**DISCIPLINA 09 – ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO (23 DE MAIO DE 2015)**

Ementa: Alteração das condições de trabalho. Condições essenciais e condições gerais do contrato de trabalho.  Jus variandi do empregador e *jus resistentiae* do empregado. Promoção e rebaixamento do empregado. As nulidades do art. 468 da CLT. Transferência do empregado. Espécies de transferência. Adicional de transferência. Despesas da transferência. Transferência abusiva e sua reversão. Estabilidade e garantias provisórias de emprego: conceito, caracterização e distinções. Despedida aleatória, despedida abusiva e despedida obstativa.

**1. CONTRATO DE TRABALHO: ESTABELECIMENTO DAS CONDIÇÕES INICIAIS**

**Definição de contrato de trabalho**: o Art. 442 da CLT estabelece que contrato individual de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. De acordo com DÉLIO MARANHÃO, trata-se do negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) (1 - pessoalidade) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário) (2- onerosidade) a prestar trabalho não eventual (3 – não eventualidade) em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinado (4 – subordinação objetiva – organização do trabalho).

**Características do contrato de trabalho**: (1) é bilateral; (2) tem caráter sinalagmático, dele resultando obrigações contrárias e equivalentes (de fazer e de dar), prestações recíprocas; (3) é consensual, não solene, sem exigência, via de regra, de forma específica para sua validade; (4) é de trato sucessivo: constitui uma relação de débito permanente, em que entra, como elemento típico, a continuidade, a duração; ou seja, não é um contrato instantâneo, que se exaure num só momento; (5) é oneroso: à obrigação de fazer/prestação de trabalho corresponde contraprestação de salário; a onerosidade é objetiva, no que se refere ao efetivo recebimento de pagamento, e subjetiva, no que se refere à intenção de ganho; (6) pode vir acompanhado de outros contratos acessórios, como o contrato de depósito, contrato de comodato, contrato de locação, etc.; (7) é contrato de aspecto fiduciário: a confiança é aspecto fundamental na relação de emprego.

**Condições gerais do contrato de trabalho**: no ajuste do contrato um conjunto de cláusulas já se encontra predeterminado, seja pelas normas imperativas que incidem sobre o contrato de trabalho (ex.: anotação de CTPS obrigatória), seja porque uma das partes (empregador) tende a unilateralmente algumas cláusulas, aproximando o contrato de trabalho do contrato de adesão (ex.: uso de uniforme). Isso deve ser levado em consideração ao se estudar as alterações do contrato de trabalho.

**Momento e local da celebração do contrato**: o contrato de trabalho pode ser ajustado de maneira tácita, o que se concretiza pela prática material de atos indicadores da existência de uma vontade comum direcionada à formação de um vínculo de natureza trabalhista. Em geral se inicial com uma proposta apresentada por uma das partes. No direito civil isso configura a fase da policitação. Policitante é quem faz a proposta e oblato é aquele a quem se pede a manifestação de vontade (se aceita ou não a proposta). Em geral a policitação é que fixa o momento e local de formação do contrato, se feita entre presentes (inclusive telefone ou meio de comunicação semelhante – art. 428, I, CC). O termo inicial do início do contrato, entretanto, pode ser adiado, sem que isso comprometa o momento e local de formação do contrato (arts. 435 e 131 do Código Civil).

**Importância da questão**: definir competência territorial e definir se eventual dano causado foi pré-contratual ou contratual propriamente dito.

**2. JUS VARIANDI DO EMPREGADOR E *JUS RESISTENTIAE* DO EMPREGADO:**

**Poderes do empregador**: como já visto, o contrato de trabalho é caracterizado pela subordinação do empregado ao empregador, o que atribui ao empregador o poder hierárquico, em seus aspectos poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar.

Se o empregador tem poder de determinar as questões que envolvem a execução do contrato de trabalho, pode também determinar alterações no contrato de trabalho? Em alguns aspectos sim, no que pertine ao exercício do *jus variandi.*

***Jus variandi***: Consiste no conjunto de prerrogativas empresariais, decorrentes do poder de direção do empregador. Através dele o empregador pode, de forma impositiva e unilateral, ajustar, adequar e até alterar as circunstâncias e critérios de prestação de trabalho pelo empregado, dentro de certos limites, sem afrontar a ordem normativa ou contratual.

**Classificação**: ordinário e extraordinário.

***Jus variandi* ordinário**: refere-se à alteração unilateral de aspectos da prestação laboral que não estão regulados pela lei nem pelo contrato - o espaço em branco entre as cláusulas, onde nada se previu especificamente e onde o empregador preenche os vazios de acordo com a sua vontade. Exemplo: tarefas a serem desempenhadas por empregado contratado como ajudante geral.

***Jus variandi extra*ordinário**: concerne a alterações em situações genérica ou especificamente autorizadas pela ordem jurídica (lei ou instrumento coletivo), atuando em campos previamente regulados pelo contrato ou por norma jurídica. Exemplo: nomeação para ocupar cargo de confiança.

**Justificativa**: permite que o empregador promova alterações no contrato de trabalho que são essenciais para que possa dirigir de maneira eficiente a prestação de serviços e desenvolver a atividade empresarial.

