

## ASPECTOS DA ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

EURICO CRUZ NETO<sup>(1)</sup>

A análise sobre as teorias contratualista e anticontratualista conduz à afirmativa de que apesar da intervenção do Estado tolher a vontade individual, em sua origem o contrato de trabalho é de natureza contratual. A evolução no tempo e as condições sociais e econômicas é que foram fatores determinantes da presença estatal.

Portanto, em nosso sistema vigoram normas cogentes que atribuem direitos e obrigações às partes e, em tal contexto dimana a proteção quando situações contingenciais impõem mudanças às condições preestabelecidas.

A liberdade do contratante, no caso o empregador, em alterar a seu livre arbítrio as condições contratuais encontra óbice na legislação e, somente em casos específicos pode ser exercida unilateralmente como ocorre com relação aos ocupantes de cargos de confiança.

### ***JUS VARIANDI E JUS RESISTENTIAE***

Assim sendo, quando se apresenta uma possibilidade de mutação surge o *jus variandi*, direito patronal potestativo, parte discricionária do poder diretivo de caráter extracontratual que na lei se embasa no artigo 2º da CLT facultando ao empregador o exercício do poder diretivo.

De tais assertivas emanam os conceitos de consentimento e tutela.

O poder diretivo não tem na realidade sentido lato porquanto sofre das limitações da lei e também em certos casos se reveste de aspectos contratuais.

Há uma contraposição entre o *jus variandi* e a própria lei e tal conflito é atenuado pela impossibilidade contratual de o empregado apreciar lesão

<sup>(1)</sup> Juiz Togado — 15ª Região.

aos seus direitos quando o ato patronal é eivado de boa-fé. Somente quando configurada má-fé é que emerge a juridicidade de manifestação de in-conformidade por parte do empregado.

Tal esclarecimento é de suma importância para diferenciar o *jus variandi* da alteração contratual procedida pelo empregador unilateralmente.

Como ensina *Hugo Gueiros Bernardes*, "se o *jus variandi* é o direito de variar unilateralmente, e continuamente o seu exercício não pode estar sujeito ao princípio da inalterabilidade unilateral" ("O Contrato de Trabalho e sua alteração", LTr, 2ª edição, pág. 38). Ao exercê-lo o empregador pratica um direito e aí se diferencia da alteração unilateral do contrato, sendo certo que no artigo 468 consolidado e em seu parágrafo único surgem delineadas ambas as figuras jurídicas, pois tal dispositivo no *caput* fala em "alteração de 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".

Como exemplo do exercício do *jus variandi* podemos citar a possibilidade de o empregador determinar expressamente a advogado empregado que não recorra de determinada sentença ou dispor quanto ao início e término da jornada diária de trabalho desde que observado tanto o limite quanto o intervalo legais.

Deste modo, a alteração contratual nos termos do artigo 468 da CLT é eivada de injuridicidade quando é lesiva, se exteriorizando o prejuízo e quanto ao *jus variandi*, além dos casos de previsibilidade legal (art. 468 da CLT, parágrafo único) no exemplo do supracitado de jornada de trabalho se observa que há previsão nos limites da boa-fé e do senso comum.

Outro exemplo de exteriorização do poder diretivo do empregador, contido no artigo 2º da CLT, é o regulamento de empresa e, impõe ao intérprete da lei seja interpretado restritivamente eis que refoge aos limites da contratualização.

Cabe examinar o que representa o *jus resistentiae* que é o direito do empregado se recusar a determinada ordem, viável de ser exercido contratualmente sob a forma de prestação negativa, ou seja, de não fazer.

O exemplo do advogado acima citado esclarece bem a figura jurídica se houver relutância do profissional liberal na condição de empregado. Pode ele exercer o *jus resistentiae* se entender como o dever de seu mister interpor o recurso, mesmo diante de ordem patronal, se premido por condições ético-profissionais.

### CARGO DE CONFIANÇA

O parágrafo único, quando reza "não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança", é o exemplo vivo de princípio de direito material que consagra o exercício do *jus variandi*.

No caso da inamovibilidade há a regra geral prevista no art. 468, *caput* e a exceção relativa aos cargos de confiança, inexistindo alteração contratual quando se determina o retorno ao cargo efetivo.

A consequência de reversão implica em se interromper qualquer gratificação paga, de vez que o engajamento no cargo de confiança é considerado de caráter contingencial, consagrando a jurisprudência que a paga se integra definitivamente após transcorrido um decênio. Tal era o entendimento do Enunciado 209 do TST, que foi cancelado, mas cuja orientação vem sendo adotada pelos Pretórios Trabalhistas.

