

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

GABRIEL LOPES COUTINHO FILHO

**ACÚMULO DE FUNÇÃO DO EMPREGADO: FUNDAMENTOS PARA UMA
PROPOSIÇÃO DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA**

DOUTORADO EM DIREITO DO TRABALHO

**SÃO PAULO
2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

GABRIEL LOPES COUTINHO FILHO

**ACÚMULO DE FUNÇÃO DO EMPREGADO: FUNDAMENTOS PARA UMA
PROPOSIÇÃO DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA**

DOUTORADO EM DIREITO DO TRABALHO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais (subárea Direito do Trabalho), sob a orientação do professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manus.

SÃO PAULO

2013

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos a reprodução total ou parcial desta Tese de Doutorado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: 20/01/2014

E-mail: juizgabriel@gmail.com

C871

Coutinho Filho, Gabriel Lopes

Acúmulo de função do empregado: fundamentos para uma proposição de alteração legislativa/ Gabriel Lopes Coutinho Filho. – São Paulo: s.n., 2013. 187 p. ; 30 cm.

Referências: 179-183

Orientador: Prof. Dr. Pedro Paulo Teixeira Manus
Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

1. Direito do Trabalho - Brasil
2. Empregados – Acúmulo de Funções – Leis e Legislação - Brasil

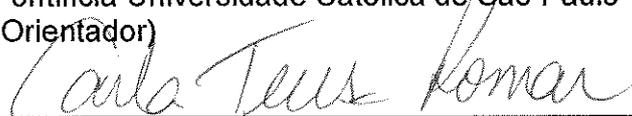
CDD 340

Coutinho Filho, Gabriel Lopes. **Acúmulo de função do empregado: fundamentos para uma proposição de alteração legislativa.** Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

Banca Examinadora



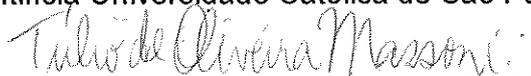
Professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manus
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
(Orientador)



Professora Doutora Carla Tereza Martins Romar
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



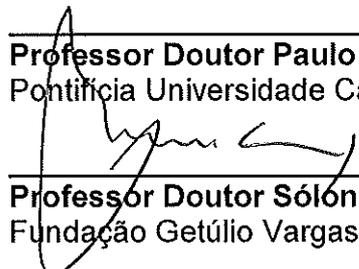
Professora Doutora Suely Ester Gitelman
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



Professor Doutor Túlio de Oliveira Massoni
UNIFESP - Universidade Federal de São Paulo

Professor Doutor Domingos Sávio Zainagui
UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

Professor Doutor Paulo Sérgio João
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



Professor Doutor Sólón Almeida Cunha
Fundação Getúlio Vargas

*“Tudo o que vejo, tudo o que suponho
é só um sonho dentro de um sonho.”*

(Edgar Allan Poe)

“Lembre-se: felicidade é uma viagem, não um destino.”

(Henrique de Sousa Filho, o “Henfil”)

*Entrego este trabalho aos meus,
sentido de todas as minhas viagens e meus sonhos!*

AGRADECIMENTOS

É com muita alegria e carinho que agradeço a todos os professores do Curso de Pós-Graduação, Doutorado, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial a professora Doutora Maria Helena Diniz e o professor Doutor Renato Rua de Almeida.

Ao meu orientador, professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manus, dedico um especial agradecimento pela generosidade com que sempre apoiou minhas caminhadas acadêmicas na pós-graduação, ajudando de forma direta ou indireta no meu aperfeiçoamento intelectual e humano. No doutorado, esse acolhimento foi ainda mais fraterno, pleno de confiança, paciência e riqueza de ensinamentos.

Agradeço aos queridos e sinceros amigos Leonel Maschietto, Gézio Duarte Medrado, Marcelo Freire Gonçalves, Mauro Schiavi, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, Suzana Mesquita Barbosa, Marilene Coccoza Moreira Palma e Sonia Maria Soares, Sonia Maria Lacerda, Olga Vishnevsky Fortes, e ao sempre companheiro José Lucio Munhoz, todos sempre ao meu lado.

Ao Professor Paulo de Barros Carvalho e ao Professor Doutor José Manuel Arruda Alvim, pela confiança depositada em nosso trabalho.

Geralmente, pedimos muito e agradecemos muito pouco. Se acaso neste momento eu deixo de agradecer alguém, saiba que, mesmo em silêncio, eu agradeço sempre, pois todos foram e são muito importantes para mim.

Coutinho Filho, Gabriel Lopes. **Acúmulo de função do empregado: fundamentos para uma proposição de alteração legislativa**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é examinar o fenômeno do acúmulo de função do empregado àquelas originalmente contratadas, segundo o sistema legal brasileiro atual. A intensidade do trabalho no mundo contemporâneo é tema de grande tensão entre empregadores e trabalhadores. O fenômeno examinado, que possui várias facetas, possui grande interesse, pois representa uma alteração da cláusula de objeto do contrato de trabalho. Os métodos produtivos contemporâneos determinam que os trabalhadores possuam habilidades polivalentes. No Brasil, o parágrafo único do art.456, da CLT (CLT), permite que o empregador utilize seu "jus variandi" para alterar a cláusula de objeto do contrato de trabalho. A questão central é que a lei trabalhista brasileira possibilita que o empregador altere livremente o objeto do contrato de trabalho sem qualquer limitação que não ultrapassem as condições pessoais do empregado e desde que não exista um contrato expresso, ou alguma prova da função contratada. A lei, portanto, traz uma presunção desfavorável ao empregado: na prática, é comum a ausência de contrato de trabalho expresso e dificilmente o trabalhador faz prova do objeto contratado, limitando seu "jus resistitiae". O pressuposto deste trabalho é a percepção de prejuízo ao trabalhador em decorrência da lei, fato que contraria muitos princípios do direito do trabalho. São identificadas cinco infrações constitucionais na lei e é feita uma proposta de alteração legislativa para exame. A conclusão de fundo do trabalho é que não há condições de impedir legalmente o fenômeno do "acúmulo de função", exceto por meio de contratos coletivos de trabalho. Todavia, é necessário haver mecanismos legais que protejam o trabalhador, concedendo-lhe uma compensação salarial adequada em face da natural maior complexidade do trabalho que executa.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Alteração do Contrato de Trabalho; Acúmulo de Função.

