigo 7º, inciso XIII, considerado o rol de direitos do trabalhador, que a duração de trabalho normal será de 8 (oito) horas diárias, possibilitando a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva.

Há uma grande importância na jornada de trabalho, tanto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos também tratou do tema em seu artigo XXIV, estabelecendo que “Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”.

Em continuidade, a Consolidação das Leis do Trabalho, no que se refere ao assunto, permite que a jornada de trabalho seja no limite máximo de até 10 (dez) horas, instituindo o “banco de horas” em seu artigo 59, §2º.

Sobre a possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho, Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 570-571) expõe

Pode-se dizer que o “banco de horas” é um neologismo utilizado para denominar um novo instituto de flexibilização da jornada de trabalho que permite a compensação do excesso de horas trabalhadas em um dia com a correspondente diminuição em outro dia, sem o pagamento de horas extras, desde que respeitado determinado período de tempo fixado em lei, acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

No mesmo seguimento, Cláudia José Abud dispõe (2008, p. 92) “No direito do trabalho, a compensação de horas tem por escopo possibilitar que o excesso de horas trabalhadas em um dia seja compensado com folgas ou diminuição de horas em outro dia, sem que, com isso, tenha o empregado direito de receber qualquer adicional em sua remuneração”.

Da análise dos conceitos elencados, vê-se que o salário do empregado não se modifica quando há o uso do banco de horas, ou seja, não é reduzido e também não é aumentado, mantendo-se.

A Lei n. ° 13.467/2019 acrescentou ao artigo 59 da CLT os §2º e 5º, que preveem que o banco de horas poderá ser adotado através de acordo individual entre o empregado e o empregador, bem como por intermédio de instrumento coletivo, seja pela convenção coletiva ou pelo acordo coletivo de trabalho.

Convém salientar que o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que o acordo tácito para a compensação de jornada é considerado inválido. Assim, assevera Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1055)

A jurisprudência do TST, após pequena insegurança (expressada na infeliz redação da antiga OJ n. 182 da SDI-I/TST, de 2000 — caso lida em sua literalidade), pacificou-se no sentido de ser inválido o simples acordo tácito para o regime compensatório de jornada. Nesta direção, a OJ n. 223 da SDI/ TST e a redação subsequente da Súmula 85 do TST (Res. 121/2003 e Res. n. 129/2005). A Súmula 85, por fim, incorporou as anteriores OJs 182, 220 e 223, deixando clara a necessidade de pactuação bilateral escrita (Súmula 85, I, TST). Observe-se que, antes da Lei n. 9.601, de 1998, somente se falava em regime compensatório clássico, não em banco de horas (afigura do banco de horas somente surgiu com a Lei n. 9.601/98).

Diante disso, caso seja adotado mediante acordo individual, o prazo máximo para a compensação é de 6 (seis) meses. Por outro lado, caso seja adotado por uma convenção ou um acordo coletivo, o prazo máximo para compensação das horas é de 12 (doze) meses.

Nesse aspecto, Luciano Martinez traz três características importantes do banco de horas (2020, p. 776 -777)

Perceba-se que o “banco de horas” tem, diante do quanto aqui expandido, três caracteres importantíssimos: 1º) Deve ser ajustado por acordo ou convenção coletiva de trabalho se disser respeito a compensação que ocorra em período superior a seis

meses e inferior a um ano. O disposto no § 5º do art. 59 da CLT deixou claro que “o banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses” (destaques não constantes do original). 2º) A acumulação de horas sujeita-se ao limite máximo temporal que se estende de seis meses a um ano de permanência ou, observado o que ocorrer primeiro, ao limite consistente da “soma das jornadas semanais de trabalho previstas”. Como é ininteligível o conceito indicativo da “soma das jornadas semanais de trabalho previstas”, admite-se que o limite de quantidade de horas acumuladas coincide com a carga horária semanal máxima legal (geral ou especial) ou contratual, multiplicada pelo número de semanas existentes dentro de seis meses (no caso do § 5º do art. 59 da CLT) ou dentro de um ano (no caso do § 2º do art. 59 da CLT). 3º) Não se pode considerar como hora suscetível de ingressar no “banco” qualquer uma excedente do limite máximo de dez horas diárias.

