

Alteração do Contrato de Trabalho.

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

O contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo e, por isso mesmo, prolonga-se no tempo. Daí porque está sempre pressionado a sofrer alterações, visto que as condições existentes no momento de sua celebração tendem a ser modificadas. Como explica Márcio Túlio Viana, "quanto mais tempo o contrato durar, maiores possibilidades de sofrer transformações" (Direito de resistência, p. 235).

O contrato de trabalho, no entanto, não deixa de ser um contrato e se submete, por isso, às regras pertinentes a este tipo de negócio jurídico (Márcio Túlio Viana, Direito de Resistência, LTr, São Paulo, 1996, p. 191).

Sendo um contrato, como regra, somente pode ser alterado por trato bilateral. A manifestação de vontade, no entanto, no direito do trabalho não é totalmente livre. A liberdade de contratar, sob o ponto de vista do direito do trabalho, é relativa (Carlos Alberto Reis de Paula, "Alteração contratual", *in* Fundamentos do Direito do Trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Milton de Moura França, coordenados por Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, Melchiades Martins e Tarcio José Vidotti. Ed. LTr, São Paulo, 2000, p. 473).

A manifestação da vontade é relativa porque vários dispositivos legais fixam o padrão das condições de trabalho que devem ser minimamente respeitadas pelas partes (quanto a este padrão nem mesmo o empregado pode renunciar). Para além desse padrão legal, ou no campo em que a lei não interfere, podem as partes fixar outras condições de trabalho. Por exemplo, a lei diz que o limite máximo da jornada é de 8 (oito) horas, mas não diz qual devem ser os

^(*) Juiz do Trabalho, titular da 3a. Vara do Trabalho de Jundiaí. Professor de Direito do Trabalho da USP.

horários de entrada e saída do empregado. Fixa a lei a obrigatoriedade de se respeitar um salário mínimo e que o salário é irredutível, mas não diz qual a forma de fixação do salário (se por produção, por tarefa, por unidade de tempo etc).

Existe, pois, um campo bastante vasto para a estipulação de condições de trabalho em cláusulas contratuais, mesmo que marcante seja o dirigismo contratual, pela incidência da legislação trabalhista nas relações de emprego.

Vale lembrar, ainda, que algumas condições de trabalho são fixadas por instrumentos normativos.

Assim, a base jurídica que regula uma dada relação de emprego pode ser formada por: lei (em sentido genérico, englobando, portanto, a Constituição, Emendas à Constituição, leis complementares, lei ordinária, medidas provisórias, instruções normativas, portarias ministeriais); cláusulas do contrato individual do trabalho e cláusulas de instrumentos normativos (acordo coletivo, convenção coletiva e sentença normativa). Não se esquecendo, por óbvio, dos usos e costumes e do regulamento de empresa (que se equivalem a normas contratuais).

No presente tema, estuda-se a alteração das cláusulas estipuladas nos contratos individuais do trabalho, de forma expressa ou tácita, sendo esta última uma condição de trabalho que se estabeleceu entre as partes e que foi querida por ambas, ainda que assim não tenham se pronunciado, expressamente.

1. A imodificabilidade.

A regra é a de que as condições de trabalho, fixadas contratualmente, são inalteráveis, a não ser que as partes assim estabeleçam.

A legislação brasileira, no entanto, no artigo 468, da CLT, previu que as alterações, ainda que decidias de comum acordo, somente serão consideradas válidas se não resultarem em prejuízo para o empregado, dando aplicabilidade prática, portanto, aos princípios da condição mais benéfica e da irrenunciabilidade.

Assim, nos termos da legislação brasileira, uma alteração de cláusulas do contrato de trabalho pode ser feita desde que dela não resulte prejuízo para o empregado. A alteração, por óbvio, por resultar prejuízo para o empregador ou mesmo não ser mais benéfica ao trabalhador que a anterior (não lhe sendo prejudicial, é válida). A alteração bilateral válida produz os efeitos de uma novação das cláusulas contratuais alteradas e não de todo o contrato de trabalho, cujas cláusulas iniciais inatingíveis pela novação continuam válidas (Jeammaud, p. 407).

É interessante notar que a bilateralidade da alteração pode ser configurada por ajuste tácito, sendo que a mera continuação da prestação de serviços com as novas condições ainda que impostas pelo empregador configuram a aceitação do empregado, sendo que isto não aniquila seus direitos, na medida em que a validade dessa alteração está condicionada, por lei, ao fato de não lhe ter causado prejuízos. Em outros países, no entanto, como na França, por exemplo, a novação de cláusulas contratuais pode ser operada "in pejus", surgindo daí a relevância de que se tenha prova de que o empregado efetivamente aceitou a modificação, não servindo como prova a mera continuação da prestação de serviços nas novas condições, isto no que se refere às modificações pessoais, pois no que tange às modificações de natureza econômica é necessário que os empregados sejam comunicados mediante carta registrada com aviso de recebimento, tendo um mês para recusar as modificações

propostas (o silêncio do empregado, no caso, valerá como aceitação).