Coutinho Filho, Gabriel Lopes. **Accumulation of employee function: rationale for proposing legislative change.** Thesis (Doctor of Law). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

ABSTRACT

The objective of this paper is to examine the phenomenon of accumulation of function to those originally contracted employee, according to current Brazilian legal system . The intensity of work in the contemporary world is a subject of great tension between employers and workers. The phenomenon examined , which has several facets , has great interest because it is a content change of object clause of the employment contract . The contemporary production methods require that workers have polyvalent skills. In Brazil, the sole paragraph of art.456 of the Labor Code (CLT) allows the employer to use your "jus variandi" changing the object clause of the employment contract. The central issue is that the Brazilian labor law allows employers freely change the object of the employment contract without any limitation not exceeding the personal conditions of the employees and provided that an express contract, or some proof of contracted function does not exist. The law, however, provides an unfavorable presumption the employee: in practice, it is common the absence of express employment contract and the employee is hardly proof of the contractual object, limiting its "resistentia jus". The assumption behind this work is the perception of injury to the worker due to the law, which contradicts many principles of labor law. Five constitutional violations are identified in law and is made a proposal for legislative change to examination. The completion of background work is that no legally able to prevent the phenomenon of "accumulation of function", except through collective bargaining agreements. However, it is necessary to have legal mechanisms that protect the worker, giving him a proper wage compensation in the face of natural increased complexity of the work it performs.

Keywords: Labor Law; Amendment of Employment Contract; Accumulation Function.

Coutinho Filho, Gabriel Lopes. **La acumulación de la función del empleado : fundamentos para proponer cambios legislativos**. Tesis (Doctorado en Derecho). Pontificia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es examinar el fenómeno de la acumulación de la función de los empleados a las contratadas originalmente, de acuerdo con el actual ordenamiento jurídico brasileño. La intensidad del trabajo en el mundo contemporáneo es un tema de gran tensión entre los empleadores y los trabajadores. El fenómeno examinado, que tiene varias facetas, tiene un gran interés, ya que representa un cambio en la cláusula objeto del contrato de trabajo. Los métodos de producción actuales requieren que los trabajadores tengan habilidades versátiles. En Brasil, el párrafo único del art. 456 del Código de Trabajo (CLT) permite al empleador utilizar su "jus variandi" para modificar la cláusula objeto del contrato de trabajo. La cuestión central es que la legislación laboral brasileña permite a los empleadores que cambien libremente el objeto del contrato de trabajo y sin ningún tipo de limitación no exceda de las condiciones personales de los empleados, y siempre que un contrato expreso o alguna prueba de la función contratada no existe. La ley, sin embargo, proporciona una presunción desfavorable al empleado: en la práctica, es frecuente la ausencia de contrato de trabajo expreso y el empleado rara vez es una prueba de la contratada, lo que limita su "jus resistentia". El supuesto detrás de este trabajo es la percepción de la lesión al trabajador debido a la ley, lo que contradice muchos de los principios del derecho del trabajo. Cinco violaciones constitucionales se identifican en la ley y se hace una propuesta de cambios legislativos para su examen. La finalización de los trabajos de fondo es que ninguna posibilidad legal de evitar el fenómeno de la "función de acumulación", excepto a través de un convenio colectivo. Sin embargo, es necesario contar con mecanismos legales que protegen al trabajador, dándole una compensación salarial adecuada en caso de un aumento de la complejidad natural de la labor que realiza.

Palabras-clave: Ley de Empleo; Modificación del contrato; Acumulación de las funciones de trabajo.

Coutinho Filho, Gabriel Lopes. **Accumulation de la fonction de l'employé : justification de proposer des modifications législatives.** Thèse (Docteur en Droit). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

RESUMÉ

L'objectif de cette étude est d'examiner le phénomène de l'accumulation de la fonction à ceux employés à l'origine contracté, selon le système juridique brésilien actuel. L'intensité du travail dans le monde contemporain est un sujet de grande tension entre les employeurs et les travailleurs. Le phénomène étudié, qui a plusieurs facettes, a un grand intérêt, car il représente un changement dans la clause objet du marché de l'emploi. Les méthodes de production modernes, que les travailleurs ont des compétences polyvalentes. Au Brésil, le seul paragraphe de art.456 du Code du travail (CLT) permet à l'employeur d'utiliser votre "variandi jus" pour modifier la clause d'objet de contrat de travail. La question centrale est que le droit du travail brésilien permet aux employeurs changent librement de l'objet du contrat d'emploi sans aucune limitation ne dépassant pas les conditions personnelles des employés et à condition qu'un contrat exprès, ou une preuve de la fonction contrat n'existe pas. La loi prévoit toutefois une présomption défavorable à l'employé: dans la pratique, il est fréquent que l'absence de contrat de travail explicite et l'employé est rarement preuve de l' contracté, ce qui limite son "jus de resistentia". L'hypothèse derrière ce travail est la perception de la blessure au travailleur en raison de la loi, ce qui contredit de nombreux principes du droit du travail. Cinq violations constitutionnelles sont identifiés dans la loi et est faite une proposition de changement législatif à l'examen. L'achèvement des travaux de fond est que pas légalement en mesure d'empêcher le phénomène de la "fonction d'accumulation", sauf par le biais des conventions collectives. Cependant, il est nécessaire de disposer de mécanismes juridiques qui protègent le travailleur, en lui donnant une compensation salarial e appropriée face à la complexité naturelle accrue du travail qu'il effectue.

Mots-clé: Droit du travail; Modification du contrat; Cumul des fonctions de travail

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 1	09
1.1 Intensidade do Trabalho no Mundo Contemporâneo	09
1.2 Multifuncionalidade e polivalência do trabalhador.....	11
1.3 Princípios do direito do trabalho relevantes para o tema.....	18
CAPÍTULO 2	28
2.1 A mínima formalidade do contrato de trabalho e sua feição documental..	28
2.2 O instrumento sinalagmático e comutativo de obrigações	36
2.3 A cláusula de objeto no contrato de trabalho	43
2.4 Conceitos instrumentais de função e tarefa.....	44
2.5 <i>Jus Variandi e Jus Resistentia</i> . Limites.....	52
2.6 Figuras afins ao acúmulo de função.....	62
2.7 Cargo, função e produtividade.....	69
2.8 Classificação ocupacional.....	75
CAPÍTULO 3	80
3.1 Alteração do contrato de trabalho: exame da doutrina.....	80
3.2 Exame da CLT.....	82
3.3 Exame de profissões regulamentadas.....	83
3.4 Exame da jurisprudência sobre acúmulo de função.....	89
3.5 Análise de alguns instrumentos coletivos.....	92
3.5.1 Jornalistas.....	93
3.5.2 Síndicos e Zeladores.....	93
3.5.3 Trabalhadores em Edifícios e Condomínios.....	94
3.5.4 Conservação e Limpeza.....	95
CAPÍTULO 4	99
4.1 Questões coletivas: aproximação de campo.....	99
CAPÍTULO 5	103
5.1 Aproximação do tema em outros ordenamentos.....	103
CAPÍTULO 6	116
6.1 Argumentos que refutam o direito ao acúmulo de função.....	116