A melhor doutrina, no entanto, exige que para se caracterizar o cargo de confiança, o empregado seja investido de poderes de gestão, tais como planejamento, direção, fiscalização, exteriorizando de forma transparente a verdadeira imagem do empregador, sendo ao nosso ver importante que no exercício de suas atribuições se inclua o poder de admitir e demitir empregados, não devendo haver confusão com chefias de setores onde a confiança se manifesta em sentido estrito.

### TRANSFERÊNCIA DE LOCAL DE TRABALHO

Com relação à alteração consistente em mudança de local de trabalho são comuns os casos em que a mutação se verifica dentro da mesma localidade, para outros estabelecimentos ou filiais da empresa, sendo importante definir se foi ultrapassado o limite da região econômica e, em tais situações, não havendo necessidade de mudança de residência nem de impossibilidade decorrente de sistema de transporte, não há se falar em transferência.

Ainda com relação à transferência, a melhor doutrina do direito trabalhista não faz restrição à licitude das transferências onde o trabalhador ao ingressar na empresa, anui expressamente de modo a autorizar o empregador a efetivar a mutação, quando do arbítrio deste.

Ensina *Mozart Victor Russomano*:

*"Se o empregado, ao ser admitido, aceitou a condição, não poderá mais tarde, fugir à cláusula que eles próprio subscreveu. As partes têm ampla liberdade para formular as condições dos contratos que celebram, mas desde que tais condições fiquem estipuladas e aceitas pelos contratantes, ambos ficam presos a elas. Se fosse dado ao trabalhador aceitar uma cláusula no ato de sua admissão na empresa, e depois se furtar a cumpri-la, no desdobramento do contrato, estar-se-ia quebrando, despoticamente, o princípio da inalterabilidade do pacto laboral, mas agora, por parte do empregado ("O empregado e o empregador no Direito Brasileiro", 5ª edição, págs. 188/189).*

Seguindo na análise dos dispositivos que tratam de transferência dos empregados, cabe fazer uma distinção de grande importância, vez que a lei estabelece dois tipos de mutação:

a) transferência definitiva (aplicam-se os §§ 1º e 2º do art. 469 da CLT);

b) transferência provisória (aplica-se o § 3º do art. 469 da CLT).

A complementação pecuniária correspondente a 25% do salário, criada por norma regulamentar interna, o item 5 da Deliberação n. 04/1975, foi instituída com base no § 3º do art. 469 da CLT. A norma legal visa facultar ao empregador o pleno exercício do poder de comando em decorrência da necessidade de serviços fora da localidade onde originou-se e desenvolveu-se a relação de emprego; no entanto, nesse caso impõe-se que o deslocamento seja transitório, conforme definido na aludida norma regulamentar.

Certo que a lei permite ao empregador, desde que comprovada a necessidade de serviço, alterar contingencialmente elemento essencial de contrato, o lugar de prestação das tarefas.

O § 3º do art. 469 da CLT, todavia, condiciona o exercício de poder de comando de proceder à transferência a motivo de ordem relevante, ou seja, necessidade de serviço.

Exemplificando, a exceção contempla as hipóteses de exercício de cargo de confiança, contratos que contenham cláusula específica da transferência face necessidade de serviço (§ 1º do art. 469).

## ALTERAÇÃO DO SALÁRIO

Sendo o contrato de trabalho de trato sucessivo, esta característica torna esta modalidade de avença sujeita a alterações freqüentes, conferindo-lhe um aspecto mais dinâmico do que em relação ao que ocorre nas outras espécies de pactuações.

Havendo consensualidade e bilateralidade se evidencia a possibilidade de mutações sempre que observado o alvedrio das partes, impondo a superestrutura legal decorrente da intervenção estatal a proteção ao trabalhador que somente o que for mais benéfico à classe obreira é que se legitima, sem que ocorra o risco de que os atos sejam eivados de nulidade de pleno direito, com base no art. 8º da CLT.

Em síntese, mesmo que haja concordância do empregado, tudo que afrontar as disposições de direito material da órbita do direito trabalhista, não terá eficácia.

Tal sistema de prestação tem várias justificativas, em primeiro plano a presunção de que o obreiro não tem total autonomia de vontade eis que a manutenção no emprego fica ao arbítrio de outrem, havendo uma permanente coação exercida pelo agente do poder econômico.