Dessa forma, Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1056) tece uma importante crítica no que diz respeito à possibilidade advinda da Reforma Trabalhista

Em se tratando do regime compensatório do banco de horas — que tem extensão superior a do mês —, a pactuação tem de ser autorizada por instrumento negocial coletivo, regra geral (novo § 5º do art. 59 da CLT). Entretanto, infelizmente, dispõe o novo preceito inserido pela Lei n. 13.467 que, “desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses”, poderá o banco de horas ser pactuado por acordo individual escrito (art. 59, § 5º, CLT). Conforme se percebe, o desrespeito à Constituição da República (art. 7º, XIII, CF) mostra-se claro. Afinal, trata-se de regime compensatório potencialmente desfavorável (banco de horas), sem garantias significativas para o trabalhador — o que torna imprescindível a intervenção do ser coletivo obreiro, o sindicato, via negociação coletiva trabalhista. A flexibilização trabalhista autorizada pela Constituição, em especial no art. 7º, XIII, tem de ser realizada mediante os instrumentos coletivos negociados.

Sendo assim, vê-se que o instituto do “banco de horas”, com o advento da Reforma Trabalhista, passou a possibilitar maior negociação entre empregador e empregado, nos casos em que a compensação ocorra dentro de 6 (seis) meses. Nesse contexto, não pode-se garantir ser totalmente benéfico ao empregado, uma vez que tal previsão vai de encontro com a Constituição Federal e, ademais, não traz garantias significativas.

3 FÉRIAS

Anteriormente ao surgimento das férias, os trabalhadores contavam apenas com os finais de semana e demais feriados civis para o descanso e passeio em família. A concessão do direito às férias foi uma conquista histórica, em razão do movimento dos trabalhadores no período pós revolução industrial, precisamente no ano de 1872, na Inglaterra, momento em que

havia muitas indústrias, sindicatos e entraves entre a sociedade, os empresários da época e a política (SÜSSEKIND, 1977, p. 23).

No Brasil, as férias foram concedidas, pela primeira vez, ao Aviso Ministerial do Ministério da Agricultura, ao Comércio e às Obras Públicas, no ano de 1889, pelo prazo de quinze dias, de maneira remunerada. Logo após, esse direito foi estendido aos operários diaristas e aos ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil (MARTINS, 2007, p. 557).

No ano de 1925, o direito às férias foi incorporado a todos os empregados por intermédio do Decreto n. 4.982/25, o qual previa: “Art. 1º A empregados e operários de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários e de instituições de caridade e beneficência no Distrito Federal e nos Estados, senão anualmente concedidos 15 dias de férias, sem prejuízo dos respectivos ordenados, diárias, vencimentos e gratificações”.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, o aludido documento foi o sexto, a nível mundial, a conceder o direito às férias a todos da esfera privada (2011, p.798). “Ressalta, também, que o Brasil foi o “segundo país a conceder o direito a férias anuais remuneradas a determinados grupos de trabalhadores” e “o sexto a estender esse direito a todos os empregados e operários de empresas privadas ao ser sancionada a Lei n. 4.582, de 24 de dezembro de 1925”.

Posteriormente, tal direito foi estendido a todos os trabalhadores, por intermédio da Convenção n. 52, da Organização Internacional do Trabalho, assumindo novas dimensões com a Convenção n. 132 da OIT, elaborada em 1970, ratificada pelo Brasil no ano de 1998 e incorporada no ordenamento jurídico por intermédio do Decreto n. 3.179/99, que estabeleceu, em seu artigo 1º, que a Convenção n. 132 “deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”.