***Jus resistentiae***: consiste na prerrogativa queo trabalhador tem de se opor, validamente, a determinações ilícitas oriundas do empregador no contexto da relação de emprego. Funciona como limitador ao poder diretivo do empregador.

**Mauad Filho**: O *direito de resistência*, quanto à justificação política, consubstancia-se na teoria liberal (se fundamenta na concepção individualista e liberdade contratual); socialista (transformação social pela ação política, conclamando proletariados a se unirem num ataque ao Estado capitalista); anarquista (ideia da autonomia da liberdade individual que se antepõe a toda forma de poder sobre o homem, especialmente o poder do Estado); e humanista (ideia de salvaguardar a dignidade humana, fundada em razões humanitárias de justiça social e solidariedade dos povos).

**Justificativa**: pelo poder diretivo, o empregador, no exercício da direção e administração da empresa, conta com a prerrogativa de aplicar sanções ao empregado que desobedecer sem justo motivo as diretrizes empresariais. Entretanto, o ordenamento jurídico não chancela um estado jurídico de sujeição do empregado perante o empregador, no contexto da relação de emprego, e nem admite que o empregador imponha ordens que ofendam a dignidade, a intimidade, a honra ou a capacidade laborativa do obreiro, cabendo ao direito tutelar a oposição do trabalhador ao seu cumprimento. Márcio Túlio Viana: “seja qual for o direito que socorra, o *ius resistentiae* é uma garantia fundamental do trabalhador. E garantia das mais importantes: basta notar que o seu oposto é a submissão, sinônimo de dignidade perdida”. Nesse contexto, a resistência obreira a ordens ilícitas perpetradas pelo empregador no contexto empregatício, é plenamente válida e juridicamente protegida.

**Mitigação:** na prática, acaba sendo mitigado pela falta de garantia de emprego e pela facilidade de dispensa sem motivação.

**3. ALTERAÇÕES DO CONTRATO DE TRABALHO:**

**Subjetivas**: dizem respeito às alterações de sujeitos contratuais, substituídos no decorrer do contrato de trabalho; pode ocorrer apenas em relação ao empregador, quando ocorre a chamada sucessão de empregadores.

**Objetivas**: as que atingem o conteúdo contratual, alterando cláusulas do contrato de trabalho ao longo da relação de emprego. Estas que nos interessam na presente aula.

**Classificação das alterações objetivas**:

(a) segundo a origem, podem ser oriundas de norma jurídica ou da vontade unilateral ou bilateral das partes;

(b) segunda a obrigatoriedade, podem ser imperativas/legais ou voluntárias (estas unilaterais ou bilaterais);

(c) segundo o objeto, podem ser qualitativas (natureza das prestações), quantitativas (montante das prestações) ou circunstanciais (situação ambiental ou organizativa);

(d) segundo os efeitos, podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao trabalhador.

**Princípios Aplicáveis às alterações contratuais objetivas:**

**Princípio da inalterabilidade contratual lesiva:** derivada da ideia inicial do direito civil da inalterabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Com o tempo o direito civil flexibilizou essa regra usando a fórmula *rebus sic stantibus,* quando evidenciado que as condições objetivas despontadas durante o prazo contratual, e criadas sem concurso das partes, provocaram um grave desequilíbrio contratual, que não existia e que não poderia ser previsto no início da contratação, e tornando excessivamente oneroso o cumprimento do contrato por uma das partes. Ocorre que no contexto da relação de trabalho as alterações contratuais favoráveis ao empregado são incentivadas, mas são vedadas as alterações lesivas (arts. 444 e 468 da CLT). Em razão disso, as obrigações trabalhistas empresariais permanecem intocadas ainda que a atividade econômica tenha sofrido reveses efetivos em virtude de fatos externos à atuação do empregador, com rejeição generalizada da fórmula *rebus sic stantibus*. Isso é derivado da regra que estabelece que os ônus e riscos do empreendimento são do empregador (art. 2º da CLT). Embora em certo momento histórico essa teoria tenha sido parcialmente incorporada pela CLT (art. 503 da CLT e Lei 4.923/65), após a Constituição se entendeu que tais regras foram revogadas por não recepção (flexibilização sob tutela sindical).

**Princípio do direito de resistência obreiro:** ao funcionar como limitador ao poder diretivo do empregador, impede que ele abuse do exercício do poder diretivo e promova alterações unilaterais consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico.

**Diretriz do *jus variandi* do empregador**: como corolário do poder diretivo, concretiza esse poder do empregador ao permitir que um certo leque (limitado) de alterações contratuais seja efetuado de forma unilateral e válida pelo empregador.

**Compatibilização**: prevalece a regra da geral da inviabilidade de alterações contratuais lesivas, com exceção do exercício do *jus variandi,* e o direito de resistência socorre ao obreiro nos casos em que o empregador promove alterações ilícitas no contrato de trabalho.

**Regra geral**: vedação à alteração contratual unilateral lesiva.

**Exceções**: a) redução salarial sob tutela coletiva; b) aplicação do *jus variandi* do empregador.

**Condições de validade da alteração contratual (art. 468, CLT)**: (a) concordância recíproca (que pode ser tácita ou presumida); (b) ausência de prejuízo direto ou indireto ao trabalhador.