A redação do art. 468 consolidado traduz com exatidão todos os componentes sociológicos que ensejaram a criação e a ampliação contínua das regras de proteção ao trabalho e, deste modo, em se tratando de salário o *jus variandi* que estudamos anteriormente é exercido pelo empregador com grande limitação, embora ocorram situações em que o salário dos empregados podem sofrer eventuais prejuízos.

Comenta a ilustre jurista *Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes* na obra "O Contrato de Trabalho e sua Alteração" (2ª edição, LTr, pág. 141):

Na esfera das conseqüências salariais, o *jus variandi* pode acarretar, legalmente, um ligeiro prejuízo econômico, como é o caso dos empregados vendedores, viajantes ou praticistas, quando ocorrer ampliação, restrição ou transferência de zona, por necessidade ou conveniência da empresa, pois lhes será "assegurado, como mínimo de remuneração, um salário correspondente à média dos 12 (doze) últimos meses, anteriores à transferência" (art. 2º da Lei 3.207, de 18.7.1952).

Como vemos, a legislação reza no sentido de que a alteração lesiva não se legitima, prevalecendo o comando legal expresso no art. 468 da CLT.

As fontes de direito do trabalho induzem ao entendimento de que o *quantum* global remuneratório e não o salário singelamente considerado é o parâmetro para se aferir alteração quantitativa que implique em lesão ao direito do empregado.

Portanto, a paga referente à jornada suplementar habitual (horas extras), as gratificações, tanto as expressamente ajustadas quanto as derivantes de ajuste tácito, gorjetas, prêmios-produção e honorários extra salário são componentes indissociáveis da base, prevalecendo o princípio da irredutibilidade aquém do qual se configura a violação ao aludido princípio consolidado, se excetuando o permissivo legal atinente às atividades suspensas do estabelecimento em casos de força maior (art. 503 da CLT).

É evidente que a hipótese de flexibilização de jornada prevista no art. 7º, inciso VI da Carta Magna, quando preenchidos os requisitos previstos no tocante à participação dos sindicatos na avença não é caso excepcional.

Assim sendo, a melhor doutrina e os exemplares da jurisprudência se inclinam no sentido de que quando o empregado reivindica seu direito à percepção do *quantum* remuneratório derivante do direito adquirido, não há se falar em ato jurídico perfeito mas, sim, em ato nulo. É que a alteração lesiva quando comprovada em juízo pelas diversas espécies de prova gera presunção absoluta de que o ato de renúncia foi eivado por qualquer dos vícios de vontade (coação que se exterioriza também em se pressionar o empregado face à possibilidade de perda do emprego, fraude, erro ou desconhecimento de norma protetora).

Cabe pontuar o magistério de *Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes* ao tratar da questão das hipóteses de legalidade da redução de jornada previstos no México e na Argentina, sendo de suma importância salientar que tais legislações fixaram a flexibilização anteriormente à inclusão de tal princípio em nosso contexto constitucional (art. 7º, inciso VI da Carta Magna).

## FORMAS DE ALTERAÇÃO DO SALÁRIO

### ALTERAÇÃO QUALITATIVA

A alteração salarial qualitativa é a substituição de uma modalidade de salário por outro. Como exemplo temos a obrigação contratual que im-

põe ao empregado produzir determinado número de peças nos limites da jornada diária que pode ser alterada, quando o normal é exigir a prestação de tarefas durante o limite da jornada, sem qualquer especificação para efeito de se avaliar com total exatidão a produtividade.

Temos vários outros exemplos, como a variação de forma de pagamento, se transformando o empregado de situação de semanalista para mensalista, comissão por participação nos lucros, unidade de tempo por unidade de obra.

Todas estas espécies de alteração somente se revestem de juridicidade quando derivantes de pactuação bilateral.

Se poderia indagar se a alteração funcional seria qualitativa porém, exteriorizada em alguns casos de forma radical, cabe examiná-la em separado, o que faremos a seguir.

### ALTERAÇÃO QUANTITATIVA

É de relevante interesse jurídico o estudo da alteração quantitativa porque a princípio pode parecer que sendo criadas melhores condições salariais para o empregado mediante ato do empregador tal dado objetivo confere legitimidade ao ato patronal.

Portanto, é lícito afirmar que a imediata melhora das condições salariais, mesmo que procedida de forma bilateral, somente se adequará ao contexto das normas trabalhistas caso não venham a ocorrer em etapa subsequente prejuízos para o empregado.

Assim, a simples anuência do empregado não tem o condão de validar qualquer ato patronal, ainda mais se considerando outras circunstâncias, como o receio em perder o emprego, que induzem indiretamente o obreiro a acatar as determinações superiores.