Assim, cabe destacar o posicionamento de Maurício Godinho Delgado (2019, p. 1158), que acredita que as regras trazidas pela respectiva Convenção eram desfavoráveis, uma vez que, mesmo antes de ser ratificado pelo Brasil, já havia direcionado a criação de leis internas no que concerne o tema (2019, p. 1158)

Na verdade, contudo, o referido diploma internacional, concluído pela OIT em 1970, já havia inspirado a redação do novo capítulo celetista de férias, que passou a vigorar no Brasil em 1977 (arts. 129 a 153, CLT). Em decorrência, não despontaram disparidades significativas entre os dois diplomas. Ao invés, no cômputo estrito entre essas diferenças, a Convenção chega a apresentar maior número de regras menos favoráveis, o que cria a dúvida sobre se sua recente adoção não terá vindo essencialmente somar-se ao caminho flexibilizatório de normas justralhistas perfilado oficialmente na década de 1990 no País.

Há certa divergência doutrinária no tocante à aplicação das normas da Convenção, como pondera Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 579), que entende a teoria da acumulação quanto à aplicabilidade da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro.

A aplicação ou não das normas da convenção em análise ainda é alvo de muita discussão doutrinária e jurisprudencial, uma vez que uma parcela dos juristas aplica a teoria do conglobamento para afastar a incidência de suas regras nas relações empregatícias no Brasil, enquanto outra parte defende a aplicação da teoria da cumulação, visando adequar as normas mais benéficas ao ordenamento jurídico nacional. A teoria do conglobamento consiste na análise de todas as normas de um mesmo instituto para, então, depois, ser escolhido o conjunto mais benéfico ao trabalhador. Dessa forma, tendo em vista que as normas da CLT, como um todo, são mais benéficas aos trabalhadores do que as normas da Convenção 132, aqueles que defendem a aplicação dessa teoria afastam a incidência das referidas normas internacionais no Brasil. De outro giro, a teoria da cumulação visa aproveitar o máximo de normas mais benéficas de cada conjunto para então formar um único conjunto que possa melhor proteger o trabalhador.

Nesse sentido, Luciano Martinez (2020, p. 818) dispõe que

Parece acertada, portanto, a posição que sustenta a plena aplicabilidade da ora analisada convenção. Como, todavia, essa tese ainda não é majoritária, também pouco estão bem delimitadas as situações em que preferem as disposições contidas no referido documento internacional, a análise do instituto férias será promovida neste estudo à luz da legislação interna.

Superado esse aspecto, vê-se que as férias são um direito fundamental social dos trabalhadores, previsto na Constituição Federal e, além disso, são um direito universal humano, consagrado pela Convenção supracitada, a qual tem como objeto a regulamentação do instituto das férias dos trabalhadores (LEITE, 2018).

Na Carta Magna, tal instituto encontra-se no artigo 7º, inciso XVII, o qual prevê que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

Em continuidade, as férias também se encontram na regulamentação infraconstitucional, a partir do artigo 129, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual estipula que “Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração”.

O conceito de férias pode ser definido como um descanso anual remunerado e assegurado pela Constituição Federal, com a finalidade de conceder, ao empregado, um período de descanso para reestabelecer as energias físicas, o convívio com os familiares e o equilíbrio emocional (RENZETTI, 2018).

Em continuidade, Luciano Martinez (2020, p. 815) assevera que

As férias podem ser conceituadas como um intervalo anual de descanso, garantido constitucionalmente como direito social e outorgado exclusivamente aos trabalhadores exercentes de atividades por conta alheia (empregados, inclusive domésticos, trabalhadores avulsos e servidores ocupantes de cargo público). Trata-se, portanto, de um direito restrito apenas aos empregados e servidores públicos porque seu custeio cabe ao tomador dos serviços. É, em última análise, um período de interrupção do contrato de emprego.

Para além, Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 508) acrescenta que há a definição jurídica e sociológica no conceito de férias

No sentido jurídico, sim, por ser um componente obrigatório dos deveres do empregador e dos direitos do empregado.