**Hipóteses de alterações contratuais no exercício do *jus variandi***

**3.1. Alterações objetivas do tipo qualitativo (natureza das prestações pactuadas):**

**Função**: conjunto de atividades, atribuições e poderes funcionais, integrados entre si, e que formam um todo no contexto da divisão do trabalho estruturada no estabelecimento. Exemplo: operador de máquinas.

**Tarefa:** atividade laborativa específica e delimitada existente na divisão do trabalho estruturado na empresa. Exemplo: ao operador de máquina compete desligar a máquina no final do turno. Uma mesma tarefa pode ser pertinente a várias funções diferentes na divisão de trabalho da empresa.

**Observação:** quando o empregado desempenha apenas algumas tarefas componentes de uma outra função isso não implica em automática alteração funcional, sendo necessário que lhe seja atribuída uma concentração significativa de tarefas integrantes da função enfocada para que se configure a alteração funcional, objetivamente.

**Regras a serem observadas para saber se existe alteração funcional**:

(a) primeiro, deve-se observar a questão contratual: o que rege essa questão é a função para a qual o empregado foi contratado, e não sua qualificação profissional pessoal; Godinho: *um trabalhador que tenha assinado contrato referindo-se à função de serviços gerais não pode, posteriormente, julgar que estão lhe sendo deferidas tarefas pouco compatíveis com sua qualificação profissional mais elevada.*

(b) segundo, deve-se observar a prática diária: a prática contratual cotidiana é que prevalece, e não um possível rótulo contratual (contrato-realidade); se as tarefas atribuídas são diferentes da função contratada, prevalece o contrato realidade para definir a função;

(c) terceiro, observa-se a regra estabelecida no art. 456, parágrafo único, da CLT: à falta de prova sobre a função exercida (ou pactuada) e não existindo cláusula expressa a esse respeito, entende-se que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal (valorização da qualificação profissional do trabalhador).

**Alterações de função que podem ocorrer no cotidiano**: lícitas ou ilícitas.

***Alterações lícitas:***

**(a) alterações funcionais favoráveis**: em princípio são lícitas se acarretam benefício ao empregado.

**(b) alterações funcionais para atender situação excepcional ou de emergência**: desde que de curta duração, em caráter transitório e sem prejuízo salarial do empregado, assegurando-se o retorno ao cargo efetivo. Aplicação do dever de colaboração do empregado.

**(c) substituição eventual**: determinar que emprego ocupe interinamente, em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa (art. 450, CLT); para substituir em caso de férias, licenças e faltas. Súmula 159 do TST: **SUBSTITUIÇÃO DE CARÁTER NÃO EVENTUAL E VACÂNCIA DO CARGO.** I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído. II - Vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor.

**(d) reversão:** retorno do empregado que ocupa cargo de confiança ao cargo efetivo. Está explicitamente autorizado pelo art. 468, parágrafo único, da CLT. Medida de equilíbrio: Súmula 372 do TST: **GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES.** I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação.

**(e) remanejamento em caso de extinção de cargo ou função**: quando a empresa extingue cargos, pode aproveitar seus ocupantes em outras funções, desde que não importe em alteração substancial das qualificações e preferencialmente exista uma afinidade entre o cargo anterior e o novo; mas não pode haver prejuízo salarial;

**(f) reposicionamento decorrente de alteração de quadro de carreira ou plano de cargos e salários**: desde que respeite a qualificação profissional do empregado e o nível salarial precedente;

**(g) readaptação funcional por causa previdenciária:** readaptaçãode empregado readaptado que sofra deficiência física ou mental superveniente à contratação, conforme atestado pelo INSS (art. 461, §4°, CLT). Prevalece a posição que não pode haver prejuízo da renda do empregado (recebida do empregador);

**(h) promoção**: ato pelo qual o empregado é transferido, em caráter permanente e com vantagens efetivas, na estrutura de cargos e funções da empresa, passando a um cargo superior. Pode ser horizontal (grau componente do mesmo cargo ou categoria - Operador de Máquinas I, II, III) ou vertical (para outro cargo ou categoria superior - Operador de Máquinas para Encarregado de Setor). Quando existe Plano de Cargo e Salários é direito exigível pelo trabalhador; em contrapartida, existe obrigação de aceitar a promoção, quando configuradas as situações prefixadas no regulamento empresarial, salvo se existir justificativa contratual efetivamente ponderável.

