

DOCTRINA

A QUALIFICAÇÃO DO EMPREGADO E SUA ALTERAÇÃO

Ana Izabel Ferrelra Bertoldi Juliano
Advogada

Sumário: I — Introdução; II — Objetos do Contrato de Trabalho; III — Determinação dos serviços contratados e a qualificação do empregado; IV — Alteração da qualificação contratual do empregado: 1. Promoção; 2. Retrocesso; 3. Transferência de funções; V — Conclusões.

I — Não há como negar-se o dinamismo inerente do contrato de trabalho. Este, por si só, evolui quando de sua execução, e, conseqüentemente, altera-se. Quer por sua própria natureza, quer pela manifestação de vontade das partes contratantes, obedecendo, sob pena de nulidade, as disposições e permissivos legais.

A disciplina legal é minuciosa no que tange à alteração quantitativa do contrato de trabalho, em especial, em seus reflexos remuneratórios.

Frente a essa realidade, voltamos nossos estudos e a elaboração do presente tema para a **qualificação** do empregado e sua alteração, durante a vigência da relação contratual, pois, a **indeterminação dos serviços contratados** decorre do nosso próprio direito positivo.

Fixamos nosso trabalho, apenas e tão somente, na análise qualitativa dos trabalhos prestados pelo empregado e suas alterações, uma vez que a matéria não tem merecido maiores preocupações por parte do legislador e da doutrina pátria, ao contrário do que se verifica principalmente, no Direito Italiano, onde o assunto mereceu maior desenvolvimento.

II — A celebração do contrato de trabalho enseja o nascimento de uma relação jurídica, de um vínculo entre as partes contratantes, gerando direitos e obrigações recíprocas.

No contrato de trabalho, uma das partes presta serviços à outra, em troca de uma remuneração.

Vale dizer que, enquanto o objeto do empregador é a utilização do trabalho do empregado, este, por sua vez, objetiva o recebimento de remuneração certa pelos serviços àquele prestados.

Surde evidente, desta forma, os objetos do contrato de trabalho: para o empregado, o **salário** e, para o empregador, a **realização do trabalho contratado**.

Oportuno é destacar-se, pois, que dessa correlação surgem **duas obrigações principais**, quais sejam: a obrigação do empregado em prestar serviços ao empregador e a este, a obrigação de remunerá-lo pelos trabalhos prestados.

Entretanto, a evolução do Direito do Trabalho integrou, ao lado dessas duas obrigações primordiais, obrigações acessórias que adquirem importância conforme a modalidade do contrato estipulado entre as partes e diante de sua execução, nos casos concretos, v. g., o dever do empregado em cumprir o regulamento da empresa, a obrigação por parte do empregador em fornecer condições necessárias para a execução dos trabalhos. (Dispensamo-nos, com a devida vênia, em tecer considerações acerca destas obrigações, por não constituírem objeto do presente trabalho).

Ao contrário do que ocorre com a remuneração que recebeu, por parte do legislador e doutrinadores pátrios, uma rígida disciplina e minuciosos estudos, a **obrigação de prestar trabalho** resta à margem de maiores preocupações ou considerações.

Realmente. Nossa legislação permite, quanto à prestação dos serviços — que corresponde à principal obrigação do empregado — uma **indeterminação dos trabalhos contratados**, como bem ressalta **José Martins Catharino** (1), em decorrência, inequívoca, do mandamento trazido pelo parágrafo único do art. 456 consolidado, *in verbis*:

“A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço **compatível com sua condição pessoal**” (grifamos).

Esta norma legal consubstancia o disposto pelo art. 1224 do nosso Código Civil e, via de regra, é repetido em legislações estrangeiras, as quais, em sua grande maioria, não determinam a natureza específica da prestação de serviços (2).

Tal indiscriminação, como acentua o já citado mestre balano, vem a colocar, quase que sempre, o empregado fora da proteção prevista

(1) “Contrato de emprego”, pág. 115.

(2) Por exemplo, as legislações de Portugal e da Venezuela repetem, praticamente, a regra contida no art. 456 da CLT.

pelo artigo 468 da CLT, uma vez que, **não possuindo o trabalhador uma qualificação determinada**, clara está a impossibilidade de alterar-se o que não existe.

