

ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Mona Maris Silva Ribeiro*

INTRODUÇÃO

O contrato de trabalho é por natureza de *trato sucessivo*, prolongando-se no tempo e caracterizando-se por uma relação de débito permanente, daí estar afeto a um processo de constantes mutações, em consequência de causas supervenientes à sua constituição.

Essas alterações, que fazem parte da dinâmica da relação de emprego, estão intrinsecamente ligadas ao *poder diretivo patronal*, que na esteira do comando dos destinos da empresa se investe do poder de introduzir modificações na orla das condições de trabalho.

Esse poder *alterativo* será maior ou menor, absoluto ou relativo, dependendo do enfoque que se dê aos seus fundamentos e à natureza jurídica.

A análise de temas civilistas, relativos ao instituto de contrato, cotejados com a relação de emprego é de suma relevância para a percepção de que, não obstante, o caráter contratual da relação de emprego, ela somente se explica em consonância com o prisma moderno da *teoria contratual*, resultado da crescente socialização do direito e que refuta o dogma da *igualdade social*, expressando uma *igualdade jurídica*, como forma de garantir a tranquilidade e a segurança da sociedade.

Para a compreensão do fenômeno *alterativo* é imprescindível, ainda, dissecar-se o atual papel da empresa no moderno Direito do

* Advogada, aluna de Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Trabalho, em que se consubstancia o *jus variandi*, colacionado com o chamado *princípio da proteção*.

Encontrar o equilíbrio, nessas duas forças opostas, uma que visa à proteção do empregado, garantindo-lhe a inalterabilidade de cláusulas contratuais substanciais e outra que busca a flexibilização, em consonância com os ditames da ordem econômica, é um novo desafio que se coloca para os estudiosos do Direito do Trabalho.

FUNDAMENTOS E NATUREZA JURÍDICA DO PODER EMPREGATÍCIO

Para se chegar ao exame das *alterações*, em espécie, que podem se produzir no âmbito da relação de emprego, necessário se proceda, preliminarmente, a uma análise dos próprios fundamentos e natureza jurídica do *poder diretivo* patronal. Somente a partir dessa análise será possível extrair-se conclusões acerca das *alterações* que possam se estabelecer na execução da prestação de serviços, levando-se em conta o fenômeno do *jus variandi*, sem perder de vista, contudo, o significado moderno de *empresa* em nosso ordenamento jurídico e o *princípio de proteção* responsável pelo escopo e forma de todo meio cultural *justralhista*.

FUNDAMENTOS DO PODER EMPREGATÍCIO

Quando se pesquisa a natureza própria a um fenômeno jurídico, é de extrema importância proceder-se à investigação do *fato jurídico* do qual se origina o substrato que lhe confere afirmação no campo do direito.¹

Os teóricos *justralhistas* têm apresentado algumas compreensões acerca da origem e fundamentos do poder, que se desenvolvem na relação estabelecida entre empregado e empregador, embora muitas vezes confundindo o título e o fundamento desse fenômeno com sua natureza jurídica. As principais correntes são as da *propriedade privada*, a *institucionalista*, a *publicística* e a *contratualista*. Vejamos as características de cada uma delas:

¹ Delgado, Maurício Godinho. *O Poder Empregatício*. São Paulo: Ltr, 1996, p.164.

PROPRIEDADE PRIVADA

A teoria da *propriedade privada*, como título e fundamento empregatício, traz em seu bojo a idéia da empresa como objeto do direito de propriedade do empregador. Por ser o proprietário dos meios de produção, teria ele o direito exclusivo e absoluto de dirigir a empresa.

Trata-se, talvez, da corrente mais antiga dentre as concepções propostas e a que se remonta à origem do Direito do Trabalho, reproduzindo o fenômeno do poder construído à época e que se perfazia de forma rigidamente unilateral e assimétrica.

Entre os adeptos dessa corrente, no direito brasileiro, encontram-se, dentre outros, Dorval Lacerda, Célio Goyatá, Mozart Victor Russomano, José Catharino, Hugo Gueiros Bernardes. Expondo sobre o assunto, Evaristo de Moraes Filho assim se expressa:

não há dúvida de que dentro do seu estabelecimento é o empregador soberano em suas ordens de serviço. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sobre o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário do seu negócio, julgando-se por isso senhor do céu e da terra. Tudo mais que se quiser escrever é simples balela: é no direito de propriedade que reside todo poder hierárquico ou disciplinar.²

Seguindo a mesma linha de pensamento, Mozart Victor Russomano ressalta:

Como acentuou Lyon-Caen (...) essa idéia fundamental de dependência hierárquica do trabalhador ante o empresário assenta sobre a tese anterior de que a empresa é propriedade de alguém, que dirige ou administra com amplo poder de deliberação. (...) O chamado poder diretivo empresário realmente decorre deste fato social, histórico e econômico: o empresário corre os riscos do negócio e, em consequência, a ele cabe a prerrogativa de ditar ordens.³

Essa concepção teórica é fruto de um momento histórico, que teve como sua marca o *liberalismo econômico*, e que tinha por base um modelo despótico de organização da produção e de gestão trabalhista, o

2 Moraes Filho, Evaristo. In: Amauri Mascaro Nascimento. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 1976, p.397.

3 Russomano, Mozart Victor. In: Maurício Godinho Delgado. *O Poder Empregatício*. São Paulo: LTr, 1996, p. 166.

chamado *despotismo de fábrica*. É natural que, em face desse momento histórico, o poder do empregador em relação ao empregado tivesse como fonte de sustentação a própria *propriedade dos meios de produção*.

Entretanto, diante de novos contextos históricos, sociais e econômicos não mais se justifica o apego a tal fundamentação teórica. Hoje a *propriedade privada* já não pode mais ser vista sob o prisma de um *direito absoluto*, conferido ao proprietário. Apegar-se a tal visão é não reconhecer as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeitas hoje à estreita disciplina de normas constitucionais. De sorte que as normas de direito privado, que estabelecem os parâmetros da propriedade, hão de ser analisadas e compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe.⁴

Diz o art. 5º, XXIII da Constituição Federal: "a propriedade atenderá sua função social". Os incisos II e III do artigo 170 reafirmam a instituição da propriedade privada e sua *função social* como princípios da ordem econômica. Correlacionando essa compreensão com a *valorização do trabalho humano* (art. 170, caput), a *defesa do consumidor* (art. 170, V) a *defesa do meio ambiente*, (art. 170, VI) a *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 170, VII); a *busca do pleno empreg.* (art. 170, VIII), tem-se configurada a sua direta implicação com a *propriedade dos meios de produção*, especialmente imputado à empresa, através do qual se realiza e se torna efetivo o *poder econômico*, o *poder empregatício*, o *poder de dominação empresarial*. Em suma, caracterizada está como princípio constitucional a *função social* da propriedade dos meios de produção.⁵

Por fim, outra questão que se levanta quanto à insubsistência dessa argumentação teórica é a de que ela não foi capaz de captar as evoluções ocorridas no âmbito das empresas e estabelecimentos. Argumenta-se que se afinal residisse na *propriedade* o título jurídico de tal poder, ele não poderia existir em algumas empresas e estabelecimentos contemporâneos em que a *titularidade do empreendimento* não repousa nas mãos dos titulares do direito de propriedade.⁶

4 Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1.995, p. 745.

5 Idem, p. 746

6 Mesquita, Luiz José. *Direito Disciplinar do Trabalho*. 1991, p. 18.

CORRENTE INSTITUCIONALISTA

A corrente *institucionalista* vê na empresa uma *instituição*, ou seja, um grupo de pessoas que realiza um empreendimento econômico-social, através de uma organização permanente.⁷

Mas o que é a *instituição*?

Maurice Hariou,⁸ um dos criadores da teoria, assim conceitua a *instituição*:

uma idéia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa idéia um poder se organiza, o qual se investe de órgãos; de outro lado, entre os membros do grupo social interessado na idéia, produzem-se manifestações de comunhão, que são dirigidas pelos órgãos investidos do poder e que são reguladas por processos adequados.