CAPÍTULO 7	128
7.1 Projetos de lei em curso no legislativo brasileiro	128
CAPÍTULO 8	133
8.1 Crítica aos parâmetros “tempo” e “função” no contrato de trabalho.....	133
8.2 Exame da constitucionalidade do parágrafo único do art.456, da CLT.....	135
8.3 Primeira inconstitucionalidade.....	135
8.4 Segunda inconstitucionalidade	149
8.5 Terceira inconstitucionalidade	150
8.6 Quarta inconstitucionalidade	151
8.7 Quinta inconstitucionalidade.....	154
8.8 A prova processual do parágrafo único do art.456, da CLT.....	157
CAPÍTULO 9	161
9.1 Razões necessárias para uma proposição legislativa.....	161
9.2 Fundamentos adicionais para o debate de uma alteração legislativa sobre o acúmulo de função.....	165
9.3 Proposição legislativa.....	171
9.4 Proposta de nova redação do atual parágrafo único do art. 456 da CLT...	172
9.5 Proposta de acréscimo de um novo parágrafo (§2º).....	173
9.6 Proposta de acréscimo de um novo parágrafo (§3º).....	173
9.7 Proposta de acréscimo de um novo parágrafo (§4º).....	175
9.8 Proposta de acréscimo de um novo parágrafo (§5º).....	176
CONCLUSÃO	177
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179
ANEXO	184

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo examinar o fenômeno do “acúmulo de função” no mundo do trabalho contemporâneo brasileiro, verificar suas circunstâncias e seus impactos, bem como apresentar uma colaboração para a reflexão e a construção de respostas às questões que surgem desse tema.

A execução do contrato de trabalho é fonte de diversos e conhecidos conflitos entre trabalhadores e empregadores. A alteração da função exercida pelo empregado tem tomado dimensão visível no quadro atual de relações de emprego e surge com importantes questionamentos jurídicos.

Desde logo esclarecemos que a alteração do contrato de trabalho quanto ao seu objeto, designado como “função”, pode ser feita pela modificação parcial ou total daquelas originalmente contratadas ou ainda pelo acréscimo de novas funções não previstas. As alterações típicas de função do empregado já são conhecidas e algumas contam com previsão legal de regulação.

A alteração total das funções originais contratadas ao empregado também é conhecida como um “desvio de função”, compreendendo os institutos da equiparação salarial por isonomia e por identidade. Para esse fenômeno específico, os trabalhadores já contam com alguns instrumentos legais de proteção.

O fenômeno do “acúmulo de função” se caracteriza pela alteração unilateral, determinada pelo empregador, para que o empregado realize função diferente da originalmente contratada. Para esse fenômeno, nosso ordenamento jurídico brasileiro não fornece uma base normativa compatível com a importância que lhe é devida no mundo moderno, em razão dos diversos aspectos que iremos examinar.

A partir de nossas observações, há fortes indícios de lesões de direito aos trabalhadores envolvendo o tema e que se avolumam cada vez mais.

O mundo capitalista contemporâneo, tomado pelo impacto tecnológico na produção e nas comunicações, apresenta inúmeras possibilidades de modificação do perfil de funções e tarefas do trabalhador comparadas às originalmente fixadas no contrato de trabalho. Essas modificações geram conflitos especialmente porque não há uma contraprestação equivalente que seja entendida como razoável pelo empregado.

Podemos observar, a título de reflexo das tensões que o tema origina, que apesar de não haver estatísticas confiáveis, é visível o volume de ações judiciais sobre o “acúmulo de função”, fato que já justifica seu exame mais apurado e o encaminhamento de uma solução razoável, jamais de afastando dos fundamentos do direito do trabalho e de sua importância como direito fundamental erigido constitucionalmente.

Nesse sentido, Pedro Paulo Teixeira Manus enunciou, já em 1989, que “uma vez vigente a nova Constituição, que introduz novos direitos ao trabalhador, adéqua-se a legislação ordinária à nova situação”¹. No entanto, não é o que se verifica atualmente, dado que o legislador ordinário não tem se debruçado mais detidamente sobre o tema.

A regra geral contida nos contratos de trabalho, por força do art. 468, da CLT, é a de que “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente”.

Todavia, a regra do parágrafo único do art. 456, da CLT,² admite que a conduta do empregador proceda a alterações no objeto do contrato de trabalho sem qualquer alteração salarial. E as repercussões, em regra, também são prejudiciais para o trabalhador, atingindo seu patrimônio econômico e moral.

¹MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho na Nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 1998, p.14.

²CLT, Art. 456. Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

A tensão percebida no cotidiano do foro trabalhista, relativa ao fenômeno do “acúmulo de função”, mostra que as demandas em torno do tema são mais que meras manifestações casuísticas ou sazonais, fazendo com que os operadores jurídicos intuem importantes questões envolvendo os argumentos que fundamentam e justificam nosso tema e inquietação.

Há uma ausência normativa sobre o tema “acúmulo de função”, tema ligado diretamente à alteração do conteúdo do contrato de trabalho, que tem repercussão direta em parcela que reputamos significativa das relações de emprego na atualidade.

O ambiente laboral brasileiro enfrenta diversas questões importantes³, grande parte delas ligadas à relação de “custo do trabalho”, na ótica do empregador⁴. Um dos principais problemas que decorre desse “custo” é apontado como sendo a informalidade com que a relação de emprego se estabelece; e essa informalidade é vista como estratégia de fraude aos direitos trabalhistas⁵, não se restringindo à ausência de um contrato de trabalho formal, mas ampliada a inúmeras situações em que o registro fidedigno de informações relativas ao contrato é desprestigiado em prejuízo do trabalhador.

Acreditamos que um dos casos mais notórios de desprestígio documental fidedigno é o controle de jornada, demonstrada pela denúncia cotidiana e marcante no rol de pedidos em ações judiciais que o impugnam como controle real e efetivo de jornada⁶. As autoridades procuram dar conta desse problema e recentemente

³ Entendemos que é desnecessário justificar, no contexto deste trabalho, a importância de temas trabalhistas notórios como terceirização, flexibilidade, desregulamentação, precarização etc.

⁴PASTORE, José. **Trabalhar Custa Caro**. São Paulo: Ltr, 2007. Sobre esse tema ver: SOUZA, André Portela e outros. **Custo do Trabalho no Brasil. Proposta de uma nova metodologia de mensuração**, Relatório Final de Maio/2012, estudo realizado por André Portela Souza et al. Disponível em: <<http://bit.ly/1dmp113>> Acesso em: 01 jun. 2013.

⁵SILVA, Jorge Luiz Teles da, et al. **Informalidade no Mercado de Trabalho Brasileiro e Políticas Públicas de Governo**, publicado no Observatório do Mercado de Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego do Ministério do Trabalho e Emprego. Outubro de 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/1j051nm>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

⁶ “[...] a Portaria [nº 1.510, de 21 de agosto de 2009] representa um inegável avanço na regulamentação dos controles de ponto eletrônico, conferindo segurança e confiabilidade aos registros feitos sob tais sistemas em benefício de empregados e empregadores [...]” in Senado Federal. Emenda no. 1 – Plenário, ao PDS no. 593, de 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95808&tp=1>>. Acesso em: 12 jul. 2012.

determinaram introduções tecnológicas⁷ com traço fortemente documental, cujos resultados ainda são aguardados.