A avaliação concreta do prejuízo, para fins de dizer se uma alteração bilateral foi válida, ou não, apresenta certa dificuldade em casos concretos. Sob o ponto de vista teórico, no entanto, a regra é a de que o prejuízo tanto pode ser direto (redução nominal do salário) quanto indireto (alteração da zona de vendas, com menor potencial de comércio); atual (visualizável de plano) ou futuro (quando manifestado apenas após a concretização da modificação).

Em todo caso a avaliação deve ser feita globalmente, isto é, levando-se em conta todos os aspectos que motivaram a mudança e as cláusulas alteradas, para que, no caso concreto, se possa dizer se a alteração foi válida, ou não. Nesta avaliação há de se levar em conta a situação fática e jurídica existente no momento da modificação assim como a futura que poderia ser razoavelmente prevista em tal momento. Circunstâncias ocorridas após a alteração contratual, que não poderiam ser previstas, ainda que impliquem prejuízo para o empregado, em decorrência da modificação contratual realizada, não são fundamento para se declarar a ilegalidade da novação.

Este prejuízo, além disso, não é meramente econômico, mas também de ordem profissional ou mesmo pessoal (Amauri Mascaro Nascimento, Iniciação do direito do trabalho, p. 222).

Uma alteração contratual, ainda que apresente um prejuízo, em comparação à condição anterior, pode ser considerada válida se o prejuízo for superado por outra vantagem para o empregado, mesmo extraída fora do âmbito da relação de emprego. "Seria o caso, por exemplo, de um balconista que recebe comissões, mas que prefere trocá-las pelo sonhado cargo de escriturário. Ou de um estudante que

tem a jornada - e com isso o salário - reduzidos, para que possa freqüentar a faculdade. Em ambas as hipóteses, não terá havido nulidade, pois o que importa é o *saldo* benéfico ao empregado." (Márcio Túlio Viana, Direito de resistência, p. 246)

Não se deve imaginar, levando-se essa linha de raciocínio ao extremo, que o empregado poderia, validamente, concordar com a retirada de uma garantia contratual em troca da manutenção do próprio emprego¹. Lembre-se, ademais, que em alguns ordenamentos jurídicos permite-se o trato individual "in pejus", ou seja, a alteração contratual que represente redução de alguma garantia contratual, exatamente porque se presume que o próprio emprego não está sendo objeto de barganha, uma vez que não possui o empregador o poder potestativo de resilir a relação contratual, sem qualquer motivação.

2. O "jus variandi".

A imodificabilidade é a regra. Porém, excepcionalmente, há situações em que condições de trabalho podem ser alteradas por ato unilateral do empregador, isto é, sem oposição possível do empregado. Esta possibilidade decorre da própria subordinação, que, aliás, é uma característica da relação de emprego e que permite ao empregador melhor gerir a atividade empresarial, exercendo, por conseguinte o seu poder diretivo com relação à atividade exercida pelo empregado.

Tal poder diretivo destina-se à maximização da atividade produtiva e encontra sua legitimidade nesta sua função². A subordinação e o poder diretivo que dela decorre

¹. Lembre-se que da redução de garantias previstas em lei sequer se cogita, pois que não se tratam de alterações contratuais e sim de desrespeito à lei, sendo, portanto, ilícitas tenham a razão que tiver.

². É pelo exercício do poder diretivo que se permite ao empregador « ajustar a prestação obrigacional do empregado às alterações estruturais e conjunturais da empresa » (Octavio Bueno Magano, O poder diretivo na empresa. Saraiva, São Paulo, 1982.

não representam uma superioridade humana do empregador sobre o empregado. Não há na empresa, conforme destaca Luiz José de Mesquita, uma supremacia homem para homem³.

Isto significa que mesmo o "jus variandi" para ser exercido precisa ser motivado e a motivação que o legitima será a necessidade do comando para melhor atender organizar a atividade empresarial. O empregador, portanto, não pode exercer este poder por mero capricho ou como ferramenta para punir ou discriminar o trabalhador.

Entende a doutrina nacional ⁴ que o "jus variandi" se exerce sobre condição de trabalho não prevista em cláusula contratual, não representando, por isto, uma alteração do contrato de trabalho, mas uma simples modificação do modo de execução do trabalho. Esta, aliás, é a tendência que se verifica, igualmente, na jurisprudência francesa, que tem distinguido modificação de cláusulas contratuais (cuja validade requer o ajuste bilateral) de modificação de condições de trabalho (que se inserem no âmbito do poder diretivo do empregador e podem ser impostas unilateralmente)⁵.