Com efeito, se o empregado, ao contratar, não individualiza, integralmente, os serviços aos quais se obrigará a prestar, indubitavelmente, submeter-se-á, exclusivamente, ao critério do empregador na fixação qualitativa de seus trabalhos.

E, como a prestação laboral compreende atos de execução, operações e incumbências para as quais o trabalhador foi admitido, somente haverá um verdadeiro equilíbrio entre as partes contraentes, a sua **exata** determinação, limitando, via de consequência, arbitrariedade em sua exigência e recusas infundadas na prestação dos serviços estipulados, o que, como lembra **Nélio Reis** (3), é, antes de tudo, uma forma de evitar-se litígios futuros.

Pelas razões até aqui expostas, nossa melhor doutrina manifesta-se pela necessidade imperiosa em determinar-se a natureza qualitativa dos serviços contratados. Esta ganha relevo, principalmente, por dois grandes problemas: o da alteração qualitativa do contrato de trabalho e o da aplicação do princípio da isonomia salarial.

III — Consoantes os termos do artigo 444 de nossa Legislação Obleira as cláusulas do contrato individual de trabalho podem ser objeto de livre estipulação entre as partes, desde que respeitadas as "disposições de proteção ao trabalho", os "contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis" e "as decisões das autoridades competentes".

Como já vimos anteriormente, não existe em nosso direito positivo qualquer mandamento que obrigue a determinação da natureza qualitativa dos serviços contratados.

Todavia, essa indeterminação fica limitada à compatibilidade com a "condição pessoal" do trabalhador, à qual se refere o parágrafo único do artigo 456 consolidado.

Assim, interessa-nos mais de perto determinar o que seja "condição pessoal" do empregado, uma vez que, por ser a expressão muito ampla, tem merecido as mais diversas interpretações por parte dos doutrinadores.

Qualificação do Trabalhador

A regra do artigo 456 da CLT, como já assinalamos anteriormente, repete aquela contida no artigo 1.224 do Código Civil.

(3) "Alteração do Contrato de Trabalho", pág. 97.

Da comparação dos referidos dispositivos legais, **José Martins Catharino** (4) conclui que a locução "qualquer serviço compatível com sua condição pessoal", corresponde a "todo e qualquer serviço compatível com suas forças e condições", da lei civil.

Assenta o renomado mestre "as restrições relativas à execução de serviços indiscriminados ou difusos são, geralmente, de natureza física (ex., art. 181), algumas especiais e oriundas de normas de proteção às mulheres e aos menores (ex., arts. 387, 390, 413, etc.), mas, podem também ser inspirados em motivos morais" (5).

Data venia, esta não nos parece ser a melhor interpretação, mesmo porque o dispositivo contido no Código Civil não reflete as atuais tendências e evolução do Direito de Trabalho que, cada dia mais, destaca a figura do trabalhador e cujo conteúdo vem influenciando nas alterações sofridas pelo próprio Direito Civil (6).

Melhor nos afigura a interpretação feita pela doutrina dominante, entendendo como "condição pessoal" — em que pese a infelicidade da locução — a **qualificação do empregado** ou consoante a dominante doutrina italiana, a **qualificação profissional**, sendo esta fixada por convenções coletivas de trabalho, considerando as funções exercidas pelo empregado e não o título por este possuído, determinando as escalas de salários. Assim, as relações trabalhistas subsumem-se à qualificação profissional (7).

O que seria, então, qualificação do trabalhador?

Oriando Gomes e Elson Gottschalk consideram que "a qualificação será o reconhecimento no contrato de admissão ao emprego de uma dada aptidão do empregado, que produzirá o efeito de lhe conferir um tratamento hierárquico correlato à qualificação convencional" (8).

Lembram os referidos mestres que, por mínima que seja, ainda que insignificante sua posição na empresa, todo empregado possui um **status** que determinará, em maior ou menor grau, a qualidade dos serviços a serem prestados.

Isto porque, como bem acentua **Néllo Reis**, diante da "multiplicidade dos processos de atividades pelas quais a empresa realiza seus fins e, em face da moderna concepção da divisão do trabalho",

(4) Ob. cit., pág. 115.

(5) Ob. cit., pág. 115/116.

(6) "Cômpendio de Direito do Trabalho", C.A. Barata Silva, pág. 132.

(7) "Curso de Direito do Trabalho", Vol. I, **Oriando Gomes e Elson Gottschalk**, pág. 482.