***Alterações ilícitas de função:***

**(a) retrocessão**: retorno ao cargo efetivo anterior, mais baixo, sem estar ocupando cargo de confiança e nem se tratando de ocupação transitória da função;

**(b) rebaixamento**: determinação punitiva de retorno ao cargo efetivo anterior.

**3.2. Alterações objetivas do tipo quantitativo (montante das prestações pactuadas):**

***Alterações da duração do trabalho:***

**(a) prorrogação de jornada por acordo de prorrogação:** possível ao empregador exigir horas extras quando há acordo de prorrogação; mas o acordo depende do consenso entre as partes (bilateral);

**(b) prorrogação de jornada para atendimento de necessidade imperiosa:** quando há necessidade imperiosa para realização de serviços de conclusão inadiáveis que acarretarão prejuízos ao empregador (artigo 61, caput, da CLT); máximo jornada de 12 horas;

**(c) prorrogação de jornada em razão de força maior:** quando há necessidade imperiosa em razão de força maior a prorrogação também pode ser exigida (artigo 61, §2º, da CLT); é devido o adicional de horas extras;

**(d) prorrogação para reposição de paralisações empresariais:** quando a paralisação resultar de causas acidentes ou de força maior, em sistema de compensação; máximo de duas horas diárias por até 45 dias e dependente de autorização prévia da autoridade competente (artigo 61, §3º, da CLT);

**(e) prorrogação para compensação de jornada:** excetuadas as hipóteses acima, dependendo de acordo entre as partes, sendo vedado o mero exercício do *jus variandi.*

**(f) redução de jornada:** possível, contanto que não haja redução da remuneração, exceto (Godinho) em caso de existência de interesse extracontratual do empregado, que firma acordo bilateral com o empregador (ex: estudo; outro emprego paralelo) ou caso seja negociado coletivamente;

**(g) supressão de horas extras** **habituais**: possível, observada a Súmula 291 do TST: ***HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO.*** *supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.*

**(h) mudança de horário de trabalho**: dentro da mesma jornada padrão (noturno/diurno) é, em princípio, lícito, desde que não traga real e significativo prejuízo para o empregado (ex: estudo, outro emprego, adventista), o que afetaria a estabilização contratual básica;

**(i) alteração de jornada noturna para diurna:** válida, mesmo com supressão do adicional; Súmula 265 do TST;

**(j) alteração de horário diurno para noturno:** a princípio não é lícita, em razão do agravamento das condições de trabalho, mesmo com o pagamento do adicional noturno;

***Alterações da remuneração ou forma de remuneração:***

**(a) elevações salariais:** lícitas porque benéficas;

**(b) reduções salariais objetivas:** vedadas as reduções objetivas, salvo negociação coletiva; para Godinho a redução depende de circunstâncias específicas, como a existência de conjuntura econômica adversa, e o percentual máximo seria de 25%, sempre respeitado o salário mínimo; a regra do art. 503 da CLT não foi recepcionada pela Constituição;

**(c) reduções indiretas da remuneração:** o empregador pode alterar condições de trabalho que importem em aparente redução salarial, como transferência do horário noturno para diurno, com a perda do adicional noturno, ou a cessação de atividades em condições perigosas (salário condição);

**(d) modificação da forma de pagamento:** pode ser necessária em razão de imperativos técnicos, como substituição de máquinas obsoletas por outras mais modernas, com consequente redução no preço da tarifa, mas mantida a média salarial anterior; também pode haver modificação em razão de alterações estratégicas, como na alteração de salário fixo para comissionista, desde que garantida a média;

**(e) alteração na zona laborativa do vendedor**: permitida tanto a transferência de zona de trabalho quanto a redução da zona, desde que mantida a média remuneratória (art. 2º da Lei 3.207/57).

**3.3. Alterações objetivas do tipo circunstancial (situação ambiental ou organizativa):**

***Alterações do local de trabalho:***

**(a) transferências dentro do país:** lícitas desde que observem as hipóteses legais (vide abaixo);

**(b) transferências para o exterior:** dependentes de concordância do empregado;

**(c) modificações do ambiente de trabalho**: alterações de layout, de maquinários ou da organização do local de trabalho se inscrevem dentro do *jus variando* do empregador, desde que não sejam prejudiciais ao empregado (inclusive se retaliativas/punitivas).

**4. TRANSFERÊNCIA DO EMPREGADO E SEUS EFEITOS**

**Fundamento legal**: artigos 469 e 470 da CLT.

**Espécies de transferência**: relevantes e não relevantes. Não relevante quando não acarreta a necessidade de mudança de domicílio, assim entendida a noção de residência. As transferências relevantes são aquelas que acarretam a mudança da residência do empregado.

**Conceito de *mesma localidade***: município; no máximo região metropolitana, se não acarretar necessidade de mudança. Questionamento: Município da Altamira, segundo maior município do mundo em extensão territorial, com quase 160 mil k2, e maior que Portugal.

**Direitos na transferência não relevante**: o empregador pode alterar o local de trabalho quando não há mudança de domicílio do empregado, porque isso está dentro de seu *jus variandi.* O empregado terá direito ao ressarcimento das despesas de transporte acrescidas (Súmula 29/TST), mas não a adicional de transferência.

**Hipóteses autorizadas de transferência do empregado**: são consideradas transferências lícitas as seguintes hipóteses:

(a) transferência com concordância e interesse (extracontratual) do empregado

(b) transferência em razão da extinção do estabelecimento; art. 469, §1º, CLT;

(c) transferência de empregado que ocupa cargo de confiança, desde que haja necessidade de serviço;

(d) transferência de empregado que tem, em seu contrato de trabalho, cláusula implícita ou explícita de transferibilidade, desde que haja necessidade de serviço;

(e) qualquer outra transferência provisória destinada a atender real necessidade de serviço.