Desnecessário indicar o elenco de documentos que usualmente são alegados como fraudados pelos trabalhadores, e todos esses questionamentos têm sido solucionados pelo judiciário trabalhista, mediante a aplicação do princípio da primazia da realidade⁸.

A característica típica da relação laboral fundada na realidade, ainda que não exclusiva desse ramo do direito, ao nosso sentir, colabora, em alguma medida, para impedir um caminho de maior amadurecimento de relações laborais, que repercutem de modo prejudicial no plano social. Afinal, e sem adentrar no mérito da questão, é comum observar o empregador trabalhista acomodado com o descumprimento de obrigações laborais, além de também ser corriqueiro perceber que o trabalhador não é reparado em suas lesões de direitos por falta de provas. Pelo mesmo motivo, também os empregadores, geralmente os menores, podem pagar judicialmente pelo que não devem. E nesse sentido, as situações são socialmente injustas.

Pedro Romano Martinez⁹ esclarece que o contrato de trabalho, como negócio jurídico, não está sujeito a qualquer formalidade. No entanto, prossegue o autor, "forma não se identifica com formalidade" e "a forma do negócio jurídico é a maneira com que ele se exterioriza, nas respectivas declarações de vontade, enquanto que as formalidades, que podem ser exteriores ao próprio negócio jurídico, servem apenas para o complementar".

⁷O Ministério do Trabalho e Emprego regulamentou o Sistema de Registro Eletrônico de Ponto (SREP) disciplinado pela Portaria nº 1.510, de 21 de agosto de 2009. A data limite de aplicação obrigatória do sistema já foi objeto de diversas redesignações de prazo. SILVA, Jorge Luiz Teles da et al. **A Informalidade no Mercado de Trabalho Brasileiro e as Políticas Públicas do Governo Federal**. In: Observatório do Mercado de Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Brasília: MTE, Out. 2002. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BABBAC51731E4/Informalidade2.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

⁸Assevera o autor: "O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos". RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 167.

⁹MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 413.

O desenvolvimento social não se afasta da necessidade de formalizações. Portanto, uma maior civilidade nas relações de emprego, aqui entendida como uma mediação entre o interesse máximo social e a prática dos atores sociais envolvidos, sem prejuízo de todas as inteligências já construídas em torno do campo jurídico laboral, pode ser dada pela noção de registros documentais, e que tenham por função a proteção do contrato, em especial do empregado.¹⁰

Como veremos mais adiante, o parágrafo único do art. 456, da CLT, centro de atenção de nosso trabalho, ao assentar que “a falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”, permite uma grande desenvoltura na alteração contratual apresentada pelo empregador.

É certo que na relação de emprego, as alterações de função do empregado podem ser feitas por muitas razões, tais como a mudança de atividade da empresa, mudança de endereço do estabelecimento, introduções tecnológicas, adequações organizacionais etc. E muitas dessas mudanças são previstas no ordenamento jurídico¹¹.

Interessa-nos aquelas alterações que são impostas pelo empregador ao empregado que atinjam o objeto da prestação laboral, acrescentando funções novas às contratadas originalmente, e sem motivação relevante, ou seja, fundada somente no interesse de maior aproveitamento da mão de obra do empregado, e sem qualquer alteração da contraprestação salarial minimamente equivalente.

¹⁰ Nota do autor: Uma experiência notável no campo de civilidade das relações de emprego foi a introdução, no ordenamento, dos direitos das empregadas domésticas. A lei impôs aos empregadores domésticos uma nova dinâmica de formalidades essenciais do contrato. Não se está a criticar os resultados sociais da norma. O interesse do argumento é chamar atenção para uma introdução legal que teve notório impacto social, pela sua visualização, pela atenção e pela ação gerada nos agentes interessados.

¹¹ A título de exemplo: irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (CFRB/1988, Art.7º. VI); proteção em face da automação, na forma da lei (CFRB/1988, Art. 7º, XXVII), proteção em face da modificação da estrutura legal ou propriedade da empresa e aos contratos, nos termos do art. 10 e 448, da CLT; regra de vedação de alteração de local de prestação do trabalho nos termos do art. 469, da CLT; autorização implícita de alteração do turno de trabalho, conforme Súmula 265, do TST.

O parágrafo único do art. 456 da CLT ao incorporar em sua redação a expressão “à falta de prova ou inexistindo cláusula contratual expressa”, introduz uma presunção legal dificilmente ultrapassada, pois são raros os contratos de trabalho formalizados, com objeto razoavelmente definido. Por sua vez, a realização de prova, pelo empregado, é sempre precária, especialmente sobre essa condição específica do contrato.

O interesse de maior rigor na documentação do contrato já é observado em empregadores mais profissionais, que também se preocupam em definir perfis mínimos da função ocupacional dos seus empregados, incluindo o indicativo do rol de competências que cada trabalhador deve entregar ao empregador na realização de seus serviços.

O caminho que seguimos para construir uma reflexão sobre o tema “acúmulo de função” alcança uma proposição legislativa que se dedica a tentar modificar a direção da atual situação dos contratos de trabalho.

A relação da questão proposta com outros problemas trabalhistas é decorrente dos aspectos fundamentais da modernidade laboral, especialmente com os fenômenos da intensidade do trabalho¹² e a polivalência que caracteriza o trabalhador em uma sociedade de informação. As repercussões dessa realidade laboral, para além da questão salarial, possuem outras importantes implicações, especialmente quanto à saúde física e mental dos trabalhadores, tema que já é estudado em termos de “exaustão do trabalho” no mundo contemporâneo.¹³

Neste trabalho, a abordagem que faremos do tema levará em consideração os fundamentos do trabalho subordinado e sua relação com os fundamentos econômicos atuais, respeitando a abordagem teórica, principiológica e prática que geralmente as questões dessa natureza suscitam.

¹²Sobre esse tema ver: ROSSO, Sadi Dal. Intensidade e Imaterialidade do Trabalho e da Saúde. *Revista Trabalho, Educação e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 4 n. 1, p. 65-91, 2006.

¹³Sobre esse tema ver: DEJOURS, Christophe. *A Banalização da Injustiça Social*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

Aproveitamos para registrar que utilizamos vários métodos científicos de pesquisa em nosso trabalho, todos relacionados e voltados à função de investigação lógica em busca de respostas tecnicamente consistentes.