Segundo, ainda, Hariou, a empresa econômica é um fundo patrimonial constituído com a finalidade de ser explorado economicamente, pela força de trabalho, por um grupo de homens. Neste organismo, estabelecem-se relações jurídicas de direito de trabalho que podem ser inseridas nos três elementos existentes em toda instituição corporativa, e que são os seguintes:⁹

- a) idéia de obra a ser realizada num grupo social – a idéia de obra diz respeito ao próprio *objeto* da instituição, que é realizar a idéia. A idéia tem caráter *objetivo*, não se confunde com os motivos individuais e subjetivos dos membros da instituição.
- b) um poder organizado – conjunto de meios utilizados na organização da instituição. "Esses meios consistem em bens, processo e, sobretudo, nas pessoas físicas, chamadas órgãos da instituição, que pensam pela coletividade, que dirigem a atividade de seus membros, que tomam as decisões e as executam, que realizam atos materiais e jurídicos com vistas na realização da idéia. São eles, para o Estado o parlamento e o Governo; para as sociedades, as assembleias gerais, o conselho diretor. Esses órgãos exercem, sobre a massa de membros,

7 Delgado, Maurício Godinho. Op., cit. p. 167.

8 La *Théorie de l'Institution et de la Fondation*, Mesquita, Luiz José. Op. cit., p. 19.

9 Mesquita, Luiz José. Op. cit., p. 20.

- uma autoridade, que é um Direito-Função, porque esse poder não tem outro fundamento senão o serviço da idéia-mãe da instituição".¹⁰
- c) manifestação da comunhão – entre órgãos de direção e as demais pessoas componentes da instituição, estabelece-se desde o início, de sua constituição uma comunhão de idéias. Desse fato resulta que as sanções tomadas pelos órgãos, contra os membros que cometerem faltas, que prejudique a idéia comum, tem caráter de um poder objetivo, que tem por fundamento a subordinação de seus membros ao fim de interesse geral.

Ainda, para Luiz José de Mesquita,¹¹ um dos maiores expoentes da teoria institucionalista no Brasil, na relação jurídica de trabalho desenvolvem-se dois tipos de poder: "o poder contratual e o poder institucional. O primeiro diz respeito "à prestação individual do trabalho feita pelo empregado ao empregador, que, em contraprestação, lhe paga um salário. O contrato vincula, deste modo, uma pessoa à outra, por uma relação interindividual, consistente em cada uma das partes entregar a sua prestação à outra, como foi nele estipulado". O segundo tem por objeto "(...) não uma prestação e uma correspondente contraprestação, mas sim uma colaboração econômico-social entre os membros da comunidade da empresa".

Consoante os *institucionalistas*, existe na empresa um tríplice poder. Pelo Legislativo, as normas são baixadas, através do seu estatuto, regulamento interno, etc; pelo Executivo administra-se a empresa; pelo Judiciário são sancionadas as faltas disciplinares. E o empreendedor, como chefe natural da sociedade econômica institucional, enfeixa em suas mãos esses poderes, não por sua superioridade econômica, mas pela natureza *institucional* da empresa.¹² Daí o seu caráter eminentemente hierárquico, no qual as pessoas não estão, funcionalmente, num mesmo plano de igualdade.

A teoria *institucionalista*, embora imbuída de propósitos sociais de largo alcance, não consegue exprimir com fidelidade o título e o fundamento jurídico do poder, que se trava na relação de emprego. Na

10 *Brethe de la Gressaye e Laborde Lacoste*. Introduction Générale a l'Etude de Droit, apud Mesquita, op. cit., p.22.

11 Mesquita, Luiz José. Op. cit., p. 63.

12 *Idem*, p. 31.

realidade, por mais que a empresa moderna tenha evoluído no domínio técnico, econômico e social, ela não conseguiu se evidenciar como sede de uma comunidade de pessoas, como uma *instituição social*, em que as pessoas se unem por um vínculo de integração e colaboração. Sob esse prisma, a concepção se torna extremamente ideária, romântica, senão utópica.

A relação de emprego é, pela sua própria natureza, conflituosa, uma vez que pressupõe uma série de restrições à liberdade de quem presta serviços. Esse fato independe do regime de produção, da normatividade jurídica, do sistema político, bem como da vontade das partes. Embora esses fatores possam contribuir para agravar ou atenuar a manifestação do conflito.¹³ Assim, mesmo que a empresa e sociedade evoluam a ponto de se criar mecanismos que surjam como contrapesos adequados à situação dos conflitos, como a participação dos trabalhadores na gestão e nos lucros da empresa, dificilmente será possível a concretização do ideário *institucionalista*.

Resta, portanto, para os *institucionalistas*, a face despótica e assimétrica do poder, que se ressalta mais como uma concepção *justificadora* de um certo tipo de situação de poder, do que uma concepção *explicativa*. Oculta a presença dos sujeitos envolvidos no fenômeno do poder, através da idéia da *instituição*, presumidamente agregadora de vontades e interesses individuais.¹⁴

CONCEPÇÃO LEGALISTA

Para alguns teóricos *justralistas*, como Irani Ferrari,¹⁵ o *poder do empregador* não deriva diretamente, nem da empresa como instituição econômico-financeira, mas, sim, da lei. Este *poder* no direito brasileiro está consubstanciado na norma do art. 2º da CLT, exatamente na conceituação jurídica do empregador, como a “empresa ou coletiva que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

13 Barbagelata, Héctor Hugo. *O particularismo do Direito do Trabalho*, 1996, p. 21.

14 Delgado, Maurício Godinho. *Op. cit.*, p. 169

15 Pinto, José Augusto Rodrigues. *Noções atuais de Direito do Trabalho*. Estudos em Homenagem ao Prof. Elson Gottschalk p. 163 - 74.

Por esta razão específica, ou seja, de que os empregados terão assegurados os seus direitos sociais trabalhistas junto aos seus empregadores, independentemente dos lucros e dos resultados da empresa, é que se fundamenta o *poder de direção*. Ao empregador cabe assumir os riscos da atividade econômica e, como consequência, o poder de comando dessa atividade.¹⁶

A grande crítica que se faz a essa vertente se baseia no fato de que, se o fundamento do poder está na assunção dos riscos da atividade econômica, como explicar, por este fundamento, o *poder empregatício* desenvolvido naquelas empresas que não possuem fins lucrativos, previstas no parágrafo 1º do art. 2º, da CLT?

CONCEPÇÃO CONTRATUALISTA

No conjunto da teoria justrabalhista esta concepção surge como absolutamente hegemônica. São contratualistas os juristas italianos Luiza Rita Sanseverino e Renato Corrado. No Brasil, Délio Reis, Arion Sayão Romita e outros mais.

Para seus defensores o poder empregatício se funda no próprio *contrato*, ou seja, na autonomia da vontade estabelecida por ele. Da relação contratual surge para o empregado o estado de *subordinação* e para o empregador o *poder diretivo, disciplinar ou hierárquico*. Luiza Rita Sanseverino assim se expressa:¹⁷

Em primeiro lugar, necessário se torna que essa subordinação, tendo como substrato a vontade das partes interessadas, tenha sempre base contratual; trata-se, pois, de situação livremente aceita pelo empregado, o qual, no momento da estipulação com ela concordou, implícita ou explicitamente, em sua extensão e condições.

Ressaltam os *contratualistas* que como essa *subordinação* advém do contrato, ela é essencialmente jurídica, fazendo lei entre as partes.

Luiz José de Mesquita¹⁸ critica essa vertente teórica argumentando que, se o *contrato* pressupõe uma igualdade entre as partes, como

16 Idem, p. 167

17 Sanseverino, Luiza Rita. *Curso de Direito do trabalho*. São Paulo. LTr., 1976, p.48.

18 Mesquita, Luiz José. *op. cit.*, p. 910

é que se explica através dele a proeminência de uma das partes (o empregador) sobre a outra (empregado)?

Efetivamente, a concepção clássica do *contrato*, como um *acordo de vontades*, tem como pressuposto a *igualdade dos contratantes*, o que dificilmente se verifica na prática.

Nascida sob a égide de uma ideologia individualista dominante à época da consolidação do regime capitalista de produção, acabou por favorecer a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto.