Entretanto, certas condições de trabalho incorporam-se ao contrato de trabalho como cláusulas contratuais, ainda que ajustadas de forma verbal ou tacitamente. Assim, "data venia", não parece muito esclarecedora a diferença. Lembre-se, ademais, a título de exemplo, que normalmente os contratos de trabalho escritos possuem, normalmente, cláusula a respeito do horário da prestação de serviços, mas isto não impediu que a jurisprudência tenha considerado válida a alteração

³. "Não pode haver na empresa, pois, uma supremacia de homem para homem, ou simplesmente uma superioridade humana dos superiores hierárquicos, em razão de qualquer prerrogativa, que por ventura eles tenham a não ser a funcional, assim mesmo dentro dos limites que protegem a pessoa humana operária." (Luiz José de Mesquita, p. 50)

⁴. Vide, por todos, Arion Sayão Romita, Contrato de trabalho, Edições Trabalhistas, 1978, p. 33.

⁵. Jeammaud, p. 402.

unilateral do horário de trabalho, desde que mantido o turno, ou até mesmo com alteração de turno, se do noturno para o diurno. Por outro lado, uma condição de trabalho não prevista no contrato, mas estabelecida por ajuste tácito, pode se tornar essencial para a prestação dos serviços por parte do empregado.

Acrescente-se, ademais, que mesmo se estipulado no contrato, como uma de suas cláusulas, que o empregador poderá alterar unilateralmente o contrato de trabalho, fora dos limites naturais de seu "jus variandi", nem por isso lhe é garantido tal direito, o que demonstra que a identificação do "jus variandi" está além da verificação do que consta, ou não, do contrato como uma de suas cláusulas. A este respeito, destaque-se a lei belga que declara nula "toda cláusula que confere ao empregador o direito de alterar unilateralmente as condições de trabalho" (art. 25).

É evidente que algumas ordens proferidas pelo empregador não alteram qualquer condição de trabalho, ajustada expressa ou tacitamente. Apenas dizem respeito ao modo de realização do trabalho. Não são, no entanto, fruto do "jus variandi", mas do poder diretivo, que é conferido ao empregador como consequência da subordinação que se trata de condição essencial da própria configuração da relação de emprego. A obrigação de prestar serviços e a submissão às ordens do empregador quanto ao modo de execução desses serviços são condições assumidas pelo empregado pelo próprio fato de firmar um contrato de trabalho. O poder diretivo tem, portanto, origem contratual e o seu exercício não represente alteração do contrato de trabalho, pois que se insere no contexto da cláusula obrigacional, que decorre de previsão legal, de estar o empregado subordinado ao empregador e de se comprometer a prestar todos os serviços que sejam atinentes à sua condição pessoal. Assim, por exemplo, não se trata de exercício do "jus variandi" as ordens emitidas pelo

empregador: no que se refere à cobranças quanto à qualidade do serviço; para utilização de equipamento de proteção individual (EPI); para utilização de uniforme; quanto a critérios de condutas e comportamentos adequados ao tipo de trabalho prestado etc.

Não se devem confundir, portanto, o "jus variandi" e poder diretivo. Este último é representado pelas ordens que buscam melhor organizar a execução dos serviços a que se obrigou o empregado em razão do contrato de trabalho firmado. O "jus variandi", embora decorra do poder diretivo, diz respeito ao direito que o empregador possui para alterar, por ato unilateral, as condições não essenciais do contrato de trabalho.

Em termos de "jus variandi", portanto, é crucial saber se as cláusulas que se buscam alterar são essenciais, ou não, no contrato de trabalho. A legislação francesa, por exemplo, (art. L. 321-1 C. Trav.) faz menção a este conceito de cláusula essencial ao prever que a alteração de uma cláusula substancial equivale à dispensa do empregado.

Não há um critério objetivo para se determinar se uma cláusula é essencial ou não. O que não me parece adequado é vinculá-la ao fato de estar, ou não, prevista no contrato escrito de trabalho.

Na diretiva comunitária europeia, de 14 de outubro de 1991, fixou-se que um contrato de trabalho deve conter: os nomes do empregado e do empregador; o local de trabalho; a qualidade ou categoria do emprego; descrição resumida do trabalho a ser executado; data de início do contrato de trabalho; o valor da remuneração; a duração diária e semanal do trabalho; e os instrumentos coletivos aplicáveis. Mas, mesmo esta disposição tem sido encarada como enumeração dos elementos essenciais do contrato de trabalho. Há, ainda, certa dúvida na jurisprudência acerca de

modificações quanto ao local de trabalho, à duração do trabalho, ao horário de trabalho e à função do empregado.

A fixação de um pressuposto, no entanto, é fundamental: a regra é inalterabilidade do contrato de trabalho e, por consequência, o "jus variandi", que se significa a possibilidade do empregador alterar unilateralmente uma cláusula não essencial do contrato de trabalho, representa uma exceção a esta regra. Seu campo de atuação, portanto, deve ser limitado e reservado para situações excepcionais, apresentando como requisitos:

a) a necessidade da empresa, para fins de maximização da produção;

b) a inevitabilidade da alteração, ou seja, não se poder atingir os fins da produção por outro modo;

c) a imprevisibilidade da nova situação que motivou a necessidade de alteração;

d) a apresentação ao empregado dos motivos da alteração;

e) não ser utilizado como meio de punir, discriminar, ou causar constrangimento ao empregado;

f) não buscar a criação de uma situação insustentável para o empregado, forçando-o a pedir demissão.