A possibilidade de coação está sempre presente quando se trata de analisar as mudanças que surgem no curso do contrato, devendo se ressaltar que por vezes o próprio empregador age inconscientemente, sem intenção de causar qualquer prejuízo. Mas, é a própria situação de instabilidade, de hipossuficiência econômica, que condiciona o empregado a aderir de inopino a engajamento em novas condições contratuais, sem medir as conseqüências mediatas que poderão no futuro configurar a lesividade.

Importante também é aferir quais as modalidades de redução salarial são cabíveis.

Existem as deduções que podem ser efetivas (vales, salário *in natura*), que não implicam em redução salarial, podendo aí se incluir outras como contribuições para as entidades sindicais, tanto o compulsório como os oriundos de cláusulas de acordo, convenção ou sentença normativa e, ainda os descontos salariais quando decorrentes de prejuízos causados pelo empregado, dedução de imposto de renda, que podem ser considerados legais.

Também é legal a retenção de pensão alimentícia e de aluguel, não cabendo a retenção de salário quando decorre de empréstimo do empregador, nem para efeito de compensação da dívida. Assim sendo, nos termos do art. 462 enumera as hipóteses de legalidade do desconto.

Esclarece *Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes* ("O Contrato de Trabalho e sua alteração", 2ª edição atualizada, pág. 157) que houve tratamento diferenciado entre os trabalhadores rural e urbano no que tange à efetivação de descontos desde que, mediante acordo, o empregado reconheça a culpa e, dispondo que inexistindo avença a questão deva ser resolvida judicialmente (art. 39, parágrafo único da Lei 4.214, de 2.3.63).

Da análise do art. 462 da CLT emerge a diferença entre as situações em que ocorre culpa ou dolo, no primeiro caso sendo necessário o prévio acordo para legitimar o desconto e, no segundo, caso haja propositura de ação contra a medida do empregador, se desloca para este o ônus da prova.

Com relação às multas, as opiniões mais abalizadas são contra a efetivação, apenas se excetuando os casos de permissibilidade contida em fonte negocial coletiva.

Na questão das multas a única exceção é o caso do atleta profissional, dispondo a Lei 6.354/74 no artigo 15, § 1º de forma permissiva, porquanto em determinadas situações a prática de falta no âmbito esportivo acarreta prejuízo para o clube.

Entendemos que tal preceito é de constitucionalidade duvidosa face ao princípio da irredutibilidade salarial.

Também são legais os descontos efetuados em virtude de faltas eventuais quando injustificadas e, quando a compensação só cabe judicialmente, devendo o empregador requerer a reestimativa dos valores quando contestar o feito, conforme reza o art. 767 da CLT (*vide* Enunciado 48 do TST).

O Enunciado 18 do TST limita o requerimento de compensação apenas quando se trata de dívidas de natureza trabalhista.

A melhor doutrina é no sentido de expungir o termo retenção que, na realidade, confunde com compensação e, em termos práticos é de se aplicar o princípio da economia processual vez que a solução de se obter o resultado compensatório de forma endoprocessual atende ao direito do empregador na busca do seu direito. Apenas na hipótese do parágrafo único do art. 455 consolidado é que se emerge o direito de retenção na sua definição própria, pois se admite que o empregador principal retenha os valores que seriam pagos ao subempregado o que lhe seria devido a título de direitos trabalhistas.

A tendência do Direito do Trabalho é estimular cada vez mais a negociação coletiva, e, dentro desse espírito toda manifestação de vontade expressa em acordos ou convenções deve ser considerada quando se trata das questões excepcionais. Assim, quanto aos descontos, a tendência é permiti-los se aprovarem as partes, mesmo existindo vedação legal.

Hipótese de exceção ao princípio da alteração unilateral de salário é a prevista no art. 503 da CLT, nos casos de força maior, a Lei 4.923, de 23.12.65 — que, ao nosso ver, ficou sem eficácia face ao inciso VI do art. 7º da Carta Magna.

Com relação à possibilidade de variação dos ganhos dos empregados nas modalidades de percepção de salário por peça ou tarefa, por comissão, gorjetas ou gratificações, as fontes doutrinária e jurisprudencial consagram que a média de ganho deve ser observada, prevalecendo o comando protetor do art. 468 da CLT sempre em consequência de qualquer novo sistema se configurarem quaisquer efeitos lesivos.