No sentido sociológico é o descanso, portanto, a paralisação do trabalho durante certa parte do ano. Assim, no plano do real as férias não poderiam se enquadrar-se como condições de trabalho, mas sim como exercício de um direito, direito a um descanso anual, e com isso a sua inclusão no tema se dá pelo aspecto jurídico, porque todas as leis asseguram aos empregados, depois de determinado tempo de serviço no ano, um número determinado de dias de inatividade para o uso do tempo como o empregado desejar, para descanso reparador das suas condições físicas e morais. Logo, férias se inserem no conceito de condições de trabalho como expressão de uma garantia legal ou contratual de determinado número de dias por nos quais o empregado, sem trabalhar, continuará com direito às percepções econômicas.

Vale reforçar que as férias são vistas também como um dever do empregado e, por isso, deve ser entendida como de natureza jurídica híbrida, ou seja, é proibido trabalhar em qualquer outra atividade durante o período. Assim, tem-se que “férias não são apenas direito, mas dever do empregado, tanto que a doutrina sustenta a irrenunciabilidade, pelo mesmo, das suas férias”. (NASCIMENTO, p. 2011, p. 798).

Tal entendimento é também retirado do artigo 138, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual dispõe que, durante o período de férias, “o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele”.

Nessa perspectiva, destaca-se que há distinção entre férias individuais e coletivas, conforme Luciano Martinez (2020, p. 819) expõe

As férias individuais são aquelas outorgadas por conta da necessidade de descanso anual dos trabalhadores, observando um interstício de doze meses para a aquisição e subsequentes doze meses para a concessão. Podem sofrer alterações por conta da imposição de férias coletivas. As férias coletivas, ao contrário das individuais, são impostas aos empregados, não por conta da necessidade de um descanso anual, mas por conveniência dos empregadores, notadamente nas situações em que seja evidenciado excesso de produção ou diminuição da demanda. Elas não respeitam o

interstício de doze meses e podem, por isso, ser concedidas a empregados recém-contratados.

Além do mais, menciona-se que há possibilidade das férias serem fracionadas, obedecendo alguns parâmetros. Aqui, convém fazer uma distinção do período anterior e posterior à Reforma Trabalhista. Quanto ao primeiro período, Maurício Godinho Delgado (2019, p. 11) explica que

Nessa época anterior, era possível, sim, o fracionamento do prazo de duração das férias anuais, embora com algumas ressalvas. É que tratava a CLT de modo bastante diferenciado as situações de fracionamento ocorridas no tocante às férias meramente individuais e no tocante às férias coletivas. Em ambas as situações, é verdade, esse fracionamento não poderia ensejar mais de duas parcelas anuais de gozo de férias (art. 134, § 1º e 139, § 1º). Entretanto, para a CLT, no caso de férias individuais, uma dessas parcelas não poderia ter periodicidade inferior a 10 dias corridos, ao passo que, no caso de férias coletivas, nenhuma delas poderá ser inferior a este prazo (art. 134, § 1º em confronto com art. 139, § 1º, CLT).

Antes da Reforma Trabalhista, as férias somente poderiam ser fracionadas em alguns casos, não podendo um dos períodos de fruição ter duração inferior a 10 (dez) dias corridos. Por outro lado, atualmente, o fracionamento das férias passou a ter nova disposição, podendo ser divididas em até três períodos, sendo que apenas um deles não poderá ser inferior a 14 (quatorze) dias. Além disso, caso o trabalhador opte por dividir em três períodos, nenhum dos dois remanescentes poderão ser inferiores a 5 dias corridos (MELEK, 2019, p. 119).

Assim, a nova Lei possibilitou maior poder de negociação entre patrão e empregado, no que se refere à concessão das férias, oferecendo ao trabalhador, em tese, o direito de aceitar ou não o fracionamento previsto, não sendo possível a imposição por parte do empregador, contudo cabe a ele definir a data em que o empregado iniciará o período aquisitivo das férias.