**Demais causas**: são tidas como ilícitas.

**Adicional de transferência**: a lei assegura ao empregado transferido provisoriamente, por determinação do empregador, para local que acarrete a necessidade de mudança de domicílio, o direito à percepção de um adicional de transferência, na ordem de 25% sobre o salário. O adicional é devido mesmo nas transferências lícitas.

**Situações em que não é devido o adicional**: transferência definitiva; transferência que não acarrete a mudança de domicílio; transferência para atender a interesse extracontratual do empregado. Uma parte da jurisprudência defende que não é devido em se tratando de cargo de confiança, quando houver cláusula de transferibilidade ou quando tiver ocorrido a extinção do estabelecimento. Nesse ultimo caso a transferência será definitiva, e, portanto, não será mesmo devido o adicional.

**Transferência provisória**: apenas nas transferências provisórias é que é devido o adicional de transferência (OJ 113/SDI-I/TST). Outra corrente (minoritária) entende que em toda transferência, exceto aquela que vai atender interesse extracontratual do empregado, deve ser pago o adicional.

**Critério para se definir se a transferência é provisória ou definitiva**: definitiva é aquela que se estabilizou plenamente no contrato e provisória é a precária (óbvio). A jurisprudência tem tentado criar um critério objetivo: para parte dela, se perdurou por mais de três anos, é definitiva; para outra parte, se perdurou por mais de cinco anos, é definitiva. Godinho sugere outro critério: se a transferência se deu no período prescrito, pode ser considerada definitiva, ainda que sucedida por outra.

**Natureza jurídica**: parcela salarial de caráter temporário (salário-condição), garantida até que o empregado transferido provisoriamente retorne ao local de trabalho anterior.

**Despesas da transferência**: além do adicional o empregador deve pagar ajuda de custo para repor as despesas de transferência do trabalhador e de sua família (art. 470 da CLT).

**Despesas de retorno**: se despedido no local para onde foi transferido existe jurisprudência dizendo que devem ser pagas ainda as despesas de retorno ao local de contratação, se assim requerer o empregado.

**Empregados intransferíveis:** os estáveis (estabilidade definitiva), salvo concordância expressa, e os dirigentes sindicais. Os estáveis (definitivos) tem direito de recusar transferência em caso de extinção de estabelecimento (inteligência do art. 497 da CLT) e os dirigentes sindicais que aceitarem a transferência perdem o mandato (art. 543, §1º, da CLT). Para Godinho, também os menores são intransferíveis, porque não podem ter vedado o acesso e frequência ao ensino regular (art. 227, caput e §3º, CF).

**Transferência abusiva e sua reversão**: pedido de "liminar" (antecipação da tutela de mérito) para sustação da transferência, nos termos do art. 659, IX, do CPC.

***Transferência para o exterior****:*

**Necessidade de concordância**: a transferência para o exterior escapa dos limites do *jus variandi* e requer a manifestação explícita de concordância do trabalhador.

**Regulação legal**: Lei 7.064/82.

**Direitos do trabalhador em caso de serviços transitórios**: se designado para prestar serviços transitórios por até 90 dias tem direito a receber passagens ida e volta e diárias enquanto permanecer por lá.

**Direitos do trabalhador em caso de transferência provisória**: direitos da legislação do local da execução do serviço, com aplicação da lei de proteção brasileira quando for mais favorável (critério do conglobamento); aplicação da lei do FGTS e da Lei Previdenciária Brasileira; direitos específicos da lei: fixação de salário base e de adicional de transferência pela via contratual; gozo de férias no Brasil a cada dois anos, com custeio da viagem pela empresa, inclusive em relação cônjuge e dependentes e garantia de retorno efetivo após três anos de trabalho contínuo; as vantagens contratuais podem ser eliminadas no retorno ao Brasil (art. 10).

**5. DESPEDIDA ALEATÓRIA, DESPEDIDA ABUSIVA E DESPEDIDA OBSTATIVA.**

**A despedida aleatória e a Convenção 158 da OIT**

**Definição**: Convenção sobre Terminação da Relação de Trabalho datada de 1982 que concilia a necessidade de proteger os trabalhadores contra terminação injustificada da relação de emprego com a necessidade de garantir a flexibilidade do mercado de trabalho.

**Objetivo**: não cria estabilidade, nem acaba com a dispensa sem justa causa, mas cria a necessidade de explicar o motivo da dispensa:

*Artigo 4º: Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.*

*Art. 8º - O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante uma organismo neutro.*

**Justificativa**: a despedida sem explicitação do motivo é fator de desequilíbrio das relações contratuais que afeta de maneira mais grave aos trabalhadores (perda do meio de subsistência).

**Argumentos favoráveis à ratificação**: maior perenidade nas relações laborais, maior segurança econômica aos trabalhadores; evita problemas de ordem econômica causados pela precarização das relações trabalhistas e pela alta taxa de rotatividade da mão-de-obra.

**Argumentos contrários**: excesso de burocracia e engessamento das relações contratuais.

**Aspectos gerais**: exige-se uma razão válida para a terminação do contrato de trabalho pelo empregador. Acaba com o direito potestativo de despedir. O empregado deve ser avisado previamente do motivo da rescisão contratual, com direito de defesa. O Judiciário pode determinar a readmissão ou o pagamento de uma indenização adequada.