### ALTERAÇÃO FUNCIONAL

As legislações estrangeiras sempre observaram o princípio de que, em regra, a alteração de função no contrato de trabalho não pode ser procedida de forma unilateral e, também no sentido de não conferir legitimidade quando se configuram efeitos lesivos ao empregado, se admitindo exceções desde que reguladas por lei.

Assim reza o Código do Trabalho Francês, o Código Civil Francês e o artigo 2.103 do Código Civil Italiano, conforme explica *Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes* ("O Contrato de Trabalho e sua alteração", 2ª edição, pág. 177).

Na Alemanha as questões controvertidas a tal respeito são resolvidas em nível de conselho de emprego eis que vigora o sistema de cogestão, no sistema legislativo português vigora legislação protetora semelhante à nossa que garante ao trabalhador a permanência nas funções em que foi contratado, observância das peculiaridades da categoria profissional, havendo possibilidade de mutações contingenciais em caráter provisório e, nas eventualidades se as condições forem mais favoráveis também as vantagens se incorporam a título precário (Dec.-lei n. 49.408, de 24.11.69).

Na Argentina (Lei 20.744) e no México (Lei Federal do Trabalho de 1969, art. 57, §§ 1º e 2º), as normas protetoras se assemelham à legislação brasileira, constituindo os aspectos fundamentais no primeiro caso a faculdade conferida ao empregador de modificar determinadas condições desde que não afetado o que for essencial e que não ocorra prejuízos de ordem material ou moral e, no caso mexicano o procedimento unilateral é aceito quando tais benefícios ao obreiro, quando objeto de cláusulas convencionais ou dissídios e, finalmente, quando originário de título judicial.

A lei mexicana faculta que mediante propositura de ação, o obreiro reivindique modificação contratual a fim de que seja estabelecido novo salário mais compatível às tarefas prestadas ou na ocorrência de circunstâncias justificadoras, sendo esta hipótese também aplicável ao encontro do interesse patronal quando houver necessidade imperiosa de ordem econômica.

Ressalta *Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes* ("O Contrato de Trabalho e sua alteração", 2ª edição LTr, pág. 179), citando *Nélio Reis*, que anteriormente à CLT somente se assegurava ao empregado a estabilidade econômica e não a funcional, colocação que foi questionada na doutrina sob o fundamento de que havia referência na doutrina e jurisprudência no prejuízo moral.

O certo é que a invariabilidade de função somente se consumou em termos legislativos após a vigência da CLT, havendo nítida inspiração do art. 468 da CLT no do *pacta sunt servanda*, o que é corroborado com o disposto no arts. 444 deste diploma legal.

Com relação à alteração de função também essa é a regra geral, sendo importante frisar que a lei pátria não insira a função como elemento essencial do contrato, conforme pontua a autora citada se referindo ao magistério de *Hugo Gueiros Bernardes* ("Curso de Direito do Trabalho em homenagem ao Ministro Mozart Victor Russomano", Ed. Saraiva, SP, 1ª edição, 1985, pág. 321).

Muito embora o empregado ao ser admitido já deva ter sua função ou cargo determinado, há casos em que o engajamento se procede de forma aleatória, se presumindo a existência do acordo tácito no sentido de que o próprio empregado se obriga a cumprir as tarefas dentro dos limites de sua capacitação técnica e resistência física. Na prática, o obreiro exercerá prestação de tarefas várias, o que poderá atender ao interesse dos contratantes e, em caso de inadaptação, as partes poderiam alterar as condições originárias, o que é permitido (art. 444 da CLT) desde que a superestrutura legal (art. 468), norma cogente que impõe os limites protetores, seja observada.

Todavia, se consignado contratualmente prestação de tarefas em função específica, não se revestirá de juridicidade ato unilateral que inobservar a condição resolutiva expressa engajando o empregado de modo distinto.

Na realidade, da prática das relações de trabalho deriva a sucessividade de ajustes tácitos na medida em que o contrato se desenvolve, pois surgem novas situações onde o aperfeiçoamento técnico e a produtividade exigem reciclagem. Não falamos aqui de novação objetiva, que envolve contratos sucessivos entre os mesmos sujeitos, mas de alterações consenitadas que, face à contumácia, adquirem legitimidade prevalecendo sobre as situações pretéritas. Para tanto, todavia, se torna necessário devam corresponder às conveniências do obreiro, pois, do contrário, ressurgirão as condições primitivas.

### CLASSIFICAÇÃO DAS ALTERAÇÕES DO CONTRATO DE TRABALHO

São várias as classificações das alterações salariais, dependendo dos doutrinadores tal sistematização metodológica.