(8) Ob. cit., pág. 309.

estabelece-se "como certo o princípio de que, ao contratar o trabalhador, o empregador não visa uma genérica atividade laboral e sim uma prestação mais ou menos específica em função das várias formas de atividades necessárias à vida econômica dos seus negócios" (9).

A doutrina italiana que, sem quaisquer sombras de dúvidas, foi a que melhor desenvolveu a matéria, concebendo a **qualificação** como a posição que é atribuída ao empregado dentro da organização da empresa.

Distinguem na qualificação profissional uma fase **pré-contratual** na qual reúnem-se os elementos pessoais do empregado, tais como a formação profissional, habilitação e a **qualificação contratual**, decorrente das condições fixadas pelo contrato e que podem ou não coincidir com a primeira.

Santoro-Passarelli prefere as denominações de **qualificação potencial** e **qualificação atual**, lembrando, oportunamente, que a primeira seria condição permanente e a segunda, temporária, derivada do contrato de trabalho (10).

Riva Sanseverino, por sua vez, enfatiza que "a qualificação é e permanece condicionada à incumbência de fato designadas ao trabalhador e por ele cumpridas, de modo que o chamado direito à qualificação traduz-se numa série de posições passivas e ativas e, em particular, no direito ao tratamento econômico e normativo objetivo e subjetivamente obrigatório, inerentes às incumbências efetivas e prevalentes das quais o trabalhador é titular" (11).

Entre nós, seguindo a escola italiana, **Néllo Reis** prefere utilizar-se da denominação **qualificação contratual**, por entender, que deverá, sempre, o contrato fixar esta condição.

Não há, pois, como refutar-se a verdadeira necessidade, indispensável e imperiosa, de atender-se à qualificação do empregado, uma vez que será ela fator determinante, no curso da execução contratual, dos limites e da natureza das obrigações.

Nesse diapasão, a doutrina é assente e demonstra, sob vários aspectos, a importância, inegável que merece e possui o elemento **essencial** do contrato de trabalho: a **qualificação**.

(9) Ob. cit., pág. 97.

(10) "Legislazione del Lavoro", pág. 30.

(11) "Curso de Direito do Trabalho", pág. 182.

IV — Ao contratar, via de regra, o empregador objetiva **determinados** serviços.

Dessa forma, ainda que não estipulada no contrato a qualificação profissional do trabalhador, como bem asseveram **Orlando Gomes** e **Elson Gottschalk**, "juridicamente haverá sempre um **status** com certa permanência, conferindo à personalidades particulares caracteres diferenciais e investindo o sujeito de uma série de direitos e obrigações regulados por uma autônoma e orgânica disciplina jurídica, de forma a completar-lhe a personalidade" (12).

Assim, em que pese o fato de nossa legislação permitir a indeterminação qualitativa do trabalho, os doutrinadores são uníssonos em reconhecer que, apenas em raríssimos casos, ela será existente, posto que é elemento essencial — reiteramos — do contrato de trabalho; e, o próprio exercício das funções, quando do ingresso do empregado na empresa, determinará seus limites e contornos.

Disso decorre, inequivocamente, o princípio da inalterabilidade unilateral da qualificação contratual, apontado por todos os autores, a teor do preceituado pelo artigo 468 da CLT.

Tecemos nossos estudos acerca da alteração unilateral, uma vez que a alteração bilateral verificada sem quaisquer prejuízos para o empregado não nos interessarão no desenvolvimento do presente tema.

Ainda que fixado o princípio da inalterabilidade das condições do contrato de trabalho, no que tange à alteração qualitativa, os autores não a enfrentam com o rigor necessário, admitindo, como o faz **Néllo Reis**, algumas limitações, mais ou menos amplas, conforme as circunstâncias em que se verificarem (13).

Em alguns casos, é a própria lei que permite a alteração unilateral da qualificação do empregado, v. g., ao permitir à mulher grávida mudar de função, desde que seja imprescindível à sua saúde; aos readaptados, em funções condizentes com sua capacidade atual; aos menores, quando por necessidade de saúde, desenvolvimento físico ou moralidade.

Por outro lado, certos casos há em que o empregado poderá, no exercício do chamado **jus variandi** e dentro dos parâmetros traçados pelo artigo 450 consolidado, alterar as funções do empregado, cha-

(12) In ob. cit., pág. 480.