Utilizamos precipuamente métodos qualitativos, dado o próprio objeto da análise de nosso estudo. Os principais métodos utilizados foram (i) o histórico: examinando elementos que dessem base estruturante para nossas observações; (ii) o método sociológico: envolvendo o trabalho humano como fato social e suas principais dimensões para o estabelecimento de premissas de trabalho; (iii) o dogmático jurídico: com o qual nos propusemos a realizar uma investigação bibliográfica para uma interpretação a mais abrangente e clara dos principais elementos normativos do nosso ordenamento jurídico, incluindo jurisprudência mais atual e, por fim, (iv) o método comparativo: aproximando-nos de algumas normas, inteligências e soluções normativas estrangeiras.

Nosso trabalho também utilizou o método analítico-sintético, aplicado ao exame de textos jurídicos relacionados e pertinentes ao tema, a partir dos quais foram articuladas várias conclusões necessárias à construção de nosso conhecimento. O método dedutivo foi utilizado, quando necessário, na coleta de conceitos gerais, criando passagens relevantes para o entendimento de proposições indicadas na investigação. E, por último, ao examinar casos concretos e particulares, usamos o método indutivo, necessário à construção de uma proposta abstrata correlacionada aos fundamentos de um projeto de alteração legislativa.

Realizamos um breve levantamento junto a alguns sindicatos de empregados, na busca de informações e mais elementos materiais que colaborassem com a construção de nosso trabalho, contudo, precavidos em estabelecer um procedimento meramente referencial e qualitativo, em razão da ausência de necessidade de outras formas de pesquisa quantitativa.

Utilizamos fontes primárias, notadamente a pesquisa documental disponível. Também nos valem de fontes secundárias de pesquisa, de forma a dar corpo aos passos iniciais do trabalho. Cabe ressaltar que o tema "acúmulo de função" não se apresenta como foco de grande atenção doutrinária no Brasil, e as

poucas e relevantes incursões nesse tormentoso tema colaboraram decisivamente em muitas das conclusões a que chegamos.

Importante ainda esclarecer que o tema permite abordagens e aproximações transversais e multidisciplinares, tal como a administração de empresas e a economia, sempre em cotejo com o escopo jurídico, fato que requer ainda maior cuidado nas avaliações e conclusões.

Realçamos que o presente trabalho está em conformidade com a linha de pesquisa "Efetividade dos direitos de terceira dimensão e tutela da coletividade, dos povos e da humanidade" e o projeto de "Tutela e efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho", do Núcleo de Pesquisa em Direito do Trabalho, do Programa de Estudos Pós-Graduados da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CAPÍTULO 1

1. 1 Intensidade do trabalho no mundo contemporâneo

Os textos doutrinários, de forma geral, contemplam como similares duas categorias de análise laboral, relativas à “intensidade” e à “produtividade” do trabalho no mundo contemporâneo¹⁴. As duas variáveis estão relacionadas a aumentos de produção, porém, decorrem de causas diferentes e sua análise como categorias similares resulta em perda da dimensão jurídica dessas duas situações que consideramos distintas.

O tema produtividade, segundo Manuel Castells, “impulsiona o progresso econômico” e “poucos temas econômicos são mais questionáveis e mais questionados que a produtividade e as fontes da produtividade”.¹⁵ A advertência de Castells nos anima a incursionar no tema de forma ponderada.

Temos por pressuposto que a “produtividade no trabalho” é situação de produção alcançada com a introdução e aproveitamento de recursos administrativos e tecnológicos com vistas à realização em maior quantidade daquilo que é produzido, e que essa produção é feita com alcance de melhor qualidade, menores custos, diminuição de erros, diminuição de retrabalho etc.

Produtividade é uma medida de produção em face dos recursos dessa dada produção e, para nosso pressuposto de trabalho, produtividade é questão essencialmente administrativa, gerencial, mais especificamente de administração científica¹⁶ e toca com rigor nosso tema deste trabalho.

¹⁴Sobre esse tema ver: ROSSO, Sadi Dal. Jornada de Trabalho: Duração e Intensidade. *Revista Ciência e Cultura*. Sociedade Brasileira para Progresso da Ciência, São Paulo, v. 58, n. 4, out/dez, 2006. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252006000400016&script=sci_arttext>. Acesso em: 01 mar. 2012

¹⁵CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, v. 1, p. 122.

¹⁶Sobre esse tema ver capítulo introdutório de: CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria Geral da Administração*. 7. ed. São Paulo: CAMPUS, 2004.

Por outro lado, a "intensidade do trabalho" é questão gerada por um envolvimento do trabalhador em uma dinâmica de estratégia organizacional que utiliza ao máximo suas energias, postas à disposição do empregador, ampliando-as para uma colaboração que pode ultrapassar os limites do próprio objeto do contrato de trabalho.

Se o aumento de produtividade do trabalhador ocorre por introduções tecnológicas, o empregador poupa energias e recursos, resultando em lucros, corolário do próprio benefício. Mas se a "intensidade do trabalho" é alcançada por meio de mecanismos que somente intensifiquem o trabalho, especialmente por meio de estratégias administrativas que modificam o método do trabalho, levando o trabalhador à exaustão por desgaste físico e mental, temos uma situação bem distinta. O aumento da intensidade do trabalho também leva ao resultado lucro, do empregador, com a vantagem de nem sempre necessitar de investimentos mais vultosos.

A intensidade do trabalho, aqui considerada, é questão essencialmente sociológica, notadamente da área de sociologia do trabalho, cuja implicação jurídica é decorrente.

Como já referido não raro as expressões "produtividade" e "intensidade de trabalho" são usadas como sinônimos, pois a intensidade do trabalho, no senso comum, pode abrigar o conceito de "mais do mesmo trabalho" como categoria totalizante, e não a noção de "mais de trabalho diferente", como categoria de classificação distinta.

A utilização máxima do tempo comprado do trabalhador, pelo empregador, como forma de aumento de sua produção, inspiradora da expressão "porosidade do trabalho", em Marx¹⁷, refere-se à diminuição do tempo livre, ou

¹⁷O conceito marxista de "porosidade do trabalho", ligado à intensidade, diz respeito inicialmente à utilização plena da mão de obra pelo critério tempo, ou, segundo a seguinte passagem de Marx: "Mediante o aumento da intensidade do trabalho, pode-se fazer com que um homem gaste em 1 hora tanta força vital como antes, em 2." MARX, Karl. *O Capital*. São Paulo: Abril Cultural, 1996, p. 122 (Coleção Os Economistas). Por sua vez, a intensidade do trabalho é vista por Sadi Dal Rosso como "o investimento das energias das pessoas com o trabalho". Refere-se ao desgaste da pessoa com o

“tempo morto” do empregado, tal como pequenas paradas para o café. Essa noção foi gerada examinando-se o início do capitalismo e as introduções tecnológicas próprias da época, bem diferentes do impacto das tecnologias modernas. É justamente essa limitação conceitual, ou seja, como “fazer mais da mesma coisa”, conhecida desde Marx, que se deseja examinar, verificando situações de trabalho pertinentes à sustentação de nosso tema.