Segundo *Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes*, que se refere a *Wagner Giglio*, e a *Arion Sayão Romita*, que na obra supracitada enumera as fontes de publicação de doutrina, cabe repetir o seguinte esquema:

#### WAGNER GIGLIO

- Obrigatórias
- Lícitas \_\_\_\_\_
- Facultativas
- Ilícitas \_\_\_\_\_

#### ARION SAYÃO ROMITA

- Unilaterais
- Voluntárias \_\_\_\_\_
- Bilaterais
- Legais
- Imperativas \_\_\_\_\_
- Judiciais

#### ALTERAÇÕES DE FUNÇÃO VERTICAIS PROMOÇÃO — ALTERAÇÃO ASCENDENTE

A melhor doutrina define promoção como alteração vertical ascendente, que implica em modificação hierárquica passando o empregado a ocupar cargo cujo exercício envolve maior responsabilidade que o primitivo, podendo estar ou não engajado em mister em que se exterioriza poder de gestão em sentido estrito ou lato mas havendo, em síntese alteração qualitativa e quantitativa funcionalmente, quase sempre com maiores benefícios salariais, sendo procedida unilateralmente pelo empregador.

Também os doutrinadores que estudaram com maior profundidade a matéria (*Mozart Russomano*, *Wagner Giglio* e *Hugo Gueiros Bernardes*) professam que é cabível a recusa, ressalvada a hipótese de existência de quadro de carreira. A justificativa da recusa encontra respaldo jurídico na eventualidade de o empregado não se considerar apto tecnicamente ao desempenho de funções que exigem maior capacitação técnica ou mesmo, no plano psicológico, de insegurança emocional que pode advir com a atribuição de novos encargos que podem ser incompatíveis com a vocação do empregado.

Tais fatores subjetivos devem, evidentemente, ser considerados como razões plausíveis pelo empregador que, se exercer o poder de gestão de forma autoritária, ao proceder à promoção, pode provocar efeitos negativos que, inclusive, poderão configurar no futuro prejuízo moral, ficando sujeito à eventual ação objetivando reparar o dano.

Cabe ressaltar que alguns autores entendem ser a promoção irrecusável, com o que não concordamos pelas razões expostas.

Apenas admitimos a exceção no caso de existência de quadro de carreira pois é de se presumir o pleno conhecimento pelo empregado da organização empresarial e das obrigações futuras que lhe serão cometidas, face à ordem natural das coisas, o que incoorre com as promoções às vezes decorrente de situações contingenciais ou aleatórias.

#### REBAIXAMENTO E RETORNO — ALTERAÇÕES DESCENDENTES

O rebaixamento não encontra respaldo jurídico na legislação trabalhista e, qualquer ato que venha configurá-lo será inquirido de nulo de pleno direito, a teor do art. 9º da CLT.

Sendo certo que não se admite a novação objetiva descabe se desvincular o ato de rebaixamento do contrato vigente, mesmo que procedido por fórmulas jurídicas que seriam consideradas de caráter aleatório, conforme já foi acima explicado, prevalecendo sempre a superestrutura representada pelo comando do art. 468 da CLT.

De um modo geral sempre que se refere a rebaixamento a idéia que surge é de modo a considerar a figura jurídica como prejudicial ao empregado no sentido mais amplo, tanto no plano econômico como no que concerne ao aspecto moral. É certo, por conseguinte, que uma alteração que não envolve necessariamente prejuízo pecuniário para o empregado pode se configurar como rebaixamento, como no exemplo citado por *Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes*, na obra anteriormente citada, ou seja, quando um jornalista que assina uma coluna prossegue a prestação de tarefas nas mesmas condições contratuais, sendo apenas impedido de assiná-la. Neste caso se evidencia o propósito do empregador em desvalorizar o profissional o que não acarretaria prejuízos imediatos; mas, se o ato for avaliado em consequências futuras os efeitos negativos sobre a carreira do profissional se evidenciarão claramente.

Cabe frisar ainda que, mesmo em se tratando de necessidade de coibir a prática ou falta pelo emprego, o rebaixamento não pode ser a providência juridicamente cabível eis que a lei faculta ao empregador a adoção de outras formas primitivas mais adequadas. Tecnicamente, a limitação do exercício do *jus variandi* pelo empregador e, repetimos, quando o contexto das normas de direito material apresenta as soluções práticas surgem delineados os limites objetivos além do que qualquer ato será inquirido de ilegítimo.