O desenvolvimento das forças produtivas forçava a difusão das relações de troca. Um esforço de abstração leva à construção da figura do *negócio jurídico*, do qual o *contrato* é a principal espécie. O contrato surge, então, como uma categoria que se coaduna com todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa, independentemente de sua posição ou condição social. Não se levava em conta a condição ou posição social dos sujeitos, mas somente o parâmetro da troca, a equivalência das mercadorias.¹⁹

Evidentemente que a suposição dessa igualdade formal dos indivíduos e que seria capaz de assegurar o equilíbrio entre os contratantes, fosse qual fosse a sua condição social, foi sendo desfeita na realidade da vida. O desequilíbrio tornou-se evidente, principalmente em algumas esferas da vida social, como no *contrato de trabalho*, provocando insatisfações e forçando uma série de modificações que tiveram repercussão no *regime legal* e na *interpretação do contrato*.

Esclarece Orlando Gomes²⁰ que o desequilíbrio originou a *técnica do tratamento desigual*, cuja aplicação tem no Direito do Trabalho o melhor exemplo; da *massificação* de certos contratos determinante da *uniformização* de suas condições ou cláusulas e a tendência para a *despersonalização* dos contraentes.

Na tentativa de corrigir o desequilíbrio é de grande relevância a promulgação de um grande número de leis de proteção à categoria de sujeitos mais fracos econômica e socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica. A legislação de apoio aos grupos organizados como sindicatos tem o objetivo de fortalecer a parte mais fraca, no enfrentamento do contratante mais forte. Por último, o

¹⁹ Gomes, Orlando. *Contratos*. 1983, p. 7.

²⁰ Idem, p. 09.

chamado *dirigismo contratual*, exercido pelo Estado por meio de leis que impõem ou proíbem determinado conteúdo a certos contratos, não tanto segundo a vontade comum provável dos contratantes, mas, atentando, sobretudo, para as necessidades gerais da sociedade.²¹

Por fim, passa-se a dissociar o fenômeno da *relação contratual do acordo de vontades*, com o objetivo de poder explicar certas anomalias, como a prorrogação legal das locações, e justificar os diversos critérios de interpretação e a repartição dos riscos. O legislador e o juiz invocam a equidade, as teorias da imprevisão, o enriquecimento sem causa, num trabalho constante de abrandamento do laço contratual, que se torna cada vez mais flexível.²²

Discute-se em sede da teoria geral do contrato, se esse intervencionismo estatal e jurídico, no âmbito dos contratos, não lhe desvirtuaria o conceito. Para Morin,²³ o *contrato dirigido* não é contrato no sentido pleno do termo. Mas, Josserand²⁴ ressalta que se a lei não exige que o contrato seja preparado por uma livre discussão de suas cláusulas e se contenta com o consentimento livre na sua conclusão, a regulamentação não exclui o contrato, nem altera o seu conceito. Esclarecedoras são às palavras de Darcy Bessone:²⁵

Entendemos que, se o contrato é acordo de vontades que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, de natureza patrimonial, sempre que a sua conclusão depender do acordo de vontades, para um dos fins indicados, haverá contrato, ainda que as suas condições sejam estabelecidas por regulamento ou hajam sido preparadas unilateralmente por uma das partes, como sucede nos contratos de adesão.

Na realidade, portanto, a suposição da *igualdade dos contratantes* na proposição de um *contrato* tornou-se um *mito*, um *dogma* dentro da Teoria Geral do Contrato, em face de novas contingências sociais,

21 Bessone, Darcy. *Do Contrato. Teoria Geral*. 1987, p. 41-50.

22 Idem, p. 50

23 Les Tendances actuelles de la Théorie des Contrats et les relations du réel et des conceptis. In: Bessone, Darcy, op. cit., p. 44.

24 Aperçu général des tendances actuelles de le théorie des contrats. Op. cit. p. 44.

25 Idem, p. 49.

econômicas e políticas. As tendências atuais da Teoria Contratual, na busca de acompanhar as mudanças, têm como causa política a excelência do social sobre o individual, o que tem como consequência a socialização e a publicização do direito dos contratos.

Abandonada a premissa clássica da *igualdade dos contratantes*, a vertente *contratual* surge como a mais consistente na explicação do título e no fundamento do *poder empregatício*. Realmente o pacto de vontades, que dá origem à relação de emprego, importa em um conjunto complexo de direitos e deveres de ambas as partes, empregado e empregador, o que abre caminho para uma visão mais dialética do *poder* que se perfaz no âmbito interno da empresa.

Maurício Godinho Delgado²⁶ confere a esta vertente outro atributo. O fato de o contrato possuir uma idéia mais ampla pode alcançar, desde situações mais assimétricas, hierárquicas e unilaterais – presentes no início do capitalismo – até situações de *poder* caracterizadas por um maior equilíbrio entre as partes, dialéticas e democráticas, como se tem construído, ou pelo menos se tentado construir através de experiências atuais. O *contratualismo*, portanto, dentro da perspectiva de sua concepção contemporânea, emerge como a única vertente capaz de abranger quaisquer hipóteses de configuração histórico-jurídica do fenômeno, apresentando-se como o critério de maior validade teórica.

Observa-se, entretanto, o alerta propugnado por Maurício Godinho Delgado²⁷ ao ressaltar que a concepção contratualista “poderá se mostrar extremamente insatisfatória como vertente explicativa do fundamento do poder empregatício, caso circunscrita ao tradicional modelo civilista (modelo, reconheça-se, também ainda bastante influente na teoria justralhista)”.

NATUREZA JURÍDICA

A teoria justralhista tem fixado a natureza jurídica do *poder empregatício* segundo distintas concepções. Dentre elas se destacam quatro vertentes específicas:

26 Delgado, Maurício, op. cit., p. 172.

27 Id., *ibid.*, p. 201.

Direito Potestativo

Ensina Orlando Gomes²⁸ que “a todo direito corresponde em tese uma obrigação. Há direitos nos quais, entretanto, a faculdade de agir do titular não se correlaciona a uma prestação de outrem. São os denominados direitos potestativos”.

Citando Chiovenda, ele esclarece mais, argumentando que o *direito potestativo* tem por base o poder do titular de influir na situação jurídica de outrem, sem que este possa ou deva esboçar qualquer reação. Resta-lhe apenas sujeitar-se. É o poder em suma de influir sobre situações jurídicas de modo próprio, unilateral e automático.

O *direito potestativo* não contém pretensão. O seu titular realiza seu intento sem necessidade da colaboração do sujeito passivo, independentemente de sua vontade. Não se reclama de outrem prestação alguma. É *direito absoluto*.²⁹ Seu contraponto é, portanto, a existência de um *dever* sob a titularidade do sujeito passivo.

Essa concepção reflete a soberania da vontade particular no conjunto da sociedade e teve real importância no Direito do Trabalho do século XIX e primeira metade do século XX, quando do movimento ideológico do liberalismo clássico, e passa a perder força no seu atual contexto evolutivo. Como bem coloca, Maurício Godinho Delgado,³⁰

Tal perda de relevância derivou não só da óbvia inadequação da fórmula potestativa para explicar a emergência da participação obreira no estabelecimento e na empresa, como também das próprias limitações do conceito quanto à explicação do poder intra-empresarial em qualquer de suas manifestações concretas. É que a simplificação exarcebada que levava ao fenômeno fez com que a concepção potestativista não fosse adotada até mesmo por parte daqueles que enxergavam uma intransponível prevalência do empregador no âmbito da empresa e do estabelecimento.

Direito Subjetivo

Discorrendo sobre o assunto, Maurício Godinho Delgado³¹ conceitua direito subjetivo como “a prerrogativa conferida pela ordem

28 Gomes, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 1993, p. 123.

29 Idem, p. 124.

30 Delgado, Maurício Godinho, op. cit., p. 181.

31 Idem, p. 1182.

jurídica ao titular de agir para satisfação de interesse próprio em estrita conformidade com a norma. Contrapõe-se a uma obrigação”.