Uma alteração unilateral imposta pelo empregador sem respeito a esses requisitos, abre a porta ao para que empregado exerça o seu direito de resistir, "jus resistentie", que pode implicar a mera recusa em obedecer o

comando ou mesmo considerar rescindido o contrato por culpa do empregador⁶.

Mas, a verificação da validade da alteração não pode ser vista limitadamente sob a perspectiva do empregador, pois para se saber, concretamente, ou seja, em cada relação de trabalho específica, se a condição era essencial ou não, é preciso avaliar o que a condição alterada representava para o empregado.

Portanto, ainda que alteração determinada pelo empregador preencha os requisitos supra a ela poderá resistir o empregado:

a) se em sua perspectiva a condição de trabalho que o empregador busca alterar é essencial para a própria manutenção do emprego;

b) se a nova condição, ainda que não se tratando de condição essencial, agride sua dignidade ou intimidade ou lhe causa prejuízos relevantes sob o ponto de vista pessoal, moral, profissional, ou familiar.

Cabe reparar que, estando o empregador, em princípio, exercendo o seu "jus variandi" dentro dos padrões definidos pelos requisitos acima, em circunstâncias, evidentemente, excepcionais, presume-se legítima a alteração, não podendo o empregado impedir que a alteração se concretize. Sua resistência, portanto, deve ter por base motivo relevante e não ser baseada em mero capricho de não querer ver alteradas quaisquer das condições não essenciais do trabalho, pois para manutenção do princípio de boa fé deve o empregado estar imbuído do espírito de colaboração com o empregador.

⁶ O "jus resistentie" se exerce seja com relação ao "jus variandi", seja com relação ao poder diretivo, pois algumas ordens do empregador, baseadas no poder diretivo, podem extrapolar os limites da razoabilidade e também causar prejuízos graves ao empregado.

Importante ressaltar, ainda, que esses pressupostos teóricos fixados representarão resultados distintos em conformidade com o caso concreto. Ou seja, as circunstâncias de cada caso definirão os limites do "jus variandi" e do "jus resistentie".

Os pressupostos teóricos estabelecidos, então, terão relevância quando numa situação concreta o empregado recuse a alteração imposta pelo empregador.

Explico-me melhor: quando o empregador, exercendo o seu poder diretivo, altera alguma condição de trabalho, ao empregado duas possibilidades são reservadas: não se opor à alteração ou recusá-la.

A ausência de recusa, que poderia ser entendida como aceitação tácita, não significa, no entanto, não tem esse significado, não representando, portanto, que a alteração se tenha concretizado por ato bilateral, vez que a sua motivação não fora a "aceitação" do empregado, mas exatamente a impossibilidade de sua recusa. Isto implica dizer que a validade da alteração não está condicionada à não causar prejuízo ao empregado, como ocorre na alteração bilateral. A alteração determinada pelo "jus variandi" pode até causar prejuízo ao empregado, desde que o prejuízo experimentado pelo empregado seja mínimo em relação ao prejuízo que o empregador sofreria se alteração não fosse determinada.

No caso de recusa do emprego, e somente quando isto gere um conflito, isto é, quando o empregador não aceite a recusa do empregado e tome a iniciativa de puni-lo com advertência, suspensão ou mesmo dispensando-o por justa causa é que a questão ganha relevância prática.

Diante de um tal conflito, então, é que será verificado, aplicando-se os preceitos teóricos acima fixados,

se o empregador estava exercendo validamente o seu "jus variandi" e neste caso, a recusa do empregado se constituiria ato de insubordinação ou indisciplina, convalidando-se a pena aplicada (se proporcional à falta cometida). Ou se, ao contrário, agira o empregador além do limite do "jus variandi", considerando-se, por conseguinte, que o empregado exercera validamente o seu "jus resistentie", invalidando-se, por consequência, a pena aplicada.

Acrescente-se que em caso de alterações provisórias das condições de trabalho, decorrentes de necessidade urgente da empresa, as alterações poderão ser consideradas válidas mesmo que se refiram a condições essenciais do contrato de trabalho (Márcio Túlio Viana, Direito de resistência, p. 247).

2.1 Casuística das alterações unilaterais.

O exame de algumas situações mais frequentes em que se apresenta a tensão entre "jus variandi" e "jus resistentie" é importante por melhor compreender o alcance desses institutos. Mas é importante lembrar que não se deve, como normalmente se tem feito, considerar, previamente, válida ou inválida a alteração, pois que as circunstâncias concretas de cada contrato de trabalho poderão provocar resultado diverso do fixado teoricamente.

a) Função.