Para a alteração do paradigma da produtividade, cambiando a ideia de “fazer mais do mesmo” para a de “fazer mais de coisas diferentes”, precisamos entender outro conceito moderno relevante, a saber, a multifuncionalidade ou polivalência.

Todos os conceitos vistos até o presente momento serão retomados mais adiante, mas lembramos que nosso momento histórico ainda busca definições mais precisas para cada um deles, fato que não impede, - *antes incentiva* -, nosso prosseguimento.

Uma das faces da ampliação da colaboração do trabalhador, como dito anteriormente, é a ultrapassagem dos limites do objeto do contrato de trabalho que se revela no fenômeno do acúmulo de função, tema central de nosso trabalho, e seus desdobramentos, tal como a multifuncionalidade ou polivalência, posteriormente examinados.

1. 2 Multifuncionalidade e polivalência do trabalhador

O mundo do trabalho na empresa contemporânea submete-se a uma forte racionalização de suas operações, incluindo especialmente aquelas desenvolvidas pelos trabalhadores, já referidas acima, como por exemplo, “choque de administração” ou “gestão científica e profissional”. Seu contexto histórico remete à

introdução da administração científica, no início do século XX, por meio das teorias de Taylor¹⁸, passando pela teoria clássica da administração, de Fayol.

Modelos de administração são fórmulas de gestão que, no capitalismo, fundamentam-se na forte racionalidade de suas atividades, sua principal peculiaridade, como bem descreve Weber¹⁹. Os primeiros modelos de administração eram destinados a uma dimensão de produção fortemente industrial, na qual o trabalho humano era equivalente a um insumo, um recurso. Destaca-se o conhecido modelo "fordista" que introduziu a linha de produção. O modelo de produção sucessor do "fordismo", conhecido como "toyotismo"²⁰, alterou radicalmente a abordagem da produção em linha fordista, pouco flexível, para uma produção celular e sob demanda, muito flexível. Inicialmente, o "toyotismo" foi considerado um novo paradigma, fortemente voltado para a produção fabril, contudo foi precursor de outros modelos, ainda mais modernos, de ferramentas específicas que são aplicáveis a outros tipos de negócios, especialmente no setor terciário, muito conhecido como o setor de serviços.

O contexto da produção na atualidade, impactado pela forte tecnologia em todas as áreas, vai perdendo o foco na manufatura industrial, e é caracterizado por uma sociedade que se encaminha para ser essencialmente de conhecimento e comunicação, explorando uma nova dimensão do trabalhador, dimensão esta típica de uma "sociedade de informação"²¹. O recurso cognitivo do trabalhador, utilizando-se do instrumento de sua participação no gerenciamento da atividade, é sua característica marcante.

¹⁸Frederick Taylor publica seu livro **Princípios da Administração Científica** em 1911 e Jules Henry Fayol, publica o livro **Administration Industrielle et Générale – Prévoyance, Organization, Commandement, Coordination, Controle**, em 1916. Ambos são considerados clássicos da ciência da administração.

¹⁹Segundo Max Weber, "A moderna organização racional das empresas capitalistas não seria possível sem outros dois fatores importantes em seu desenvolvimento: a separação dos negócios da moradia da família (...) e uma contabilidade racional". WEBER, Max. **Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Pioneira, 2000, p.7.

²⁰ Sobre o tema sugerimos a leitura de: PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

²¹ Assim define Oscar Castro Neves: "Por sociedade de informação referimo-nos a uma sociedade em que as principais actividades estão integradas pelas novas tecnologias da informação e comunicação e a informação circula em redes electrónicas. As actividades sociais organizam-se em formatos onde convergem organização, acção e comunicação, ditos "modelos de negócios", funcionando sobre plataformas tecnológicas". NEVES, Oscar Castro. **A Indústria dos Conteúdos**. Gabinete de Estudos Económicos. Documentos de Trabalho, n. 49. Lisboa: Ministério da Economia, 2003, p. 59.

A essa novidade de dimensão cognitiva do trabalho humano, a ciência da moderna administração tem chamado de “construção de competência”, atividade que agrega valor econômico ao negócio, com exigências de qualificação dos trabalhadores para tarefas e funções de novas naturezas, tal como é expresso por Maria Tereza Leme e Afonso Fleury²²:

A noção de competência aparece assim associada a verbos como: saber agir, mobilizar recursos, integrar saberes múltiplos e complexos, saber aprender, saber engajar-se, assumir responsabilidades, ter visão estratégica. Do lado da organização, as competências devem agregar valor econômico para a organização e valor social para o indivíduo.

Portanto, é na linha do desenvolvimento administrativo que a noção de multifuncionalidade ou polivalência deve ser sondada, tomando-se as decisões empresariais racionais que são implementadas com base no interesse da modificação do comportamento dos empregados e voltadas à máxima produtividade.

Há uma histórica e reconhecida cultura de engajamento e cooperação²³ do trabalhador subordinado em seu trabalho, comportamento que intensifica naturalmente a atividade laboral.

Por essa cultura de colaboração, o trabalhador é chamado a dividir responsabilidades para o alcance de potencialidades produtivas da empresa. A rentabilidade dessas atividades é reconhecida pela sociedade e pela própria legislação brasileira atual, por meio da participação dos empregados nos lucros e resultados das empresas, a PLR.

²² FLEURY, Maria Tereza Leme; FLEURY, Afonso. Construindo o Conceito de Competência. **RAC - Revista Contemporânea de Administração** / Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração. Edição Especial. Rio de Janeiro: ANPAD, 2001, p. 187.

²³ Américo Plá Rodrigues, tratando do princípio da participação na empresa, aduz que “É cada vez mais forte a tendência de encarar a empresa como comunidade de produção que inclui o empregador e os trabalhadores. Isso levou primeiro à colaboração e depois à co-gestão em assuntos sociais, trabalhistas e econômicos. Cada um destes planos representa um passo mais avançado no processo e significa um grau maior e mais transcendente de participação”. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 22.

A lei da PLR, Lei nº 10.101/2000, destaca nos seus artigos 1º e 2º²⁴ seu interesse no incentivo do trabalhador à produtividade e à negociação coletiva como forma de devolver o resultado à classe trabalhadora. Talvez fosse melhor usar a expressão "dividir" o resultado, pois as experiências mostram que na participação nos lucros e resultados, feita pelos empregadores, há grandes chances de somente parcela pouco significativa do "resultado" ser efetivamente repassada ao trabalhador^{25 26}.

Do ponto de vista dogmático, a lei que regula o regime de participação em lucros e resultados trata a questão de forma coletiva. Mas, interessa para nosso tema a participação individual do empregado no resultado que ele proporciona à empresa com sua produtividade individual, em razão da mencionada dimensão cognitiva demandada ao trabalhador, que tem impacto individual.