**Ratificações vigentes**: 34 países, inclusive Espanha, França, Finlândia, Portugal, Austrália e Suécia.

**Brasil**: ratificou em 05.01.95 e denunciou em 20.11.96, deixando de vigorar um ano depois. Questiona-se a validade da denúncia.

**Dispensa Imotivada Versus Dispensa Arbitrária**

**Dispensa imotivada ou arbitrária**: não tem um motivo específico para a dispensa do empregado. Despedida arbitrária é a que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

**Dispensa sem justa causa**: objetiva, por motivos de capacidade, tecnológicos (organização da atividade da empresa), financeiros (receitas e despesas) ou econômicos (custo da produção, inflação, recessão);

**Princípio da Continuidade da Relação de Emprego:** importante na análise da rescisão, porque impera em favor do empregado. Faz presumir que a dispensa é sempre de iniciativa do empregador, e sem justa causa. Implica em atribuir ao empregador o ônus da prova do motivo da rescisão contratual, quando: (a) alega dispensa por justa causa ou (b) afirma que houve iniciativa do empregado em rescindir o contrato de trabalho ou ainda (c) assevera que se tratava de fim de contrato a prazo.

**Parâmetro constitucional**: o inciso I do art. 7º da Constituição Federal: proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Mas a única proteção efetiva que se dispõe, hoje, é a incidência da multa de 40% sobre os depósitos fundiários, em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa. A despedida sem justa causa é predominantemente vista como exercício de poder potestativo do empregador.

**Dispensa Obstativa ou Retaliativa**

**Dispensa obstativa**: destinada a impedir o acesso do empregado a um benefício específico, como a aquisição de estabilidade provisória.

**Dispensa retaliativa**: dispensa visando a vingança do empregador face ao empregado.

**Gênero - dispensa discriminatória**: ambas as modalidades podem ser consideradas como dispensas discriminatórias, aplicando-se o disposto na lei 9.029/95, que não contém relação taxativa de práticas discriminatórias, mas relação exemplificativa. Derivadas de ato exercido com abuso de direito, devem ser declaradas nulas de pleno direito.

**Vedação da Lei 9.029/95**: Discriminar em razão de sexo, raça, origem, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Crime: detenção de um a dois anos e multa.

**Espécies de ilícitos configurados**: (a) ilícito administrativo: multa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador elevado em 50 vezes em caso de reincidência; (b) ilícito trabalhista: obrigação de readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento OU percepção em dobro da remuneração do período de afastamento (opção do empregado).

**Súmula 443 do TST**: DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

**Sugestão para Leitura:** *Despedida abusiva: o direito do trabalho em busca de uma nova racionalidade*. Leonardo Vieira Wandeli, LTr, 2004, 480p. O autor, juiz do trabalho no Paraná, tece considerações sobre a injustiça da despedida sem justo motivo, baseado na teoria do abuso de direito e na banalização da despedida sem justo motivo.

**6. ESTABILIDADE E GARANTIAS PROVISÓRIAS DE EMPREGO:**

**Conceito**: estabilidade é o direito que o empregado tem de continuar no serviço, mesmo contra a vontade do empregador, desde que não exista um motivo objetivo a determinar sua despedida.

**Previsão**: lei, regulamento de empresa, contrato de trabalho, norma coletiva.

**Histórico**: Lei Elói Chaves (4.682/23), que garantiu aos ferroviários a estabilidade depois de dez anos de serviços; estendida depois aos portuários; no período de institucionalização do direito do trabalho, pós-1930, foi ampliada a todos os trabalhadores urbanos (Lei 62/35), sendo estendida aos rurais com a Constituição de 1946.

**Tipos de estabilidade**: definitiva e provisória, também chamada de garantia de emprego. A primeira não tem prazo para acabar; a segunda tem prazo determinado de validade.

**Efeitos**: não impede a iniciativa da ruptura contratual por parte do empregado, mas exige assistência nesse ato, para evitar represálias (art. 500, CLT). Autoriza apenas a rescisão fundamentada por parte do empregador. Se houver despedida irregular haverá determinação de reintegração (com pagamento do passivo) ou, caso inviável (pela extinção do período de garantia ou por incompatibilidade) pagamento de indenização pelo equivalente.

**Perda da estabilidade**: Morte, falta grave e rescisão por iniciativa do empregado, sem justa causa ("pedido de demissão").

**Extinção do estabelecimento e garantias provisórias de emprego**: tendência da jurisprudência em determinar a indenização, pelo equivalente, e de forma simples, até o fim do período de estabilidade, com exceção do cipeiro, que pode ser demitido por motivo econômico ou financeiro.

**Estabilidades (definitivas):**

**1. Estabilidade por tempo de serviço do empregado celetista:**

**Critérios:** prevista na CLT, nos arts. 492 a 500, atinge os empregados com 10 anos de serviço, que só poderiam ser demitidos se praticassem falta grave apurada em inquérito judicial (art. 494 da CLT) ou em caso de força maior comprovada. A jurisprudência vedava a dispensa a partir do 9º ano, porque seria obstativa do direito de se adquirir a estabilidade.