A função é o conjunto de tarefas realizadas pelo empregado. O empregado estará obrigado, portanto, a realizar todas as tarefas atinentes à sua função, conforme fixado no contrato. Não estando determinada a função do empregado no contrato de trabalho, entender-se-á, por aplicação supletiva da lei (parágrafo único do art. 456, da CLT), que o empregado obrigou-se a todo e qualquer serviço

compatível com sua condição pessoal, ou ainda melhor, com sua qualificação profissional.

Assim, quando o empregador determina que o empregado realize tarefas distintas daquelas que comumente realizava, não há, propriamente, alteração de condição de trabalho, mas mero exercício do poder de direção, que, em princípio, não pode recusar o empregado.

Quando, no entanto, o empregador determina que o empregado realize tarefas alheias à qualificação profissional do empregado, extrapola o limite de seu poder de direção, determinando uma alteração contratual que não encontra apoio em seu poder de variar, pois a função é entendida como cláusula essencial do contrato de trabalho.

A alteração de função, portanto, como regra, somente poderá ser concretizada mediante trato bilateral e mesmo assim quando não acarrete prejuízo ao trabalhador, que poderá ser configurado quando o empregado na nova função tenha maior carga de trabalho sem a conseqüente compensação financeira.

Em algumas situações, relacionadas abaixo, o resultado pode ser outro:

- Extinção do cargo.

Essa alteração, por ato unilateral, no entanto, tem sido admitida, quando o cargo ocupado pelo empregado é extinto, em razão de reestruturação da empresa, e o empregado é deslocado para outro cargo, pertinente a qualificação profissional diversa, mas sem prejuízo financeiro, moral etc.

- Reversão.

A reversão ao cargo efetivo (parágrafo único do art. 468, CLT), deixando o empregado de exercer cargo de confiança, para o qual fora promovido, trata-se de alteração unilateral válida do contrato de trabalho.

A reversão representa, logicamente, a perda do recebimento da gratificação pelo exercício do cargo de confiança, ou seja, redução salarial, mas tal redução do salário, sendo consequência do fato de não mais o empregado exercer o cargo de confiança, é considerada válida.

A reversão somente pode ocorrer para o empregado que ocupou outro cargo na empresa antes de galgar o cargo de confiança. Se o empregado já foi contratado para exercer cargo de confiança a sua colocação em outro cargo equivale a rebaixamento, que se trata de alteração ilícita do contrato de trabalho.

Por fim, destaque-se o entendimento consagrado na Orientação jurisprudencial do TST, n. 45, no sentido de que a gratificação de função recebida por 10 anos ou mais não pode ser suprimida do salário do empregado ainda que haja a reversão.

- Promoção.

Pode, ou não, o empregado recusar a promoção determinada pelo empregador?

Embora boa parte da doutrina sustente que o empregado não pode se recusar à promoção, entendo que este poderá recusá-la, mesmo sem a apresentação de motivos para tanto.

Uma vez aceita a promoção, por envolver, naturalmente, maiores responsabilidades, esta deve ser acompanhada de acréscimo salarial.

b) Forma de fixação do salário.

A forma de fixação do salário, se por unidade de tempo, por obra, por tarefa, não pode ser alterada unilateralmente. Assume relevância, no entanto, o fato representado pela introdução de novos equipamentos na unidade produtiva que possibilitam um sensível acréscimo na produção e recebam os trabalhador por peça produzida. Neste caso, o investimento nos novos equipamentos se anula em razão do enorme acréscimo do nível salarial dos empregados. Por outro lado, não pode o empregador, unilateralmente, fixar nova forma de cálculo do salário, pois que se evitaria que os empregados acompanhassem o progresso econômico experimentado pelo empregador. Assim, a fixação de uma nova base de cálculo do salário deve ser acordada bilateralmente ou pleiteada junto à Justiça do Trabalho (art. 766, da CLT).

c) Adicional de insalubridade e de periculosidade.

Com a eliminação da insalubridade no local de trabalho ou a transferência do empregado para local não perigoso, elimina-se, por ato unilateral do empregador, o pagamento do respectivo adicional.

d) Horas extras.

O empregador não pode exigir que o empregado trabalhe horas extras. No entanto, em caráter excepcional e motivado por necessidade emergencial da empresa, essa prestação de serviço em sobrejornada pode ser determinada unilateralmente pelo empregador, em dois casos:

- execução de serviços inadiáveis, cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto ao empregador (ex. trabalho junto a frigoríficos);

- força maior (inundação).

e) Supressão de horas extras.

As horas extras habitualmente prestadas poderão, segundo se tem entendido, ser suprimidas com conseqüente eliminação do pagamento das horas extras, pois se tem entendido que o trabalho em horas extras reflete uma condição de trabalho que contraria o preceito legal, pois as horas extras devem ser excepcionais. Assim, a eliminação das horas extras trata-se de uma alteração unilateral lícita do contrato de trabalho na medida em que atende ao preceito legal.