Tais casos de alteração contratual quando levados à apreciação do magistrado trabalhista nem sempre são de fácil solução pois surgem situações em que uma simples determinação patronal pode ferir a suscetibilidade do empregado a ponto deste formar o entendimento pessoal de que determinada prática veio ferir seus direitos quando na realidade tal não ocorre. Às vezes uma mudança de local de trabalho é motivo de insatisfação e, podemos afirmar que surgem dificuldades para uma análise perfeita em termos de julgamento.

Creemos que a sensibilidade do julgador deve ser aguçada eis que uma mudança na qualidade de uma sala, por exemplo, pode afetar o empregado a ponto de influir em seu desempenho, face aos reflexos de ordem moral ou psicológica.

Quanto ao retorno que a reversão à função originária anteriormente exercida pelo empregado, por ato do empregador, trata-se de medida legítima, sendo regulamentadas as situações em que pode ocorrer (arts. 450, 468, parágrafo único e 499, da CLT). A lei é explícita quando o exercente de cargo de confiança retorne ao cargo efetivo ou nos casos de transitoriedade do titular (ex.: férias, licenças, etc., do titular).

*Mozart Victor Russomano* ("O empregado e o empregador no Direito Brasileiro", 7ª edição, pág. 235) citando a obra "Alteração do Contrato de Trabalho" de *Nélio Reis* faz a indagação a respeito da transitoriedade nas substituições, indagando até que ponto a alteração é legal, se considerando o fator temporal.

O princípio da primazia da realidade induz a que se considere eventual ou transitória a mutação até determinado limite, adotando a melhor doutrina o entendimento de que o prazo é de um ano, aplicando analogicamente o § 1º do art. 478 consolidado. Tal critério, ao nosso ver, deve ser aplicado mesmo em se tratando de cargo em comissão, substituição e interinidade.

#### **DAS ALTERAÇÕES HORIZONTAIS, READAPTAÇÕES E ENGAJAMENTO EM FUNÇÕES ESPECIALIZADAS**

No curso da relação de emprego a prestação de tarefas é suscetível de deslocamentos, tanto com referência qualitativa nas funções desempenhadas como no tocante ao local de trabalho, sendo de se assinalar que deve haver consonância entre a qualificação primordial do empregado e tais mudanças de modo a assegurar um equilíbrio entre o poder de comando e as condições profissionais.

O limite da juridicidade das alterações funcionais se estabelece no fato de não se exigir do empregado que extrapole sua capacidade técnica ou sua produtividade média e que os novos misteres atribuídos sejam inerentes à natureza de suas funções.

Os princípios legais de proteção ao trabalho inviabilizam as alterações nas hipóteses ressaltadas por *Maria Cristina Irigoyen Paixão Côrtes*,

na obra já citada, ou sejam, quando se desnatura a qualificação originária do empregado, quando o mesmo é exposto à situação de humilhação ou vexame em que, posteriormente, possa exigir reparação por dano moral ou físico. Certo que o empregado não pode ficar exposto a risco ou a determinadas situações incompatíveis como o seu sexo, como limpeza de sanitário masculino por mulheres em horário inadequado.

Há nas atividades dos vendedores oscilações de acordo com o local das vendas, formações de novas equipes, sempre necessárias para obtenção de melhores resultados pela empresa, sendo tais profissionais protegidos pela lei quando ocorrerem excessos.

Todavia, entendemos que na situação econômica atual onde o processo de globalização vem causando forte impacto no meio social, sendo cada vez mais valorizada a obtenção do emprego, o intérprete da lei não deve se apegar à interpretação literal dos princípios protetores, porquanto se exigem mudanças constantes na operacionalidade das empresas. Por vezes situações que, de imediato, podem causar prejuízos ao empregado, no futuro resultarão em maiores benefícios e todos esses componentes devem ser analisados quando se trata de estabelecer critérios sobre a juridicidade das alterações.

#### **READAPTAÇÃO**

No tocante à readaptação, o § 4º do art. 461 da CLT (com redação dada pela Lei 5.798, de 31.8.72) estabelece que o empregado readaptado não pode servir de paradigma para que outros almejem equiparação salarial. O espírito da lei é garantir a percepção salarial sem qualquer redução com base na função primordial, inexistindo possibilidade de flexibilização e se estabelecendo contextura harmônica com referência ao princípio da inalterabilidade salarial consagrado na Carta Magna. As limitações decorrentes do acidente devem ser atestadas pelo INSS para que se possibilite em funções compatíveis face à nova realidade.