O *sujeito ativo* da relação é o portador do *direito subjetivo*, enquanto o *sujeito passivo* é o titular da obrigação, que está compreendida na idéia de *dever jurídico*. O *sujeito passivo* possui o encargo de garantir alguma coisa ao *sujeito ativo*. Adepto dessa concepção, Irany Ferrari³² assim se expressa:

Esse poder que é também direito subjetivo, porque é uma faculdade de agir do empregador, em razão dos riscos que assume de sua atividade lucrativa ou não, há que se exercido, evidentemente, dentro dos limites já expostos e que configuram o *jus resistitiae* assegurado aos empregados.

Entretanto, como bem ressalta Miguel Reale,³³ direito subjetivo não se confunde com poder. Para o mestre, direito subjetivo, no sentido específico e próprio do termo, só existe quando “a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem”. É uma espécie do gênero situação subjetiva, assim como o poder. O poder seria, portanto, uma espécie de situação subjetiva que representa a condição da pessoa obrigada, por força de lei, a fazer alguma coisa em benefício de outrem e que, para conseguir seu objetivo, teria condições de investir-se de autoridade. É a hipótese do pátrio poder dos pais que não corresponde a uma prestação por parte dos filhos, nem os pais possuem uma pretensão exigível. Não se trata de um direito subjetivo. Caracteriza-se como um poder-dever, uma vez que a sujeição somente se realiza para que a autoridade possa cumprir o seu dever, consubstanciado pela norma jurídica.

Como conseqüência tem-se que o titular de um direito-subjetivo pode ou não usar o seu direito, não podendo o titular do poder deixar de realizar as funções impostas pelo ordenamento jurídico, que sejam de sua competência, pois elas não são disponíveis.

Direito-Função

Na lição de Maurício Godinho Delgado,³⁴ “Direito-Função constitui-se no poder atribuído ao titular de agir em tutela de interesse

32 Pinto, José Augusto, op. cit., p. 169.

33 Reale, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 1995, p. 259.

34 Delgado, Maurício Godinho, op. cit. p. 185.

alheio e não de próprio". Esse tipo de poder não se esgota na vantagem favorável ao titular, consolidada na autoridade, mas importa, sobretudo, na existência correlata de um *dever*.

O *Direito-Função* caracterizaria, na realidade, o *poder jurídico*, que é resultado de uma função atribuída pela lei ao seu titular. É *Direito-Função* o poder do pai perante o filho, do administrador perante a fundação, do sindicato perante a categoria, do empresário perante a empresa. O empregador exerceria não o *Direito-Função*, que, embora com ele coexista, pois o empregador exerce o seu interesse individual, a ele se sobrepõe tendo em vista o interesse social da empresa.³⁵

São adeptos dessa vertente teórica, no direito trabalhista: Luiz José de Mesquita, Octávio Bueno Magano, Amauri Mascaro Nascimento, dentre outros.

Essa concepção, como diz Maurício Godinho Delgado, reflete um claro avanço teórico se comparada com as vertentes já expostas.³⁶ Atenua a visão unilateral do poder no âmbito da empresa, ao inserir no contexto o compromisso do titular com os interesses da comunidade de trabalhadores. Limita a sua vontade, seja através de um processo de apreensão ou de submissão aos interesses que lhe sejam contrapostos, seja no cumprimento do dever de tutelar os interesses dos trabalhadores e da sociedade.

Concepção Relacional do Poder

Essa concepção é defendida por Maurício Godinho Delgado,³⁷ para quem o poder empregatício não é um poder do empregador, nem obviamente do empregado.

É uma relação de poder própria a uma realidade sócio-econômica e jurídica específica, a relação de emprego. (...) É relação que assume intensidade e sincronias distintas quanto à participação dos sujeitos envolvidos e conteúdo distinto quanto aos direitos e obrigações resultantes da respectiva relação jurídica contratual de poder.

35 Mesquita, Luiz José, op. cit. p. 23.

36 Delgado, op. cit. p. 186.

37 Idem, p. 192.

CLASSIFICAÇÃO DAS ALTERAÇÕES

Délio Maranhão³⁸ expõe, com muita precisão e didática insuperável, a classificação das *alterações das condições de trabalho*, quanto à sua origem e a seu objeto. Em relação à sua origem, classificam-se em *obrigatórias e voluntárias*. As primeiras se referem a modificações que ocorrem na relação de emprego, independentemente da vontade das partes, como resultado do comando normativo. As segundas, aquelas ocorridas pela manifestação volitiva dos sujeitos interagentes do pacto laboral, serão *unilaterais ou bilaterais*, dependendo de haver sido efetuada conforme a vontade de um ou de ambas as partes.

Quanto ao seu objeto, o referido mestre elenca como as alegações mais frequentes aquelas pertinentes à *mudança da natureza do trabalho, modificação da jornada de trabalho, transferência e variação do salário*. Passemos, então, à análise da classificação proposta.

ALTERAÇÃO OBRIGATÓRIA DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

O contrato de trabalho está consubstanciado numa série de leis que tem como substrato a proteção do trabalhador. Elas têm por escopo estabelecer um mínimo de garantias que não podem obstadas pela vontade das partes. São normas de ordem pública, que se modificadas, necessariamente, modificarão as relações contratuais. Da mesma forma, a convenção, o acordo coletivo e a sentença normativa, por serem fontes formais do Direito do Trabalho, possuem o condão de modificar as condições de trabalho.³⁹

A alteração salarial por determinação legal, advinda de política salarial do Governo, ou mesmo através de instrumento coletivo ou sentença normativa, é o exemplo mais comum desse tipo de modificação. Da mesma forma, a possibilidade de redução legal de jornada de determinada categoria de trabalhadores. Ressalte-se que, em ocorrendo a referida redução de jornada, ela não poderá ser seguida da consequente

38 Sussekind, Arnaldo; Maranhão, Délio; Vianna, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, vol. 1. p. 504.

39 *Instituições do Direito do Trabalho*, p. 499.

redução salarial, pois significaria anular o benefício contido na norma reducionista.⁴⁰

João Lima Teixeira Filho⁴¹ exemplifica como modificação de jornada a lei 7.313/85, que reduziu a jornada do vigia, e o art. 7º, incisos XIII e XIV, da CF, que tratam da jornada para os trabalhadores em geral e, especialmente, para aqueles que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento.

ALTERAÇÃO VOLUNTÁRIA DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

Alteração unilateral – *Jus Variandi* e *Jus Resistentiai*

Embora o art. 468 da CLT prescreva que qualquer alteração ocorrida nas condições de trabalho só seja considerada lícita se efetuada pelo consentimento de ambas as partes, a lei, em certos casos, confere ao empregador, como resultado do seu poder diretivo, um certo *jus variandi*.

Délio Maranhão⁴² sustenta que em face do art. 468, da CLT, o *jus variandi* somente poderá ser admitido em caráter excepcional, em casos que a lei expressamente o autorize. Hugo Gueiros Bernardes,⁴³ por outro lado, entende que o *jus variandi* corresponde à faixa do poder diretivo patronal, que se qualifica pelo *discricionarismo*. Reprova a posição de Délio Maranhão, argumentando que nem sempre o *jus variandi* diz respeito a uma alteração unilateral autorizada por lei, aduzindo:

Pelo contrário, o que se nos afigura de regra é que o *jus variandi* seja o complexo de modificações naturalmente supostas no poder diretivo patronal, necessárias ao desenvolvimento regular dos trabalhos na empresa e prescindentes, portanto, de qualquer autorização legal ou ajuste expresso.