Para minimizar o efeito financeiro para o empregado, fixou-se na jurisprudência a seguinte regra:

"A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos um ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de um mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a 6 (seis) meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão." (En. 291, do TST)

Entretanto, se a prestação de serviços em horas extras não pode ser exigida pelo empregador, a não ser excepcionalmente, a não oposição do trabalhador em trabalhar horas extras só pode ser vista como aceitação da alteração de uma condição do trabalho. Se esta nova condição se torna habitual, ela se incorpora ao contrato de trabalho, como uma cláusula fixada tacitamente, obrigando, conseqüentemente, as partes. Se o empregador não poderia, unilateralmente, alterar o contrato de trabalho, para o fim de determinar a prestação de trabalho em horas extras, tendo estas se tornadas habituais e integradas ao contrato de trabalho, como uma de suas cláusulas, não poderá, por óbvio, o empregador, por ato

unilateral alterar tal condição de trabalho, até porque sob a perspectiva do empregado, em razão da habitualidade, ela se torna essencial, pois representa um ganho que naturalmente é considerado pelo empregado para fins de assumir seus compromissos.

Além disso, sob um ponto de vista social, pensando na idéia de que o que se pretende é que as horas extras não existam nas relações de trabalho, o Enunciado do TST inverte a ordem das coisas, pois pensando na necessidade de eliminar as horas extras que foram habitualmente prestadas, acaba incentivando que o empregador adote o regime de horas extras de forma habitual, pois poderá eliminá-las quando quiser. Assim, por todos os ângulos que se examina a questão (jurídico e social) a orientação refletida no Enunciado 291 do TST não se justifica, "data venia".

f) Redução da jornada.

Por ato unilateral, a redução da jornada somente pode ser determinada se não representar redução de salário. Ainda assim, é preciso verificar se a redução, a propósito de ser benéfica ao trabalhador, pode lhe ser prejudicial na medida em que acompanhada de aumento da carga de trabalho. Neste último caso, mesmo se a redução de jornada não representando diminuição de salário, a recusa do empregado será válida.

g) Turnos ininterruptos.

A jornada normal para quem trabalha em turnos ininterruptos de revezamento é de 6 horas, isto porque se considera que um tal sistema de trabalho gera prejuízos à saúde do trabalhador.

A questão que se coloca no presente tópico, é se o empregador poderia, por ato unilateral, alterar o trabalho em turnos alternados, para o trabalho em turno fixo,

com a conseqüente ampliação da jornada normal de 6 para 8 horas. Em princípio sim, pois que se trata de uma alteração benéfica ao trabalhador. No entanto, se o trabalho em turnos ininterruptos era exercido em condições especiais, como, por exemplo, seis dias de trabalho, seguidos de quatro dias de folga. A alteração para o turno fixo com diminuição dos dias de folga não seria válida, por alterar condição essencial do contrato de trabalho.

h) Horário de trabalho.

Entenda-se, inicialmente, que horário de trabalho não é o mesmo que jornada de trabalho. A jornada é quantidade de horas trabalhadas em um dia. O horário é a fixação das horas de início e término da jornada de trabalho.

A alteração do horário de trabalho, com pequena variação, entende-se dentro dos limites do "jus variandi" do empregado.

Parte da doutrina entende válida, também, a alteração de horário que represente a alteração do turno noturno para o diurno, com a conseqüente eliminação do pagamento do adicional noturno, a não ser que o empregado tenha motivos especiais para demonstrar que a fixação do horário noturno fora uma cláusula essencial de seu contrato de trabalho.

Outros, no entanto, entendem que a fixação do turno é cláusula essencial do contrato de trabalho e que somente por trato bilateral pode ser determinada.

E, por fim, entende-se ilícita imposição unilateral da alteração do horário que significa mudança do turno diurno, para o noturno. Isto não quer dizer, que uma tal alteração não possa se concretizar por ato bilateral, devidamente acompanhada do pagamento do acréscimo do adicional noturno.

i) Local de trabalho.

A alteração do local de trabalho é, em princípio, válida, desde que não acarrete necessidade de mudança de residência por parte do empregado (art. 469, CLT).

Pouco importa, portanto, se o novo local de trabalho se situa no mesmo ou em outro município. A alteração será válida se não acarretar mudança de residência. Assim, poderá ser considerada válida a alteração do local de trabalho no que se refere a cidades limítrofes e ser considerada ilícita a alteração com relação a locais diversos situados em uma mesma grande cidade, nas quais geralmente o local de trabalho acaba sendo uma cláusula essencial do contrato de trabalho, dada a dificuldade de locomoção nas grandes cidades.

Havendo a mudança do local de trabalho, o empregador deverá arcar com o acréscimo das despesas para o empregado chegar ao novo local (En. 29, do TST).