(13) In ob. cit., pág. 147.

mando-o para "ocupar, em comissão, interenidade ou em substituição eventual ou temporária cargo diverso do que exercer na empresa..."

Alguns autores defendem que, neste caso, seria imprescindível a concordância do empregado.

Entendemos, todavia, que, em se tratando de uma alteração provisória, não esbarra com a proibição contida no artigo 478 da CLT que contempla, inquestionavelmente, da **alteração definitiva**.

Desta forma opinamos pela legalidade da referida alteração, desde que, obviamente, esta não seja prejudicial ao trabalhador que, em tais casos, deverá atender ao chamado do empregador.

Três são as formas pelas quais se verificam as alterações definitivas da qualificação do empregado.

1. Promoção.
2. Retrocesso.
3. Transferência de funções.

1. **Promoção.**

Esta, equivale a uma ascensão hierárquica do empregado, nos quadros da empresa, envolvendo alterações quanto à qualificação e quanto aos salários do empregado.

Por alterar os elementos essenciais do conteúdo do contrato de trabalho, grande maioria de nossos doutrinadores defende a necessidade do consentimento do empregado, que poderá aceitá-la ou não.

Argumentam, para tanto, que o trabalhador poderá considerar-se inapto para o exercício das novas funções e que a empresa, por sua vez, poderá usar da promoção como expediente para futura dispensa do empregado fundada na incompetência do mesmo.

Por outro lado, a promoção, ainda que traga, aumento salarial, poderá acarretar inconveniências ao empregado, como, por exemplo, transferência de domicílio, razão por que deverá vir a recusá-la.

Entretanto, como bem pondera **Nélio Reis**, "no caso de promoção para 'categoria da mesma natureza', isto é, aquela 'compreendida no âmbito da mesma qualificação profissional', não caberá recusa do empregado, o que, se ocorrer, segundo **Barassi**, constituirá mesmo falta grave, valendo como justa causa para seu despedimento" (14).

Tal entendimento, **data venia**, reveste-se de rigor excessivo, uma vez que a vontade do empregado deve ser respeitada, a menos que se constate, efetivamente, má-fé ou mero capricho do mesmo, ao recusar a promoção.

(14) In ob. cit., pág. 148.

2. Retrocesso.

Opõe-se à promoção, pois implica em prejuízo para o empregado, pelo que, ainda que por este consentido, não poderá ser admitido, em razão do preceituado pelo art. 468 da CLT.

Nesse diapasão é pacífica a jurisprudência pátria e o entendimento majoritário de nossos doutrinadores (15).

Todavia, **Cesarino Jr.** entende viável o rebaixamento do empregado, desde que não se opere de forma humilhante, pois existem hipóteses em que esta medida seria preferível ao desemprego que poderá advir (16).

Porém, é muito pouco provável, que durante o período de experiência, não possa ter o empregador apurado se a qualificação **pré-contratual** corresponderá ou não à qualificação contratual que se tornará definitiva.

Oportuno é frisar-se que o rebaixamento não se confunde com o retorno do empregado com efeito. Verifica-se o retorno quando o empregado volta a ocupar seu antigo cargo do qual achava-se afastado em exercício de substituição, comissionamento ou cargo de confiança.

Esta hipótese é expressamente permitida por nossa legislação, dentro dos limites por esta traçados, revestindo-se, portanto, de licitude.

3. Transferência de Funções.

Assenta **Cesarino Jr.** que a transferência de funções "é a passagem a um outro serviço, dentro da mesma qualificação profissional, ou a uma qualificação do mesmo grau e mais ou menos afim"(17).

(15) "A empresa que, injustificadamente, retira seu empregado da função específica e especializada de servidor de seu setor de contabilidade, assim agindo por mero capricho, colocando-o numa situação constrangedora e humilhante perante seus colegas, para logo após, em reiteração de uma atitude infringidora do ajuste, deixá-lo sem mesa e qualquer função, pratica, com seu proceder, evidente violação do contrato de trabalho, ensejando, por isso mesmo, a via adequada de sua rescisão indireta, respondendo, em consequência, pelos ônus decorrentes" (TRT 2.º Reg., Ac. 1.º T. — 3.11.70, Proc. 1.734/70, in LTr 35/148). "A qualificação de 'mineiro' é jurídica e implica numa série de trabalhos especializados. E se o trabalho na 'mina' exige maior responsabilidade, conhecimento específico, obviamente, é de natureza superior ao simples trabalho braçal, sendo ilícita a alteração contratual" (TRT 3.º Reg. 2.745/71, 1.º T., 15.2.72, in LTr 37/632).