A faculdade *discricionária* se diferencia da *vinculada* pela maior liberdade de ação que é concedida ao titular. Na atividade *vinculada* o titular do poder está adstrito à lei em todos os seus elementos, na

40 Idem, p. 499.

41 Idem, p. 500.

42 Idem, p. 500.

43 Bernardes, Hugo Gueiros. *Direito do trabalho*. 1989, p. 325.

discricionária é livre na faixa em que a lei lhe concede essa faculdade. *Discricionarietàade* é, portanto, liberdade de ação dentro dos limites permitidos por lei, não se confundindo com arbítrio.⁴⁴

Na realidade, o *jus variandi* é um direito do empregador identificado no poder de direção da empresa e que lhe permite alterar, com base na lei, as condições do ajuste.⁴⁵ Poderá ser caracterizado como *discricionário* ou *vinculado*, dependendo da situação proposta. Nos casos, por exemplo, de certas alterações de caráter ou conteúdo *técnico*, oriundas do que Nélio Reis denomina *comando técnico*, ele poderá ser *discricionário*. Segundo Cotrim Neto,⁴⁶ são alterações técnicas:

(...) por exemplo, a transferência do empregado de uma seção para outra, de uma função para outra (desde que compatível, a segunda função, com as suas condições físicas, com a sua capacidade profissional, e não discrepantes do espírito do contrato), a modificação das normas reguladoras do trabalho, a mudança de horário de trabalho (sem alteração da duração da jornada), etc., tudo isto, compreende-se, sem agravação das obrigações do empregado e das condições do trabalho, e dentro do que o bom senso e a equidade autorizam, sem reprimir, ou contra-indicar.

Deve-se observar, entretanto, que mesmo dentro da órbita do *comando técnico*, certas situações são tratadas pelo legislador como estritamente *vinculadas*, como é o caso da mudança do local de trabalho, inserido no art. 469, da Consolidação, que só é permitida se acompanhada da anuência do empregado. Mesmo nos casos de empregados que exerçam cargos de confiança, que se colocam como exceção ao princípio da *inalterabilidade do local de trabalho*, faz-se necessária a demonstração, por parte do empregador, da real necessidade de serviço (parágrafo 1º do art. 469, CLT).

É importante ressaltar que, em qualquer caso, seja o *jus variandi discricionário* ou *vinculado*, só é possível a sua realização quando não trazer prejuízo para o empregado, segundo o que preceitua o art. 468, da CLT. Esse é o limite da lei. Como bem coloca Délio Maranhão,⁴⁷ "Se, nos termos da lei, é nula a alteração prejudicial ao empregado, ainda quando resultante de acordo, claro está que, com maior razão, sê-

44 Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1990, p. 97.

45 Rodrigues, José Augusto. *Curso de Direito Individual do Trabalho*, 1994, p. 407.

46 Cotrim Neto. *Contrato e Relação de Emprego*, p. 116. In: Mesquita, Luiz José, op. cit., p. 71.

47 Sussekind, op. cit., p. 500.

lo-á tratando-se de ato unilateral do empregador”. Concomitantemente com o princípio do não-prejuízo, é necessário que o empregador, como forma de legitimar o seu ato consolidado no *jus variandi*, aja movido por uma real necessidade, que nas palavras de Nélío Reis significam: “Soma de circunstâncias que criam para a empresa a imposição de alterar o contrato de trabalho por força de acontecimentos cumpridamente provados que, ainda que previstos, não podem ser evitados sem prejuízo”.⁴⁸

Hugo Gueiros Bernardes⁴⁹ leciona que na analogia que se faz dos poderes do empregador com a teoria da divisão dos poderes, figurando o poder do comando como *executivo*, o poder regulamentar como *legislativo*, e o poder disciplinar como *judiciário*, “o único que o empregador exercita com boa margem de discricionariedade é o primeiro”. De uma maneira geral, a direção imediata da prestação de serviços é exercida discricionariamente. Trata-se do comando técnico.

Em relação ao poder regulamentar divergem os autores. Hugo Gueiros Bernardes, corroborando a posição de De Litala, reconhece residir esse poder na faixa do *comando técnico e administrativo* com cunho *discricionário*. Luigi de Litala⁵⁰ propõe que se distinga no *regulamento de empresas* o seu aspecto *jurídico* e o *técnico*. As normas jurídicas seriam aquelas que propusessem os direitos das partes, exigindo, em consequência, a aprovação do regulamento ou o conhecimento dele pela parte contratante. As normas técnicas, responsáveis pela regulamentação dos serviços, independeriam de aprovação do empregado e se caracterizariam, portanto, pelo *discricionarismo*.

Em consequência, na análise da licitude de qualquer alteração regulamentar, impõe-se distinguir entre as normas regulamentares de cunho *jurídico* e as de cunho técnico. As primeiras, porque dizem respeito ao direito das partes, não podem ser licitamente alteradas sem o acordo de ambas, sob pena de ferir o preceito contido no art. 468, da Consolidação. De outro lado, as normas de cunho técnico permitem modificações unilaterais, desde que não firam direitos legitimamente

48 Mesquita, Luiz José, op. cit., p. 71.

49 Bernardes, Hugo Gueiros, op. cit., p.330.

50 Litala, Luigi. In: Bernardes, op. cit., p. 332.

adquiridos pelos empregados, ou seja não lhes signifiquem prejuízos.⁵⁵⁵¹ Entretanto, tem posição diferente Hugo Gueiros Bernardes:⁵²

O prejuízo pode ser manifesto, mas se a determinação é lícita, porque incluída no poder discricionário do empregador, o fato do prejuízo é, em princípio, irrelevante para o direito. E por que será irrelevante para o direito o tal prejuízo do empregado, se direito é essencialmente tutelar deste? A resposta já se encontra na afirmação que fizemos há pouco: o exercício do poder discricionário patronal exige motivação moral e socialmente relevante. Assim, o prejuízo do empregado apenas cede o passo à relevância maior dos motivos patronais, que essa é, afinal, a razão de ser reconhecida a existência de um poder diretivo.

Sustentam outros autores, dentre eles Délio Maranhão que, com a adesão expressa ou tácita do empregado, o regulamento de ato originariamente unilateral passa a ser bilateral, integrando os contratos individuais, criando para os empregados “um direito contratualmente adquirido”, escapando a matéria do *jus variandi*. É nesse sentido o parecer de Evaristo de Moraes Filho:⁵³

Seja ele considerado ou não fonte normativa, concordam todos os autores que as suas prescrições passam a fazer parte, como cláusulas expressa, dos contratos de trabalho dos empregados. Não pode, pois, o empregador alterar o regulamento interno em prejuízo dos antigos empregados, cuja vida contratual e técnica, social e disciplinar, vinha se pautando pelo mandamento do regulamento alterado. Os benefícios ou vantagens do antigo regulamento incorporam-se de vez na dinâmica dos contratos que foram por ele regidos durante algum ou muito tempo.

Emite o mesmo prisma de opinião Nélio Reis,⁵⁴ assim se expressando:

Surge, então, a questão de saber se pode, ou não, o empregador alterar as condições já estabelecidas no regulamento, sem conhecimento e aprovação do empregado. Respondem afirmativamente todos aqueles que entendem ser o regulamento de empresa um ato unilateral do empregador, que, se pode fixá-lo, pode, do mesmo modo imperativo, alterá-lo ao seu bel prazer. Pela negativa

51 Gonçalves, Emílio. *Direito do Trabalho Aplicado*, 1994, p. 61.

52 Bernardes, Hugo Gueiros, op. cit. p. 333.

53 Maranhão, Délio, op. cit., p. 502.

54 Moraes Filho, Evaristo. *Pareceres de Direito do Trabalho*, apud Emílio Gonçalves, op. cit., p. 61.

manifestam-se os que, como nós, vêem nele um fundamento bilateral, sujeito a todas as condições contratuais, entre as quais se consigna a da proibição de alteração sem mútuo consentimento ou por via judicial.

Como demonstram as diversas posições doutrinárias, a questão em epígrafe provocou uma cizânia entre os teóricos justralhistas, tendo afinal prevalecido o entendimento propugnado pelo Enunciado 51, do Tribunal Superior do Trabalho, que assim prescreve: "As cláusulas regulamentares que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento".

Como resultado desse posicionamento, que se tornou prevalecente na doutrina justralhista, sequer a conformidade do empregado com a alteração do regulamento torna o ato lícito, se dele lhe resultarem prejuízos diretos ou indiretos.