**Excluídos do direito**: empregado doméstico; empregado ocupante de cargo de confiança (art. 499 da CLT); empregados que trabalhavam em consultórios ou escritórios de profissionais liberais (art. 507 da CLT).

**Mitigação progressiva**: o instituto mitigado com o FGTS (Lei 5.107/66) e definitivamente sepultado com a CF/88, ressalvado direito adquirido.

**Inquérito judicial**: proposto com ou sem suspensão do empregado; em caso de suspensão, prazo decadencial de 30 dias para ajuizamento.

**2. Servidor Público**

**Protegidos**: servidor público estatutário aprovado em concurso público após 3 anos de efetivo exercício e aprovação no estágio probatório (art. 41, CF). Na época da promulgação da CF foram exigidos dois anos. Também são estáveis os servidores admitidos sem concurso que à época da promulgação da CF estavam no cargo (efetivo) há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 do ADCT). Voltado aos servidores da administração direta, autárquica e fundacional.

**Perda do cargo**: sentença judicial transitada em julgado; processo administrativo com ampla defesa; deficiência em avaliação de desempenho.

**Servidor público celetista**: também é estável o servidor público regido pelo sistema da CLT, quando este é o regime jurídico adotado pela pessoa de direito público contratante. Existe controvérsia doutrinária, entretanto.

**Caso especial dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista**: não são detentores de cargos públicos, nem servidores públicos. Pela jurisprudência majoritária, não gozam de estabilidade ou proteção diferenciada contra a despedida arbitrária. São tratados como empregados comuns, celetistas, ainda que submetidos a prévio concurso público para admissão. Exceção: Correios.

**3. Advinda de ato empresarial**

Possível, desde que:

a) em se tratando de entidade estatal não decorre meramente de decisão de diretoria: **Súmula 355 do TST: CONAB. ESTABILIDADE. AVISO DIREH Nº 2 DE 12.12.1984.** O aviso DIREH nº 2, de 12.12.1984, que concedia estabilidade aos empregados da CONAB, não tem eficácia, porque não aprovado pelo Ministério ao qual a empresa se subordina.

b) inviável em sindicatos e partidos políticos, que tem natureza essencialmente mutável de direcionamento.

**Garantias provisórias de emprego:**

**1. Dirigente Sindical**

**Fundamentos:** Convenção 98 da OIT (1949). Art. 543, CLT. Art. 8º, inciso III, Constituição Federal.

**Objetivos:** Manutenção no emprego e no mesmo local (base territorial). Evitar represálias à atuação em defesa dos direitos dos trabalhadores.

**Condição:** comunicação do registro da candidatura e do resultado da eleição Súmula 369, I, TST.

**Alvo:** Titulares e suplentes eleitos. Tese dos sete (Súmula 369, II, TST). Questão controvertida.

**Excluídos:** Conselho consultivo ou fiscal e delegados (não são cargos de direção e/ou não são eleitos).

**Categoria profissional diferenciada:** só tem estabilidade se ocupar aquela categoria junto do empregador (Súmula 369, III, TST).

**Dirigente sindical destituído:** perde a garantia de emprego.

**Empregado eleito para dirigente sindical patronal:** também teria estabilidade, segundo decisão do STF.

**Extinção da empresa na base territorial**:fim da estabilidade (Súmula 369, IV, TST).

**Registro da candidatura no período de aviso prévio:** não assegura a estabilidade (Súmula 369, V, TST). Godinho discorda, porque uma chapa não se forma em poucos dias e não tem como ser feito escondido do empregador, em razão do próprio caráter democrático do sistema.

**Demissão**: exige inquérito judicial (Súmula 379 do TST).

**2. Integrante eleito da CIPA**

**Fundamento legal**: art. 165 da CLT; art. 10, II, a, da CF. O art. 165 da CLT: veda a dispensa arbitrária, a que não se fundar em motivo técnico, econômico, financeiro ou disciplinar.

**Objetivo**: evitar represálias

**Alvo**: empregados eleitos para cargo de direção, titulares ou suplentes.

**Prazo**: desde o registro da candidatura até, se eleito, um ano após o término do mandato.

**Mandato**: um ano, permitida uma reeleição.

**Extinção do estabelecimento**: conforme a Súmula 339, II, TST, atinge a estabilidade.

**3. Empregada Gestante**

**Previsão**: Art. 10, II, b, ADCT/CF.

**Extensão**: vedada a dispensa da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Norma coletiva pode elastecer esse prazo.

**Mãe adotante**: não tem previsão legal. Aplicação por analogia da Constituição Federal. Existe uma PEC em tramitação (Proposta de Emenda à Constituição 146/12), que estende a estabilidade provisória no emprego à mãe que adotar. Pela proposta a adotante não poderá perder o emprego, por dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos cinco meses subsequentes à adoção ou à obtenção da guarda judicial para fins de adoção.

**Objetivos**: evitar dispensa discriminatória; proteção aos direitos do nascituro; dificuldade de conseguir nova colocação.

**Confirmação da gravidez**: teoria subjetiva (comunicação ao empregador); teoria objetiva (existência da gravidez). Prevalece teoria objetiva (Súmula 244, I, TST).

**Questão controvertida**: cláusula de instrumento coletivo que estabeleça prazo, após a rescisão, para que a empregada comunique a gravidez.