4 MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.46/2021 E A APLICAÇÃO DO BANCO DE HORAS E FÉRIAS ANTECIPADAS

Antes de discorrer a respeito das alterações trazidas pela Medida Provisória n. 1.046/2021, cumpre frisar que um dos princípios que regem as relações trabalhistas é o da inalterabilidade contratual lesiva, previsto no artigo 468, da Consolidação das Leis do Trabalho. “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

O aludido princípio, nas palavras de Ives Granda da Silva Martins Filho (2016, p. 60), significa que

O trabalhador tem direito à estabilidade das relações contratuais, não sendo surpreendido pelo aumento de jornada de trabalho, redução da remuneração, transferência de local de prestação de serviços, sem que haja sua anuência à alteração e desde que essa alteração não lhe seja substancialmente prejudicial. O fundamento do princípio está relacionado ao fato de que o trabalho é apenas uma das dimensões da vida humana. Não pode o trabalhador, diante de outros compromissos assumidos e deveres que possui (deveres familiares, sociais, associativos, religiosos etc.), ficar à mercê da vontade arbitrária do empregador. Na CLT, este princípio está ancorado no art. 468.

A partir da análise do dispositivo e do entendimento doutrinário, observa-se que cabe exclusivamente ao empregador suportar os riscos do empreendimento, não sendo permitido a ele dividir os prejuízos com seus trabalhadores, nos termos do artigo 2º, da CLT (CORREIA, 2016).

Em que pese o princípio acima consagrado, no âmbito do direito do trabalho desde a Reforma Trabalhista, observa-se a sua relativização, ampliando “[...] as possibilidades de flexibilização das normas sobre jornada e duração do trabalho, seja pela via da negociação coletiva, seja por negociação individual quando se tratar de empregado “hipersuficiente” (ROMAR, 2018, p. 358).

Dentro dessa perspectiva, com o objetivo de elevar os direitos dos empregadores, a fim de permitir maior negociação com os trabalhadores frente ao período pandêmico, criou-se a Medida Provisória n. 1.046/2021, a qual dispõe sobre medidas trabalhistas direcionadas à classe empresária para enfrentamento da emergência de saúde decorrente do coronavírus.

As providências previstas no instrumento poderão ser aplicadas no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data de sua publicação e, além disso, são extensíveis a todas as empresas do setor privado, independentemente da quantidade de funcionários ou faturamento.

A aludida medida trata-se de uma reedição da Medida Provisória 927/2020, a qual também era preponderantemente voltada ao empregador, conforme ensina Manoel Carlos Toledo Filho

O exame do contido no primeiro objetivo já desde logo denuncia aquele que parece mesmo ser o principal problema desta Medida Provisória: dirigir-se ou estabelecer interlocução apenas com os empregadores. Não se faz menção direta aos trabalhadores ou a seus sindicatos, como se estes não fossem, igualmente, atores fundamentais no contexto e no drama ocasionado pela pandemia da COVID-19. Aparentemente, o legislador parte da premissa de que aquilo que for bom ou adequado para os patrões também necessariamente o será para os seus respectivos empregados,

que assumem, portanto, a condição de meros itens acessórios ou súditos tutelados na estratégia geral de enfrentamento do problema.

A nova Medida Provisória traz significativas alterações, dentre as quais é possível destacar as férias individuais e coletivas e, também, o banco de horas. Nesse seguimento, o artigo 15, §1º, do aludido documento, dispõe que é possível o acréscimo de até 2 (duas) horas por dia de trabalho, desde que não exceda o limite de 10 (dez) horas. Tal previsão respeita o que anteriormente foi estabelecido no artigo 59, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em contrapartida, diferentemente do previsto no artigo 59, do aludido diploma legal, que determinava o prazo máximo para a compensação de 6 (seis) meses, nos casos de acordo individual, e 12 meses para compensação, nos casos de acordo coletivo, a Medida Provisória estipula o prazo de 18 (dezoito) meses para a compensação tanto nos casos de acordo individual quanto também nas hipóteses de negociação coletiva por acordo ou convenção.