Não âmbito da participação individual do trabalhador nos ganhos de produtividade, pelos quais seja responsável, especialmente porque é ator relevante e motivado na administração moderna, não há qualquer amparo legal que não seja o seu direito de demandar diretamente ao empregador os benefícios que alcança.

Vale aqui lembrar a advertência de Castells, já apresentada, posto de que não há consenso entre os economistas sobre o tema.

²⁴ Lei nº 10.101/2000 Art. 1º. Esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição.

Art. 2º - A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo.

²⁵ Aqui é relevante esclarecer que não se trata especificamente do conceito macroeconômico de produtividade, mas de sua visão microeconômica em especial. No âmbito macroeconômico, o Brasil de pelo menos os últimos dez anos tem amargado índices de baixa produtividade, em comparação ao outros países emergentes. Todavia, no âmbito microeconômico, especialmente no setor industrial e no setor de serviços, os níveis de produtividade ilustram bem os avanços tecnológicos e de sistemas de administração sofisticados.

²⁶ Ainda nesse sentido, Túlio de Oliveira Massoni aduz que: "[...] Em muitos casos, uma fragmentação ou multiplicação dos componentes retributivos, com uma "fantasia de nomes" e uma "selva retributiva", a qual é explicada, em muitos casos, por duas ordens de fatores: a) tentativa de disfarçar genuínos elementos retributivos, seja para fugir de encargos fiscais, seja para permitir supressão futura quando as circunstâncias o exigiam, e b) esforço para individualizar e especificar a prestação a que o trabalhador tem direito, retribuindo ao máximo apenas o resultado útil do trabalho [...]. MASSONI, Túlio. As controvérsias da participação nos lucros e resultados. *Revista Conjur*, mar., 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-14/quais-sao-controversias-participacao-lucros-resultados>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

É possível haver algum reconhecimento da colaboração do empregado em casos nos quais a importância do trabalhador torna-se mais acentuada, e hipótese na qual o empregador retribui de alguma forma, tal como um abono, um prêmio, ou mesmo algum aumento salarial. Isso ocorre na microeconomia, onde os fatores de decisão são muito variados, subjetivos e nem sempre científicos.

Será preciso pesquisar melhor as formas explícitas nas quais a colaboração do empregado gera ganhos de produtividade.

Em linhas gerais, a intensidade do trabalho individual de cada trabalhador, provocada pela aplicação de conhecidas técnicas modernas de gerenciamento racional da atividade produtiva e da introdução tecnológica disponível, de comunicação e de transportes, muda o ambiente econômico, de forma visível e francamente favorável aos resultados de produtividade geral da empresa.

Sendo nosso tema o “acúmulo de função”, observamos desde logo que o ordenamento jurídico trabalhista não indica nenhuma proteção ou reconhecimento do fenômeno em face de seus esperados resultados.

Vejamos, então, algumas formas de alteração do contrato de trabalho pertinentes ao nosso tema e que agregam valor econômico ao empreendimento.

A doutrina, de forma geral,²⁷ assenta que as alterações do contrato de trabalho podem ser (i) subjetivas, relativas às alterações dos sujeitos do contrato de trabalho, ou (ii) objetivas, relativas tanto ao tipo do trabalho prestado, como à organização da empresa. Há outras classificações que, do ponto de vista científico, contribuem menos significativamente para nosso tema, ainda que relevantes para outros objetivos científicos.

Nosso estudo não contempla alterações subjetivas, razão pela qual não prosseguiremos nessa seara.

²⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1101.

A doutrina também é pacífica com relação à aplicação do princípio da inalterabilidade lesiva do contrato de trabalho, que Maurício Godinho Delgado²⁸ estabelece como "diretriz juslaboral", realçando sua importância.

Partindo do pressuposto legal de que as alterações do contrato de trabalho não podem prejudicar o empregado, mesmo que essas alterações ocorram com sua concordância, nos termos do art. 468, da CLT²⁹, há uma certa preocupação normativa no sentido de que esse "prejuízo" se apresenta mais na forma de diminuição de ganhos ou aumento de gastos do trabalhador, ambos de ordem financeira, sejam diretos ou indiretos³⁰.

A análise do problema da alteração contratual, portanto, sempre aponta para o ponto de vista do prejuízo pecuniário. Como veremos mais adiante, esses prejuízos já são bem entendidos pelo direito do trabalho na hipótese de alteração de local de trabalho, ante o disposto expresso na legislação³¹, na doutrina e na jurisprudência trabalhista.

A preocupação com a alteração do local de trabalho é bem compreendida para uma sociedade eminentemente fabril, a qual há distinção entre "domicílio do empregado" e seu "local de trabalho". O quadro de prejuízo que se

²⁸DELGADO. Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 927.

²⁹CLT. Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

³⁰ É assim que avaliamos a preocupação constitucional com a irredutibilidade salarial e a proteção em face da automação (CFRB/1988, Art. 7º. VI e XXVI), bem como os benefícios trabalhistas típicos como vale-transporte (Lei nº 7418/1985), vale-refeição (Lei nº 6213/1976) etc.

³¹ CLT. Art. 469 - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

§ 1º - Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço. (Redação dada pela Lei nº 6.203, de 17.4.1975).

§ 2º - É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§ 3º - Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação. (Parágrafo incluído pela Lei nº 6.203, de 17.4.1975).

Art. 470 - As despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador. (Redação dada pela Lei nº 6.203, de 17.4.1975).

verifica está na alteração do padrão de deslocamento do empregado ao local de trabalho, e constitui sempre um esforço e custos significativos para o trabalhador, em termos de dispêndio financeiro, gasto de tempo e energias, riscos etc.

A legislação brasileira, abraçando esse conceito de centralização do trabalho no local de prestação, “*locus*” típico do empregador comum, caminhou no sentido de proteger a articulação dos parâmetros “local de trabalho” e “tempo à disposição”³² do empregado ao empregador, como o foco relevante da alteração prejudicial.

Por seu turno, a legislação não acompanhou a evolução da sociedade na articulação do parâmetro “função” do empregado, e seus desdobramentos, como um foco relevante da alteração contratual prejudicial.

Numa sociedade cada vez mais voltada aos serviços e à informação, como fundamentos de produção econômica, os parâmetros tradicionais de alteração do contrato de trabalho, notadamente o local de trabalho assim como a da própria jornada, vão perdendo sentido, vão perdendo relevância³³.

Ponderamos que é limitado imaginar a intensidade do trabalho somente como decorrente do “tempo” do trabalhador à disposição do empregador no local da prestação do trabalho: parece necessário ampliar essa percepção para o “como” esse tempo é gerenciado pela empresa para a produção, pois dessa maior amplitude de reflexão visualizamos outras decorrências importantes, incluindo a saúde do trabalhador.