A transferência, definida na lei, como a mudança do local de trabalho que acarreta mudança de residência do empregado, somente será válida por pacto bilateral, a não ser em situações excepcionais previstas na própria lei:

- empregados que exercem cargo de confiança.

"Empregado de confiança é o que ocupa posições próprias do empregador, possuindo mandato e distinguindo-se dos demais empregados pelo padrão mais elevado de seus vencimentos." (Magano, Manual de direito do trabalho, Vol. II, LTr, São Paulo, 1992, p. 305)

- empregados cujos contratos de trabalho tragam a possibilidade de transferência como condição implícita ou explícita.

Entende-se existir uma condição implícita da transferência quando a mobilidade do local de prestação de serviços resultar da própria essência do trabalho realizado pelo empregado, como, por exemplo, os trabalhadores em empresas de terraplanagem e pavimentação.

- extinção do estabelecimento.

Só será possível se a extinção for decorrência de força maior (fatos alheios à vontade do empregador e imprevisíveis, nos quais não se incluem a mera dificuldade financeira provocada por crise econômica, visto que os riscos da atividade econômica são inerentes à atividade empresarial).

Além disso, não se pode considerar válida a transferência quando um novo estabelecimento for criado para substituir o antigo.

- provisória.

Não se podendo o trabalho ser executado por outro empregado que reside no mesmo município no qual os serviços devem ser executados, o empregador pode transferir por ato unilateral um empregado, em caráter provisório, para um fim determinado. Durante este período, deverá o empregador pagar ao empregado um adicional de 25% sobre o salário do empregado.

Em qualquer hipótese, concretizada a transferência, deverá o empregador arcar com as despesas da mudança (art. 470, da CLT - ajuda de custo).

Vale lembrar que, uma vez proposta uma transferência ao empregado e este a aceitá-la passa-se à esfera das alterações bilaterais do contrato de trabalho.

VI- Alteração do Contrato de Trabalho Imposta por Lei.

Como se viu, a legislação fornece o padrão de uma contratação mínima entre as partes. Em outras palavras, a lei fixa direitos e obrigações que necessariamente devem ser seguidos por empregados e empregadores, mesmo sem que tenham acordado neste sentido.

Ocorre que também as leis não são imutáveis. É natural que com o passar do tempo elas sofram alterações e como o contrato de trabalho se prolonga no tempo é natural, igualmente, que a base do contrato mínimo existente no momento da formação do contrato sofra alterações, atingindo contratos em curso.

Duas situações devem ser consideradas:

a) a da lei nova que traz condições de trabalho mais favoráveis ao trabalhador;

b) a da lei nova que traz condições de trabalho menos favoráveis ao trabalhador.

A primeira se insere automática e obrigatoriamente no contrato de contrato, alterando a sua base contratual mínima.

A segunda exige, uma segunda ordem de consideração. Em princípio, a alteração da base legal não atinge os contratos de trabalho em vigor, por aplicação do princípio da condição mais benéfica. No entanto, se a lei tratar de tem de ordem pública, a alteração se impõe, ainda que potencialmente cause prejuízo financeiro ao empregado.

VII- Alterações Provocadas por Cláusulas Coletivas.

Pode ocorrer que as normas fixadas em instrumentos normativos representem alteração da base jurídica aplicável ao contrato de trabalho. A pergunta que se faz é: as novas disposições das normas coletivas substituem as condições anteriormente aplicáveis ao contrato de trabalho?

Em primeiro lugar, destaque-se que instrumentos normativos são: o acordo coletivo; a convenção coletiva; e a sentença normativa.

Não cuida o presente questionamento da sentença normativa, pois em conformidade com o disposto no art. 114, da Constituição Federal, a sentença normativa deve sempre respeitar as condições de trabalho já existentes.

Três hipóteses devem ser consideradas:

a) alteração de cláusulas do contrato individual;

b) alteração de normas fixadas em outro instrumento coletivo.

c) alteração da base legal.

Na primeira hipótese, as cláusulas fixadas no contrato individual somente sofrerão alteração se as novas normas coletivas trouxerem condições mais benéficas ao trabalhador. Em sentido contrário, as normas coletivas não prejudicaram condições de trabalho já incorporadas ao contrato individual do trabalhador.

Inversamente, uma cláusula individual não pode prevalecer sobre outra fixada em norma coletiva, sendo esta mais favorável que aquela.

Na segunda hipótese, duas situações podem ocorrer. A de um instrumento normativo que se substitui ao

outro. A de dois instrumentos normativos que se sobreponham ao mesmo tempo em uma dada relação de emprego.

No primeiro caso, entende o En. 277, do TST, que as cláusulas fixadas em instrumentos normativos, que possuem vigência determinada, não se incorporam de forma definitiva aos contratos individuais de trabalho. Assim, a alteração das condições de trabalho, fixadas em normas coletivas, não representaria, automaticamente, alteração de cláusula do contrato individual do trabalho. Conseqüentemente, a jurisprudência tem entendido possível que um instrumento coletivo posterior traga condições de trabalho menos favoráveis que o anterior, pois que não representa alteração da base jurídica aplicável ao contrato de trabalho, na medida em que o anterior perdeu sua vigência ao final do prazo pré-estabelecido.