Outra distinção trazida pelo instrumento diz respeito ao início da contagem do prazo acima descrito. Enquanto a CLT estabelecia que o computo se daria a partir do dia em que o empregado trabalhou, a Medida Provisória prevê que a contagem se iniciará quando terminar a sua vigência. Dessa forma, ao fim do prazo, o empregador terá mais 18 (dezoito) meses para compensar as horas trabalhadas a mais ou a menos pelo empregado.

Nesse ponto, salienta-se que o banco de horas poderá ser positivo ou o negativo, a depender da dinâmica de trabalho da empresa. Assim, bares e restaurantes, que ficaram impedidos de funcionar em razão das medidas de restrição, poderão proceder o banco de horas negativo. Com efeito, o trabalhador não laborará durante o período de fechamento e, posteriormente, compensará as respectivas horas que deixou de trabalhar, no prazo de 18 (dezoito) meses.

Ao contrário, também é possível o banco de horas positivo, uma vez que diversas áreas de trabalho têm laborado em jornadas exorbitantes devido à pandemia, como nos casos dos profissionais da saúde. Nesse cenário, os aludidos funcionários trabalham a mais nesse momento para, posteriormente, compensar as horas.

O artigo 5º, §1º, da Medida Provisória em análise, estipula que a compensação das horas poderá ocorrer inclusive nos finais de semana. Aqui, a medida agora vigente difere-se da Medida Provisória n. 927, que vigorou durante o ano de 2020.

Em contrapartida, no que tange às férias, o instrumento dispõe, no artigo 5º, acerca da possibilidade de antecipação, isto é, ainda que não estejam vencidas, poderá o empregado usufruí-las. No mesmo dispositivo, verifica-se que o empregador tem o período de 48 (quarenta e oito) horas para informar ao trabalhador sobre a antecipação das férias que será concedida.

O período acima elencado em muito distingue-se da previsão contida na Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê a comunicação do trabalhador no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do artigo 135.

Além disso, a Medida Provisória traz a possibilidade de negociação dos períodos aquisitivos futuros de férias, por meio de acordo escrito, consoante §2º, do artigo 5º. Isso significa que poderá o empregador negociar diretamente com o empregado, sem a necessidade do sindicato, e antecipar as férias dos anos seguintes, mesmo que, no momento, o empregado não tenha adquirido ainda o direito a elas.

Quanto ao pagamento das férias, possibilitou-se ao empregador efetuar o pagamento juntamente com o salário do mês. Antes da medida, o pagamento das férias deveria ocorrer antecipadamente. Sobre o adicional de um terço relativo às férias, o artigo 7º possibilita que ocorra após a sua concessão, a critério do empregador, até a data do pagamento do décimo terceiro, que é dia 20 de dezembro. Tal ponto também diverge da previsão contida na CLT, a qual estabelece, no artigo 145, que o pagamento será efetuado até dois dias antes do início do respectivo período.

Desse modo, é possível inferir que substanciais mudanças na forma de concessão e pagamento das férias e na flexibilização do banco horas foram produzidas, o que gerou verdadeira relativização dos direitos laborais, com o objetivo de possibilitar que os empresários exerçam sua atividade econômica neste momento de crise em razão da COVID-19.

4.1 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS CONTRATUAIS QUANDO DA APLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.046/2021 NO QUE TANGE ÀS FÉRIAS ANTECIPADAS E O BANCO DE HORAS

Ao analisar as regras constantes na Medida Provisória n. 1.046/2021, além de identificar que muitos direitos dos trabalhadores foram flexibilizados, a fim de manter o poderio econômico dos empregadores, é possível também identificar eventuais dissensos, indagações e até demandas jurídicas que poderão acontecer em virtude das regras existentes e aplicadas nas relações trabalhistas.