Em se tratando do poder disciplinar, vê-se que ele atua em consonância com uma menor margem de *discricionariedade*. Submete-se a limites mais precisos e restritos. E essas limitações são, no dizer de Luiz José de Mesquita,¹⁵ por duas razões:

Uma resultante da própria natureza do direito de punir, cuja aplicação é mais limitada, mais determinada do que o informe plano em que se desenvolve o poder de dirigir, que é, por isso mesmo, mais variado e menos preciso em seus contornos. Outra razão dessa menor discricionariedade está em que, como observou a professora Rita Sanseverino, "existe uma profunda diferença entre o mau uso do Poder Diretivo, que danifica sobretudo a empresa e o mau exercício do poder disciplinar, que fere sobretudo e injustamente o trabalhador".

Como resultado tem-se a construção de várias restrições à autonomia da direção, particularmente a especificação objetiva das sanções disciplinares que podem ser impostas e o seu disciplinamento constante nas negociações coletivas, e o *jus resistentiae* como defesa do empregado.

Em conclusão, podemos destacar que o *jus variandi*, mesmo quando o ato seja eivado de *discricionarismo*, tem como limite a lei e os princípios gerais do direito. Sobretudo, deverá ser exercido tendo-se em vista não somente os fins da empresa, mas, também, os interesses dos

55 Reis, Nélcio. *Alteração do Contrato de Trabalho*, apud Emílio Gonçalves, op. cit., p. 62.

trabalhadores, pois o poder de direção é um *direito-função* e não um *direito-interesse*.

O empregado não pode, em princípio, recusar o cumprimento das ordens advindas do empregador. No entanto, se as mesmas configurarem excesso de poder, ele pode fazê-lo. A jurisprudência admite o *jus resistentiae* do empregado contra ordem do empregador que importe em alteração de uma cláusula do contrato. Significa, portanto, um contraponto ao *jus variandi* do empregador.

Nas palavras de Evaristo de Moraes Filho, o *jus resistentiae* significa o limite da subordinação do empregado às ordens ilegais, ilícitas ou contrárias às cláusulas contratuais.¹⁶ Logo, estando o ato alterativo consubstanciado na área de permissão do *jus variandi*, mostra-se juridicamente lícito. Entretanto, se invadir o terreno proibido, ou seja, ir além da área de atuação permitida ao *jus variandi*, transforma-se em juridicamente ilícito dando ensanchas ao exercício do *jus resistentiae*.

Observe-se que, mesmo estando em perfeita correlação com o *jus variandi*, alcança uma maior área de atuação, pois ultrapassa as situações referentes às condições do contrato de trabalho para interferir em áreas de interesse social, como as referentes ao rigor excessivo e à urbanidade no trato ao empregado.²⁷

ALTERAÇÃO BILATERAL

Em razão da força obrigatória dos contratos poder-se-ia supor que todas as alterações das condições de trabalho, efetuadas pelo consenso das partes, seriam permitidas. Ocorre que o caráter *tuitivo* do Direito do Trabalho não permite que assim o seja.

Na busca de proteger o empregado em face do seu estado de subordinação em relação ao empregador, pressupõe-se que quaisquer alterações que ocorram, no nível do contrato de trabalho, que possam prejudicar o empregado, mesmo que efetuadas pelo consenso das partes, sejam eivadas de vícios de consentimento, devendo, portanto, ser consideradas nulas. É o que dispõe o art. 468, da Consolidação. Portanto,

¹⁶ Moraes Filho, Evaristo. *Introdução ao Direito do Trabalho*, apud José Augusto Rodrigues Pinto, op. cit., p. 408.

²⁷ *Introdução ao Direito do Trabalho*, p. 409.

a possibilidade de alteração contratual pelo acordo das partes sofre, como preleciona Délio Maranhão,¹⁸ duas espécies de restrições, favoráveis ao empregado:

- a) da alteração não pode resultar, direta ou indiretamente, prejuízo para ele; b)
- a alteração não poderá estabelecer condições de trabalho inferiores às que decorram das normas imperativas de proteção ao trabalho (lei, convenção ou acordo coletivos e sentença normativa).

Trata-se, neste último caso, do chamado *contrato mínimo legal* que tem sua consolidação nos artigos 9º e 444º, da CLT. É que sendo as normas de Direito do Trabalho, de regra, cogentes, pouco campo resta à autonomia das vontades.

A doutrina levanta a questão de saber se o prejuízo, a que se refere o artigo 468, da CLT, e que pode ser alegado pelo empregado, deve ser atual, para que seja aceito o pedido de anulação do ato alterativo. Délio Maranhão,²⁹ com suporte em Pedro Batista Martins, sustenta que o *interesse de agir*, que é uma das condições da ação (art. 3º, do CPC), há de ser atual. Quanto ao prejuízo, “basta que seja certo”. O interesse diz respeito ao fato de evitar que o prejuízo efetivamente ocorra. Ressalte-se, entretanto, que a existência do prejuízo haverá de ser demonstrada. A simples expectativa de um dano não dá ensejo à anulação do ato.

Ademais, além de *certo* exige o requisito da *contemporaneidade* do ato, o que significa que o prejuízo deve corresponder à situação existente na data do ato.

A questão referente à extensão ou exato sentido da expressão *prejuízo para o trabalhador* tem grande relevância. Para Orlando Gomes e Elson Gottschalk,⁶⁶⁰ o artigo 468, da CLT, passa a impressão de que a alteração será válida se não estiver jungida a dano patrimonial. Mas tal fato não é real. Outras situações que dizem respeito ao tempo, ao local e à função do empregado, quando modificadas, também dão ensejo à nulidade, desde que a ele prejudiciais.

O prejuízo, a que se refere o Texto Consolidado, não diz respeito somente ao material ou às condições de trabalho. Também o prejuízo

58 Maranhão, Délio, op. cit., p. 506.

59 Idem, p. 507.

60 Gomes, Orlando, op. cit., p. 326.

moral poderá dar ensejo à anulação do ato, com fulcro no artigo 76, do CC. Já se torna expressiva a corrente doutrinária de justralhistas que admitem competência à Justiça do Trabalho para julgar a ocorrência de dano moral, surgido em consequência do contrato de trabalho.⁶¹ Essa foi a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal, propugnado pela seguinte idéia: o que interessa para determinar a competência da Justiça do Trabalho é o fundamento do pedido que tenha por base a relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.

ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO QUANTO AO SEU OBJETO

Mudança na natureza do trabalho

Um dos elementos essenciais do contrato de trabalho é a determinação qualitativa da obrigação de trabalhar. Essa definição se refere à *qualificação profissional* do empregado.⁶² A qualificação profissional se refere “à posição que é atribuída ao trabalhador subordinado na organização da empresa”.

Habitualmente os autores dividem a qualificação em *objetiva* ou *subjetiva, contratual* ou *convencional*. A primeira se refere a uma formação profissional específica do empregado (escola profissional, aprendizagem, grau especial de habilidade). Sustentam Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁶³ que a qualificação objetiva “existe, muitas vezes, em estado potencial no empregado, e mesmo quando esteja desempregado se lhe deve reconhecer uma qualificação.”

A *qualificação subjetiva, contratual, convencional* diz respeito à efetiva qualificação assumida pelo empregado no ato da celebração do contrato de trabalho. Realmente, pode o empregado assumir uma qualificação diversa da que possui potencialmente. E é a *contratualidade da qualificação* que lhe fornece um caráter de *intangibilidade*, sendo vedado ao empregador modificá-la, a não ser que seu ato esteja afeto ao exercício normal do *jus variandi*. Nesse sentido, não pode o empregador exigir que o empregado execute serviço diverso daquele para que foi

61 Furtado, Emmanuel Teófilo. *Alteração do Contrato de Trabalho*, p.102.

62 Gomes, Orlando, op. cit. p. 331.

63 *Idem*, p. 332

contratado, nem rebaixá-lo de função. Portanto, o *jus variandi*, em tema de *função*, tem uma interpretação estrita, *pró-operário*. Entretanto, como bem realça Hugo Gueiros Bernardes:⁶⁴

Pouco vale porém a proteção que daí decorre, já que o empregador pode qualificar o empregado através de denominações as mais genéricas, como ajudante, auxiliar, etc., que ampliam consideravelmente o âmbito das tarefas lícitamente exigíveis do empregado. (...) Nesses casos de qualificação genérica o *jus variandi* se amplia inevitavelmente, em detrimento do princípio da inalterabilidade.