No segundo caso, a hipótese concretamente pode ocorrer quando uma convenção coletiva colide com um acordo coletivo, estando os dois em plena vigência. Destaque-se, em princípio, que se trata de fontes jurídicas de igual hierarquia, ou seja, uma não prevalece, naturalmente, sobre a outra. Três critérios de aplicação da norma jurídica se chocam no presente caso: o da especificidade; o da temporariedade; e o da norma mais favorável.

Para alguns, as normas do acordo coletivo deve prevalecer sobre as normas da convenção coletiva, por ser a o acordo coletivo específico, e a norma específica prevalece sobre a geral. Para outros, o que deve valer é o instrumento criado por último, pois que representaria, automaticamente, a revogação do anterior. Para outros, no entanto, há de prevalecer o instrumento que traga normas mais favoráveis ao trabalho. Dentre estes últimos, há os que entendem que a avaliação deve ser feita cumulativamente, ou seja, aplicando-se as cláusulas dos dois instrumentos, as que forem mais benéficas. Há os que consideram, no entanto, que a

avaliação deve ser feita globalmente, isto é, a aplicação do instrumento que, em seu contexto geral, for mais benéfica ao trabalhador. Há, ainda, os que consideram, com maior acerto, penso eu, que o critério é o do exame instituto por instituto. Aplicação, na sua integralidade, das normas de um dos instrumentos que com relação a determinado instituto jurídico (por exemplo, férias) for mais forem mais favoráveis que as normas previstas, para o mesmo instituto, no outro instrumento.

No terceiro caso, isto é, alteração da base legal por norma coletiva, esta alteração somente será válida se trazer condições de trabalho mais favoráveis ao trabalhador.

Neste aspecto tem relevância a discussão a respeito da alteração do artigo 618 da CLT, que prevê:

“As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho.”

Esta alteração se aprovada, concretamente, permitirá que sindicatos de trabalhadores e sindicatos de empregadores, ou sindicatos de trabalhadores e empresas, diretamente, firmem cláusulas normativas estabelecendo direitos inferiores àqueles previstos na legislação trabalhista, com exceção das normas relativas à saúde e segurança do trabalhador e das normas Constitucionais.

A pergunta que se faz no âmbito do presente tema é: as alterações introduzidas, alterando a base do contrato mínimo previsto em lei, atingiriam os contratos de trabalho em curso.

Parece-me que não, pois se mesmo a lei não pode trazer condições de trabalho piores daquelas que já

existem no contrato mínimo existente no momento da formação do contrato, não seria correto imaginar que os instrumentos normativos pudessem fazê-lo.

VIII- Conclusão.

Todos esses preceitos de ordem teórica, acima fixados, são de complexa aplicação quando se integram, num determinado contexto, uma situação de crise econômica e um ordenamento jurídico que permite a dispensa sem justa causa. Dizer que tais e quais alterações não podem ser introduzidas em uma relação de emprego pode representar, concretamente, dificuldades insuportáveis para algumas empresas e a conseqüente dispensa de trabalhadores, mesmo em "massa".

Os preceitos teóricos, assim, contrastam com a realidade e a construção teórica pertinente ao problema da alteração do contrato de trabalho que tem como pressuposto a preservação do emprego, pode acabar motivando, concretamente, a extinção dos empregos.

Assim, concretamente, um empregador que não podendo alterar as condições de trabalho de um empregado, mas não estando impedido de dispensá-lo, mesmo sem motivação, poderá, simplesmente, cessar o vínculo empregatício daquele empregado e contratar outro nas novas condições pretendidas.

O problema maior dessa situação, ao meu ver, no entanto, não é rigidez da lei quanto à impossibilidade de alteração do contrato e sim a sua falta de rigidez no que se refere à possibilidade da dispensa sem motivação.

Ora, a proteção exacerbada da vontade do empregado no que se refere à sua aceitação com alterações que lhe causem prejuízo, tem por pressuposto o vício de vontade, presumindo o legislador que o empregado estaria disposto a aceitar toda diminuição de direitos para salvaguardar o emprego.

É preciso, evidentemente, conferir às empresas a possibilidade de reestruturar os contratos de trabalho, em conformidade com as novas exigências tecnológicas e econômicas, especialmente, em épocas de crise, mas para que isto ocorra é preciso que garanta aos empregados o direito de verificar a veracidade dos argumentos empresariais, com a implementação de um sistema de co-gestão, e a busca, com liberdade, de soluções conjuntas para salvaguardar os interesses recíprocos das empresas e dos empregos, sem que estes estejam assustados pelo fantasma da dispensa imotivada.

É, efetivamente, dessa modernização que o direito do trabalho precisa no que se refere ao tema da alteração do contrato de trabalho.