À título exemplificativo, indaga-se acerca da situação de empregados demitidos que tiverem o banco de horas negativos: poderá o empregador descontar as horas das verbas trabalhista na rescisão do contrato? Se sim, haverá um limite de desconto? Afinal, o trabalhador deixou de exercer sua atividade por circunstâncias alheias à sua vontade. Além disso, não é do empregador o risco do seu negócio?

Tratando-se do banco de horas positivo, é certo que deverão ser pagas pelo empregador no momento de sua rescisão, sendo convertidas em horas extras. Para além, como ficará a situação de cansaço e esgotamento físico do trabalhador, quando há compensação de horas nos finais de semana, o que era vedado e agora está permitido no aludido documento?

No que se refere às férias que o trabalhador recebeu antecipadamente, sem que ao menos tivesse adquirido o direito de obtê-las, poderão ser descontadas na rescisão trabalhista no momento da demissão?

O prazo de quarenta e oito horas estipulado na Medida Provisória para aviso por parte do empregador de que o trabalhador iniciará o período de férias é suficiente para que ele se organize financeiramente com o objetivo usufruí-las?

Quanto a dilação dos prazos para pagamentos das férias e também do um terço correspondente, como ficará o empregado, quem é a parte mais vulnerável na relação trabalhista?

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos verificar que a Medida Provisória n. 1.046/2021 repercute nas empresas, na vida financeira, pessoal, psicológica e social do empregado, bem ainda na sociedade como um todo. Por esta razão, deve ser as regras aplicadas de maneira correta para que possa atingir a sua finalidade.

Verifica-se a partir da leitura e da análise que o documento traz maiores benefícios para o empregador ao flexibilizar as regras contidas na legislação trabalhista e também na Constituição Federal no que diz respeito ao tema férias e banco de horas. Por outro lado, percebe-se que as possibilidades ali contidas têm o objetivo de preservar os empregos, razão pela qual concede liberdade ao empregador para estabelecer de que forma será o trabalho de seu empregado, a fim de suportar o período crítico advindo com as restrições impostas pela pandemia vivenciada no país.

Ademais, apesar das medidas serem unilaterais, ou seja, sujeitas à vontade do empregador, é direito do trabalhador que eventualmente venha a se sentir lesado pela não observância das regras impostas no instrumento e acionar o judiciário com o objetivo de discutir eventuais irregularidades praticadas.

A Medida Provisória impõe também grande responsabilidade aos sindicatos das classes trabalhistas, os quais devem acompanhar e zelar pela aplicação correta das regras, de modo que os empregadores não venham abusar do momento para prejudicar os seus funcionários.

É certo que o período pandêmico vivido exige esforços de toda a sociedade, contudo observa-se que a classe hipossuficiente foi significativa e diretamente impactada em seus contratos de trabalho, o que se evidencia quando analisado em conjunto com os poderes concedidos aos empregadores, na busca pela manutenção de seu poder econômico.

REFERÊNCIAS

ABUD, Cláudia José. **Jornada de trabalho e a compensação de horários**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 14 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Diário Oficial da União**, Brasília, 2017.

BRASIL. Medida Provisória n. 1.046. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470>>. Acesso em: 24 de jun. 2021.

BRASIL. Decreto n. 4.982 de 24 de dezembro de 1925. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4982-24-dezembro-1925-776548-publicacaooriginal-140498-pl.html>>. Acesso em 05 de ago. 2021.

CORONAVÍRUS BRASIL. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 16 set. 2021.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho**, 10. ed. – Salvador: Juspodivm. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 14 de set. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores, 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Desemprego**. Rio de Janeiro: Indicadores IBGE. Disponível em: <
<https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>.> Acesso em 17 de set. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**, 23. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista! O que mudou? – Reforma trabalhista 2017**. Curitiba: Estudo Imediato, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RENZETTI, Rogério. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2018.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. Coordenador: Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SÚSSEKIND, Arnaldo. **Comentários à nova Lei de Férias**. São Paulo: LTr, 1977.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Covid-19 e o direito do trabalho: um enfoque preliminar. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, edição especial, t. I, p. 247-264, jul. 2020.