Pondera, ainda, o referido mestre, que existe uma certa imprecisão da jurisprudência sobre os termos *função* e *serviço*. Explica que o serviço efetivamente realizado pelo empregado define a sua *função*, que significa a sua *qualificação profissional*, para os termos do contrato de trabalho. É o que preceituam os artigos 443, parágrafo 1º; 456, parágrafo único; e 460, parte final da CLT. Faltando habilitação legal para cujos serviços foram efetivamente executados, existe uma tendência em reconhecer validade ao ajuste propiciando-lhe as garantias legais, não obstante o artigo 447 da CLT proibir implicitamente esse tipo de presunção de ajuste. Trata-se do *princípio da realidade* que colima o Direito do Trabalho.

Contudo, desde que o empregado tenha sido contratado, sem especificação de suas *funções*, e não havendo alguém que execute serviço equivalente, para que possa lhe ser atribuída a mesma qualificação, em princípio essa *função* se presume em conformidade com a sua condição pessoal (artigo 456, parágrafo único, e 460 da CLT). É relevante ser colocado que essa presunção é *juris tantum*, pois se o é em referência à própria anotação da carteira de trabalho (En. 12 do TST), será também em relação à cláusula não expressa.

Observe-se que, no âmbito de uma *função*, podem caber vários tipos de serviços. A mudança do empregado para outro serviço, que se coloque nos limites da função, não corresponde à alteração das condições do contrato, estando nos limites do exercício do *jus variandi*.⁶⁵

O desvio de função, como nos ensina Hugo Gueiros Bernardes,⁶⁶ é alteração que exige consentimento do empregado e demonstração de

64 Bernardes, Hugo Gueiros, op. cit., p. 347.

65 Gomes, Orlando, op. cit. p. 334

66 Bernardes; op. cit. p. 349

inexistência de prejuízo: "(...) logo, se a função originária é restrita a determinado tipo de serviço, como por exemplo, motorista de ônibus, o desvio para motorista de caminhão exigirá consentimento."

Alguns doutrinadores sustentam que a alteração provisória, excepcional, momentânea, sempre será possível, para fazer face a motivos de força maior, pois esta estaria contida no exercício do *jus variandi*, (artigo 61, da CLT). Mas existiria também um *jus variandi normal*, que também corrobora uma alteração provisória, mas sobre outras bases (artigo 450, da CLT), que deriva do próprio poder diretivo do empregador.

Contudo, a transferência de *função*, constituída sobre esse prisma, deverá ser temporária. Se a nova *função* propiciar remuneração superior, esta deverá ser assegurada ao empregado e se for inferior fica assegurada a remuneração anterior. Da mesma forma, deverá ser assegurada ao empregado transferido a atribuição de serviços que tenha afinidade com o que anteriormente era por ele executado. Sob a mesma diretriz deverá ser garantido ao empregado a sua antiga posição no quadro da empresa. O direito à qualificação originária é imutável.

REBAIXAMENTO

Com exceção da hipótese do empregado acidentado, assim mesmo sendo garantido o valor de sua antiga remuneração, o rebaixamento da categoria é proibido em nossa legislação, ainda que haja consentimento de ambos os contratantes, seja "fórmula de reajuste da qualificação, seja como medida de punição disciplinar"⁶⁷ em face do prejuízo dele decorrente (artigo 468, da CLT). O primeiro caso caracterizaria a *retrocessão*; o segundo, o *rebaixamento* propriamente dito.

RETORNO

"Retorno é a reversão do cargo atual, de confiança, em comissão, em substituição, ou não preenchido em caráter efetivo, ao cargo de que o empregado é titular na empresa."⁶⁸ Em tais casos a Consolidação é

67 Maranhão, Délio, op. cit., p. 511

68 Gomes, Orlando, op. cit., p. 336.

expressa, dispondo que não se considera alteração unilateral, passível, portanto, de nulidade (parágrafo único dos artigos 468; 450; 499 e parágrafo 2º do artigo 224).

PROMOÇÃO

Sustenta Orlando Gomes e Elson Gottschalk que a *promoção* típica é a que se refere a uma ascensão hierárquica nos quadros da empresa, significando uma alteração qualitativa e quantitativa da qualificação do empregado, bem como de seu salário.⁶⁹

Entrando o empregado em uma empresa que tem seus cargos e funções escalonados em carreira, facilitando o acesso, entende Délio Maranhão,⁷⁰ com respaldo em Nélio Reis, que ele não pode se opor à promoção, salvo por motivos de grande relevância. A razão está com Orlando Gomes e Elson Gottschalk,⁷¹ quando afirmam, que mesmo numa promoção que aparentemente traga vantagem ao empregado, esta pode não lhe interessar se-lhe ser prejudicial futuramente, podendo então dispensá-la.

TRANSFERÊNCIA DO LOCAL DE TRABALHO

O local da prestação de trabalho é cláusula essencial do contrato de trabalho. Portanto, o princípio geral é o de que o empregado não poderá ser transferido do local de trabalho, sem sua anuência. A *remoção* do empregado não se compreende no *jus variandi* do empregador. Tal preceito está inserido no artigo 469 da Consolidação. Mas o que o artigo em epígrafe efetivamente veda é a transferência para outra *localidade* e não outro *local na mesma localidade*. A simples circunstância da transferência de *local* de trabalho está implicitamente autorizada e se consubstancia no *jus variandi* do empregador, desde que, evidentemente, não haja abuso.

A *transferência de localidade*, segundo o artigo 469, diz respeito àquela que é efetuada através de uma mudança de domicílio do empregado.

69 Idem, p. 336

70 Maranhão, Délio, op. cit., p. 512.

71 Gomes, Orlando, op. cit., p. 513.

A proibição de transferência de localidade de serviço não atinge os empregados que exerçam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tragam condição implícita ou explícita de transferência (artigo 469, parágrafo 1º). Délio Maranhão⁷² esclarece-nos que a atividade implícita deverá ser cotejada com a *natureza da atividade* da empresa e com a *função* executada pelo empregado, como é o caso dos aeronautas, dos ferroviários, do motorista rodoviário. Mesmo que seja explícita, ou seja, contratual, ela não se revestirá de licitude se caracterizar abuso de poder. Ademais, deverá se revestir sempre de *real necessidade de serviço*. Com a cláusula de transferência essa necessidade tem uma presunção *juris tantum*, podendo-se obter prova em contrário.

De qualquer forma, no que se refere à transferência do empregado, a lei prevê medida liminar, até decisão final, por parte do presidente da Junta de Conciliação e Julgamento, nos processos de reclamação atinentes à matéria, que tenham por escopo anular o ato do empregador, em face do artigo 659, IX da Consolidação.

Em caso de necessidade do serviço, a transferência pode ser efetuada, mesmo que não prevista no contrato, desde que o empregador efetue um pagamento suplementar, nunca inferior a vinte cinco por cento (artigo 469, parágrafo 3º). Este tipo de transferência terá sempre um caráter provisório e o ônus de provar a *necessidade de serviço* é repassado para o empregador, por consistir numa exceção à regra da *intransferibilidade*. As despesas concernentes à transferência ficarão sob o encargo do empregador (artigo 470, parágrafo único).

EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO

Segundo estabelece o parágrafo 2º do artigo 469, da Consolidação, “é lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado”. A extinção do estabelecimento proporciona ao empregador o direito de transferir seus empregados.

EMPREGADO ESTÁVEL

Tratando-se de empregado estável, a lei lhe garante, em caso de fechamento do estabelecimento, filial ou agência, sem ocorrência de

⁷² Maranhão, Délio, op. cit., p. 514.

força maior, o direito à indenização pelo tempo de serviço, paga em dobro, conforme o que dispõe o artigo 498, da Consolidação. Podem os estáveis fazer a opção entre transferir ou resolver o contrato recebendo a indenização.