**Efeitos do aviso prévio indenizado**: Súmula 244, III, TST: A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

**Decisão depois de transcorrido período da estabilidade**: indenização equivalente (Súmula 244, II, TST).

**Gestante empregada doméstica**: art. 4-A, Lei 5.859/72, redação da Lei 11.324/06: veda a dispensa desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.

**4. Acidentado no Trabalho**

**Alvo**: trabalhador que sofre acidente de trabalho ou é acometido de doença profissional.

**Fundamento legal**: artigo 118 da Lei 8.213/91; art. 20 da mesma lei.

**Requisitos**: afastamento contínuo superior a quinze dias, para que faça jus ao auxílio doença acidentário. Não são requisitos sequela, redução da capacidade laborativa ou percepção de auxílio-acidente.

**Prazo**: doze meses a contar da alta médica.

**Reabertura de CAT**: conta-se a partir da alta médica efetiva. Se reaberta a CAT com afastamento superior a 15 dias, haverá novo início de prazo de estabilidade.

**Jurisprudência**: Súmula 378, TST: **ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991.** I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

**Trabalhador doente que retorna ao trabalho**: (a) doença extralaboral: não impede o empregador de demitir, desde que o empregado esteja apto ao trabalho; (b) ocorrência de doença laboral: não impede a dispensa, no retorno, se o empregado não houver adquirido estabilidade, e se estiver apto ao trabalho em geral; (c) demissão no retorno de afastamento prolongado: não é impossível, mas pode caracterizar despedida obstativa, conforme as circunstâncias.

**5. Integrantes de Conselhos Curadores do FGTS e do INSS**

**Alvo**: representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes.

**Prazo**: da nomeação até um ano após o término do mandato.

**Mandato**: dois anos, autorizada uma única imediata recondução.

**Fundamento legal**: Lei 8.213/91, art. 3º, §7º; Decreto 30.048/99, art. 295, 301; Lei 8.036/90, art. 3º, §9º.

**6. Trabalhadores reabilitados ou deficientes**

**Situação**: não gozam de estabilidade, mas contam com uma garantia especial de não serem dispensados sem que seja contratado outro na mesma condição, até que a empresa conte com o número mínimo previsto em lei de 100 empregados. O percentual varia de 2 a 5%. Lei 8.213/91, art. 93.

**7. Diretor de Sociedade Cooperativa**

**Alvo**: empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas criadas por empregados. Não abrange suplentes ou integrantes do conselho fiscal (OJ 253).

**Requisito**: que a cooperativa informe ao empregador a candidatura e a eleição.

**Prazo**: mesmo concedido ao dirigente sindical, mesmas prerrogativas.

**Mandato**: a ser definido no estatuto, não superior a 4 anos.

**Fundamento legal**: art. 55 da Lei 5.764/71, p. 433.

**8. Empregado eleito para integrar comissão de conciliação prévia**

**Alvo**: empregados eleitos para compor a CCP estabelecida no âmbito empresarial, como representantes dos empregados. Titulares e suplentes.

**Requisito**: eleição para ser representante dos empregados.

**Prazo**: até um ano após o final do mandato.

**Mandato**: um ano, permitida uma recondução.

**Fundamento legal**: § 1º do art. 625-B da CLT.

**Curiosidades:**

**1. O PL 3035/2008**

Acrescentaria dispositivo à CLT inibindo a demissão do trabalhador que estiver retornando de férias ou de afastamento do trabalho por 30 dias ou mais, para tratamento de saúde ou por licença maternidade. Concederia estabilidade de três meses após o retorno, sendo que o demitido sem justa causa nesse período receberia multa rescisória do FGTS em dobro.

Motivação: é comum a demissão após voltar de férias ou de licença, o que o apanha de surpresa e em momento de fragilidade.

No início da nova legislatura o projeto foi arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados:

*Art. 105.**Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:*

*I – com pareceres favoráveis de todas as Comissões;*

*II – já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;*

*III – que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;*

*IV – de iniciativa popular;*

*V – de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.*

*Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.*

**2. Os Precedentes Normativos da SDC**

**PN-77 EMPREGADO TRANSFERIDO. GARANTIA DE EMPREGO.** Assegura-se ao empregado transferido, na forma do art. 469 da CLT, a garantia de emprego por 1 (um) ano após a data da transferência.

**PN-82 DISSÍDIO COLETIVO. GARANTIA DE SALÁRIOS E CONSECTÁRIOS.** Defere-se a garantia de salários e consectários ao empregado despedido sem justa causa, desde a data do julgamento do dissídio coletivo até 90 dias após a publicação do acórdão, limitado o período total a 120 dias.

**PN-85 GARANTIA DE EMPREGO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA.** Defere-se a garantia de emprego, durante os 12 meses que antecedem a data em que o empregado adquire direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo menos 5 anos. Adquirido o direito, extingue-se a garantia.

**PN-86 REPRESENTANTES DOS TRABALHADORES. ESTABILIDADE NO EMPREGO.** Nas empresas com mais de 200 empregados é assegurada a eleição direta de um representante, com as garantias do art. 543, e seus parágrafos, da CLT.