#### **ENGAJAMENTO EM NOVA FUNÇÃO PELA PERMANÊNCIA PROLONGADA**

O fato de o empregado possuir determinada qualificação profissional em sentido técnico não legitima o direito de exercício das funções específicas. Por exemplo, um caixa bancário com diploma de advogado não tem direito a se engajar nesta última função.

Todavia, nos casos em que, existindo quadro de carreira, o profissional é deslocado de sua função originária para aquela em que sua qualificação técnica se adequa e, face ao decurso do tempo, a contumácia gere efeitos jurídicos benéficos ao empregado, nos termos dos arts. 443 e 468 consolidados.

Nesta situação também se verifica que a superestrutura protetora é embasada no princípio da primazia da realidade e o primordial ajuste expresso sofre mutação face à concordância tácita dos interessados, prevalecendo a necessidade do empregador em usufruir da capacitação técnica do empregado sobre o primordial consenso verificado no início da contratação.

Ocorre na hipótese desvio funcional sem prejuízo e, sendo a alteração benéfica gera direito adquirido mesmo que exista quadro de carreira ou norma regulamentar interna que constitua óbice ao engajamento definitivo (arts. 443, 444 e 468 consolidados).

Assim sendo, o desvio funcional quando benéfico é de plena juridicidade, que incoorre *contrario sensu*.

Não se deve confundir a alteração definitiva com a transitoriedade pois, se a primeira, conforme explicamos, justifica o enquadramento; a segunda gera efeitos apenas enquanto durar, não constituindo verdadeiramente em alteração salarial, apenas sendo uma variação contingencial das condições de trabalho.

### CARGO EM COMISSÃO, SUBSTITUIÇÃO E INTERINIDADE

O engajamento em cargo comissionado envolve algumas nuances, pois a natureza jurídica do comissionamento bem definida pelo aspecto da demissibilidade *ad nutum* afasta o direito à exigibilidade pelo empregado da manutenção do *status* ao qual foi guindado.

Todavia, emerge a possibilidade de que se consume o direito adquirido ao engajamento, tudo devendo ser enfocado sob o prisma do princípio da primazia da realidade.

Conforme explicamos anteriormente, a contumácia gera direitos e a importância do fator temporal do contrato de trabalho prepondera quando se trata de analisar se houve mudança no *status* do empregado na organização empresarial.

A jurisprudência dominante é no sentido de que a permanência duradoura consoma o direito adquirido ao novo *status*.

### INTERINIDADE

O conceito de interinidade envolve a ocupação do cargo em caráter provisório, sendo certo dentro deste raciocínio que o cargo ficou vago em definitivo e que se aguarda que novo titular seja admitido em caráter efetivo.

É evidente a possibilidade de que o interino venha a ser efetivado e, dentro deste contexto certo que a permanência duradoura legitima o engajamento do empregado no cargo efetivo, pois pode haver o exercício interino em caráter experimental ou também que se aguarde a contratação de novo titular efetivo.

O interino tem consagrado o direito à percepção salarial em igualdade ao empregado que se desvinculou da empresa em termos definitivos, bem como as vantagens pessoais.

Com o fortalecimento da negociação coletiva é comum verificar que nas convenções e acordos coletivos, os casos de garantia de direitos quando há vacância do cargo efetivo, o mesmo ocorrendo em sentenças normativas.

### FUNÇÃO DE CONFIANÇA

Se observa do exame do art. 449 da CLT, *caput*, que nos cargos de confiança o empregado não tem estabilidade, apenas se lhe deferem, em igualdade ao trabalhador comum, o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais, sendo garantido no § 1º o direito de reverter ao cargo efetivo e, para os estábilários não-optantes pelo FGTS, remanescentes à situação verificada antes do engajamento compulsório pelo sistema do FGTS vigente anteriormente à promulgação da Carta Magna de 1988, fazem jus à indenização proporcional dos arts. 477 e 478 e, finalmente, no § 3º se estabelece direito à dobra de pagamentos da verba indenitária em caso de dispensa obstativa à aquisição da estabilidade. Tais situações ainda hoje podem ocorrer eis que a estabilidade se extinguiu com a Constituição de 1988, mas existem os casos em que os contratos se iniciaram antes de tal marco e as hipóteses de estabilidade estabelecida contratualmente.

Todavia, quando houver admissão em função de confiança, sem exercício pelo empregado de cargo anterior mesmo sem opção pelo FGTS, não há se falar em direito à estabilidade, mas de indenização simples.

Para que se configure o cargo de confiança se torna necessário que o detentor tenha amplo poder de gestão eis que o ocupante exterioriza verdadeiramente a imagem do empregador.