ALTERAÇÃO DE SALÁRIO

O valor do salário, inicialmente estipulado no contrato de trabalho, pode sofrer ao longo da relação de emprego uma série de modificações. Observe-se que, seja qual for a forma de alteração, será via de regra, com sentido majorativo diante do princípio legal da *irreduzibilidade salarial, da inderrogabilidade in peius*, por ato unilateral do empregador, ou mesmo por consentimento do empregado (artigos 377, 471, 483, d e g, 495, 504). Serão nulos os atos patronais que infringirem essa garantia. É o que determinam os artigos 9º, 444 e 468, da Consolidação.

As alterações de salário podem se perfazer de forma *qualitativa* ou *quantitativa*. Mesmo no caso da primeira forma, que não produz necessariamente alteração do valor do salário, deverá haver concordância do empregado, por dizer respeito à cláusula principal do contrato de trabalho. Os julgados nacionais tendem a dar validade a este tipo de alteração salarial desde que não seja responsável pela redução salarial.⁷³

A alteração *quantitativa* pode se dar de forma *direta* ou *indireta*. Nos salários por unidade de tempo, a redução *direta* é a forma mais comum, não sendo difícil apurar o ilícito. Já, em se tratando de salário de variação contínua (unidade de obra, participação nos lucros, gorjetas, etc.), a redução mesmo que *direta* é mais difícil de ser constatada.⁷⁴

A forma mais freqüente de redução *indireta* ocorre com a alteração do horário de trabalho, quando a empresa aumenta o número de horas de trabalho sem o conseqüente aumento de salário ou quando o empregado que recebe por unidade de tempo tem as suas horas de trabalho diminuídas. Da mesma forma, quando o salário é pago por unidade de obra, sem que o empregado esteja subordinado a horário, a alteração na quantidade de matéria-prima que deve ser entregue ao trabalhador pode provar redução *indireta* do salário.

73 Catharino, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. São Paulo: LTR, 1994, p. 588.

74 Idem, p. 599.

Ressalte-se que o artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal, permite a redução salarial efetuada através de negociação coletiva, quando exista interesse geral e abstrato da categoria.

MODIFICAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho é fixada no contrato de trabalho e, não havendo a fixação contratual, presume-se que o empregado trabalhou a jornada legal, ou seja, oito horas. Não pode o empregador exigir o trabalho além da jornada convencional, nem reduzi-la trazendo prejuízo salarial, como visto no tópico anterior.

A prestação de horas extras depende de acordo entre as partes ou de acordo coletivo, em número não excedente de suas horas, mas poderá ser exigido pelo empregador em caso de necessidade imperiosa para fazer face a motivo de força maior; para atender a realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo notório (artigo 59 e 61, da CLT). Em se tratando de interrupção do trabalho, que tenha por causa fenômenos acidentais ou força maior, a recuperação do tempo perdido deverá ser feita através da prorrogação do horário normal até o máximo de duas horas diárias (artigo 61, parágrafo 3º). Portanto, a prorrogação somente está no *jus variandi* nos casos do artigo 61, da CLT.

Com exceção da transposição do trabalho diurno para o noturno ou vice-versa, que se refere a uma alteração *qualitativa* das condições de trabalho, entendem os autores, de um modo geral, ser lícita a alteração de mudança de horário, que concerne ao *jus variandi* do empregador. No mesmo sentido vinha caminhando a jurisprudência de nossos tribunais trabalhistas. Com o decorrer do tempo, essa posição foi-se modificando, para permitir, na análise especial de cada caso concreto, que constatado o prejuízo para o empregado, mesmo a alteração do horário diurno, por exemplo, pode ensejar a nulidade do ato alterativo.¹⁵

CONCLUSÃO

As relações de emprego, por serem de trato sucessivo, estão sujeitas a uma série de mutações. Não se poderia pretender que, em face

¹⁵ Bernardes, Ilugo Gueiros, op. cit., p. 356.

da dinâmica da vida social, esse tipo de relação permanecesse inativa, até porque ela é por sua própria natureza conflituosa, requerendo sempre soluções que demandam mudanças.

Para se entender esse processo de mutação da relação de emprego é necessário que se estabeleçam, preliminarmente, algumas premissas básicas acerca do fundamento e da natureza jurídica do poder patronal, pois, de acordo com a vertente teórica que se defenda, haver-se-á de inferir o fenômeno *alterativo*.

As concepções que fundamentam o sistema de poder na órbita interna da empresa passaram de noções extremamente despóticas de organização de gestão empresarial, como a da *propriedade privada*, *institucionalista* e a *publicista*, para absorver vertentes com bases teóricas mais avançadas e consoante uma nova realidade social emergente, como a *contratualista*, vista sob um ângulo *contemporâneo*.

É evidente que tal fato somente se deu como conseqüência da mudança que se efetuou no próprio sistema de poder, no âmbito da sociedade política e que teve como característica primordial o avanço contínuo do processo de democratização. Esse processo acaba por invadir a empresa que, para não ficar na *construção* da história, absorve métodos e técnicas mais democráticas de gestão trabalhista.

É claro que as mudanças não se deram pacificamente. De real importância tem sido o papel dos sindicatos, que a partir da segunda metade do século passado forçaram a penetração na empresa de práticas democráticas de participação obreira.

Na concepção *contratualista contemporânea*, a *autonomia das vontades* e a *igualdade dos contratantes*, características basilares da Teoria Contratualista Clássica, se vêem atenuadas, através da concretização de normas cogentes que visam à proteção de uma das partes, considerada mais fraca, ou por um sistema de interpretação e integração da vontade, tornando-se a vertente teórica mais consistente e capaz de dar fundamentação teórica à relação de emprego.

O contrato de trabalho, por pressupor um conjunto de direitos e obrigações entre as partes, ainda que a vontade de um dos contratantes seja mais tênue, dá margem a que se conceba uma relação de emprego de configuração mais democrática porque abre um canal para a participação da classe obreira...

No tocante à natureza jurídica do poder diretivo, as concepções de *direito potestativo*, *direito subjetivo*, trazem em seu bojo os fundamentos teóricos de bases despóticas, concernentes a um modelo de organização, de produção e de gestão trabalhista, caracterizado pela assimetria e unilateralismo.

Essas concepções se tornaram discrepantes em face dos avanços democráticos que permeiam a sociedade contemporânea e da necessidade desses avanços chegarem até a empresa.

Nesse sentido, a vertente teórica do *direito-função* aparece como capaz de absorver essas mudanças, por que vem passando o fenômeno do poder no âmbito da relação de emprego. Efetivamente, a empresa atual se caracteriza por uma *função social*. O empregador não é mais aquele senhor absoluto, que atuava através de uma *potestatividade*. A ele cabe perseguir não apenas o seu interesse individual, enquanto empresário, mas também o da comunidade de trabalhadores e da sociedade como um todo.

A vontade do empregador, através dessa concepção teórica, encontra limites na função social da empresa, na compreensão, na apreensão ou mesmo na submissão a interesses que lhe sejam contrapostos, pois, concomitantemente com o direito, tem ele um dever.

A partir do entendimento de que o poder diretivo é essencialmente de cunho *contratual* e que ao seu titular é atribuído um *direito-função*, as *alterações* que se perfazem, ao longo da relação de emprego, terão um sentido mais democrático, menos unilateral e rígido e permeado pelo dever e responsabilidade, não somente com relação à empresa, mas também com os trabalhadores e a sociedade.

Sendo as normas trabalhistas, de regra cogentes, a autonomia da vontade dos contratantes se apresenta extremamente limitada. Portanto, as alterações que porventura se façam, mesmo que por acordo de vontades das figuras contratantes, são consideradas *nulas*, se prejudiciais ao empregado. Esse prejuízo pode se revestir tanto de características patrimoniais como morais.

Pode-se concluir, em resumo, que em tema de *alteração* das condições de trabalho, para que esta se revista de plena *licitude*, necessário se faz que haja consenso entre as partes contratantes e que esta não signifique prejuízo para o empregado.

Tudo isso no resguardo do critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, que é resguardar o trabalhador para que, através de uma proteção jurídica, seja compensada a desigualdade econômica a ele desfavorável.