(16) "Direito Social Brasileiro", Vol. II, pág. 197/198.

(17) In ob. cit., pág. 194.

A transferência de funções ou transferência horizontal não oferece maiores problemas quando ocorre "dentro da mesma qualificação profissional", eis que, neste caso, não há alteração e o ato do empregador é totalmente lícito.

Poderá ocorrer, todavia, casos em que a transferência de funções, ainda que no mesmo nível, obedecendo o mesmo tratamento econômico e hierárquico, resultem em mudança total de qualificação.

Nestas hipóteses, interpretando-se o mandamento contido no artigo 468 da CLT, ainda que incurrir qualquer prejuízo, a ela deverá consentir o empregado, sob pena de nulidade, por envolver elementos essenciais do contrato de trabalho.

Por outro lado, desde que a mudança de qualificação se verifique "no mesmo grau mais ou menos afim" (*sic*, definição retro transcrita), os autores, quer nacionais ou estrangeiros, sustentam a legitimidade do *Jus variandi* do empregador (18).

Com efeito. A empresa, utilizando-se de seu poder de comando e direção e da organização dos serviços a ela prestados, por conveniência de suas próprias finalidades visadas, poderá necessitar do aproveitamento de seus trabalhadores em serviços que lhe serão mais úteis.

A "pedra de toque" que determinará os limites de seu *Jus variandi* será, sempre, a verificação da ocorrência ou não de prejuízos ao empregado, considerando-se principalmente, os prejuízos morais, pois, muitas vezes, a transferência de funções poderá prestar-se a esconder um verdadeiro retrocesso, colbido, inclusive, por lei (19).

V — A qualificação contratual do empregado deve ser determinada e sobretudo, respeitada pelo empregador, que não poderá exigir, senão

(18) Posição perfilhada por Cesarino Jr., Lamarca, Nélio Reis; Jean Vicent (na França); Sanseverino, Barassi, e Greco (na Itália), entre outros.

(19) Por estas razões, nossos Tribunais, diante da análise aos casos concretos, têm decidido, ora pela validade da transferência de funções operada, importando em alteração da qualificação profissional, ora negando a validade do ato empresarial, por entenderem prejudicial ao empregado. Trazemos, a título exemplificativo, os arestos seguintes:

"Não constitui alteração contratual a transferência do empregado para setor de serviço semelhante, não acarretando o fato em prejuízo material ou moral, não cabendo pois, o pedido do reclamante para se conceder a rescisão indireta do contrato" (Ac. TRT, 3.º Reg. 1.ª Turma, Proc. 3.392/73, proferido em 5 8 74, in "Dicionário de Decisões Trabalhistas" — B. Calheiros Bonfim e Silvério dos Santos — Ed. Trabalhistas S/A - 13.ª ed. - 1976 - pág. 517).

"Alteração de atribuições, dentro da mesma função não especializada — de servente, não importam em alteração contratual" (Ac. TRT, 1.ª Reg., 3.ª Turma, Proc. 542/74, in ob. cit., pág. 51).

justificadamente, serviços alheios aos contratados sob pena de incidir na nulidade apregoada pelo artigo 468 da CLT ou, até mesmo, dar causa à rescisão indireta do contrato de trabalho, a teor do preceituado pela alínea a do artigo 483 do mesmo Estatuto.

Todavia, isto não significa a aplicação incisiva do princípio da inalterabilidade unilateral à qualificação do empregado eis que esta, por sua própria natureza tende a, pelo menos, alargar-se, abrangendo incumbências ou tarefas que antes não compreendia.

Ou ainda, mesmo que vantajosa se afigure a alteração procedida pelo empregador, caberá ao empregado anuir ou discordar porque, ninguém melhor do que ele, auferirá as conseqüências que dela poderão advir.

Diante da multiplicidade de formas que poderá tomar referida alteração, o melhor será, diante de cada caso concreto, buscar-se a solução para a indagação apresentada através da averiguação da real qualificação do empregado.