³²Por certo que essa preocupação está enraizada no direito do trabalho, fundado no fato de que a jornada foi a primeira grande luta trabalhista. Mas essa preocupação, guardada a devida proporção, também é visualizada na Súmula 90, do TST, que estabelece balizas para exame da jornada “*in itinere*”.

³³A CLT foi alterada para admitir o teletrabalho ou trabalho a domicílio, com a alteração do art. 6º e introdução de seu parágrafo único, a saber: Art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011).

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)

Na atualidade, a psicopatologia do trabalho³⁴ é uma disciplina científica e com produção intelectual consistente, apoiada em densas pesquisas e estatísticas, demonstrando o prejuízo humano que ocorre na intensificação do trabalho, possibilitando entender o fenômeno da “intensidade” e sua repercussão “exaustão” no trabalho, mediante as alterações de contrato que não fazem parte da contratação inicial e que não recebem, via de regra, retribuição equivalente de qualquer natureza³⁵.

As alterações contratuais não estão mais no campo da mera modificação do local de trabalho, que é o parâmetro tradicional, e também não estão mais na mera relação de produtividade do trabalho, a partir de qualificação ou introduções tecnológicas relacionadas ao tempo do empregado à disposição do empregador. Essas alterações contratuais também decorrem de, pelo menos, outra situação, que é o incremento de atividade laboral na atualidade. E, dentro das possibilidades que se apresentam para esse incremento de atividades, interessa ao nosso trabalho o acréscimo de função àquelas originalmente contratadas ao trabalhador, ou seja, o “acúmulo de função”.

Necessário examinar mais detidamente, nesse momento, alguns dos princípios do direito do trabalho que fundamentam nosso percurso, para bem compreender o fenômeno do “acúmulo de função” e suas implicações.

1. 3 Princípios do direito do trabalho relevantes para o tema

Os princípios trabalhistas são, segundo Plá Rodrigues, “linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que podem servir para promover e embasar a aprovação de novas

³⁴A Psicopatologia do Trabalho é subdisciplina da Psicologia do Trabalho ou Ocupacional, reconhecida pelo MTE – CBO 2515-40.

³⁵Em 23/04/2013, Christophe Dejourns, proferiu palestra no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em São Paulo, convidado pela Comissão Permanente de Eficiência Operacional e Gestão de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na figura do presidente da comissão, conselheiro José Lúcio Munhoz, fato que indica a credibilidade da disciplina e do tema.

normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos” e, como tal, serão os fundamentos que inspirarão a solução última de nosso trabalho.

Passamos, portanto, a examinar os princípios que acreditamos ser os mais caros ao nosso tema, quais sejam: o “valor social do trabalho”, o “princípio da primazia da realidade”, o da “integridade e irredutibilidade salarial”, o da “inalterabilidade lesiva do contrato de trabalho”, e o princípio do “ônus da prova”, sempre iluminados pelo “princípio protetivo”, fundante do próprio direito do trabalho, que permeia todo nosso percurso.

O valor social do trabalho é princípio já bem estruturado na doutrina juslaboral a ponto de figurar como fundamento constitucional da República, como consta em seu art.1º:

CFRB/1988. Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

No sistema sócio-econômico atual, que distancia o homem comum da propriedade dos meios de produção, admite-se que o trabalho humano, como meio de sobrevivência, não pode ter importância menor que o valor social da livre iniciativa.

A noção de prevalência social do trabalho humano sobre livre iniciativa é reconhecida constitucionalmente pela colocação topológica do inciso III do art.1º da CRFB/1988³⁶:

Porém, a questão proposta a exame neste momento, consistente com o objetivo deste trabalho, é entender se a liberdade preconizada pela livre iniciativa

³⁶Sobre o tema, a Constituição já estabeleceu referenciais bem nítidos de importância, ao estabelecer topologicamente o “valor social do trabalho” à frente da “livre iniciativa”, no inciso III do art. 1º, referida no texto, e também estabelecer que toda propriedade deve atender à sua função social, assentado no inciso XXII, do art. 5º, além do art. 171, que estabelece que a ordem econômica é fundada primeiramente na valorização do trabalho humano e, logo em seguida, na livre iniciativa.

econômica tem fundamento jurídico suficiente para exigir a prestação do trabalho para além do que é contratado, acumulando funções novas com as originalmente contratadas, com vistas à manutenção da empresa como fonte produtora de riqueza e quais os eventuais limites dessa liberdade do empregador e suas responsabilidades sobre o mesmo tema de acúmulo de função.

A resposta à questão é definidora do próprio escopo e entendimento produtivo do desafio a que nos propomos examinar, razão pela qual nossa solução para a questão deverá aguardar um pouco mais.

Outro princípio de exame necessário ao nosso tema é o da “primazia da realidade”.

Princípio caro ao direito do trabalho, já que dele deriva o principal instrumento para a verificação das condições reais do contrato de trabalho e das lesões advindas de relações jurídicas laborais que contenham erros, vícios ou fraudes: o contato e a verificação direta da realidade, de onde se extrai os elementos formadores da relação jurídica trabalhista.

Não obstante, verificamos com relativa frequência, que o princípio da primazia da realidade, cuja exegese é protetiva do empregado, tem sido usado como defesa de empregadores, com perda de qualidade da interpretação, como veremos.

Ao explicar a noção de princípio da primazia da realidade, Arnaldo Sussekind³⁷ estabelece que “a relação jurídica evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob a capa simulada, não correspondente à realidade”. Essa explicação do princípio da primazia da realidade é coerente com o princípio protetivo e com ela nos alinhamos.

Na atribuição de importância do princípio da primazia da realidade, a questão formal perde lugar para a experiência verdadeira, vivenciada pelos contratantes, empregadores e empregados.

³⁷SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1, p.129.

A questão que nos interessa examinar em relação ao tema “acúmulo de função”, diz respeito justamente à ausência de documentação que, nesse caso, milita contrariamente ao interesse do trabalhador, mesmo que a realidade dos fatos seja bem perquirida. Esse tema será melhor elucidado quando examinarmos a questão da prova sobre o “acúmulo de função”.

Permanecemos, nesse momento, com o aspecto do princípio da primazia, realidade que tem implicação direta com o direito à justa retribuição pela prestação, em casos como o de acúmulo de função.

Parte-se da premissa de que as situações do contrato de trabalho vão se amoldando durante a realização do contrato, de forma que a assunção de tarefas diferentes daquelas contratadas se incorporam às responsabilidades do empregado de forma natural, com base nas necessidades organizacionais da empresa e com fundamento jurídico no parágrafo único do art. 456, da CLT, que, como vimos, traduz uma presunção legal de disponibilidade do empregado em todas as funções compatíveis com sua condição pessoal. E esse amoldar-se de funções redundam em retribuição compensatória ao empregado. Infelizmente, a realidade nem sempre se apresenta assim, como observaremos posteriormente.

A noção de contrato realidade, assim considerado como a efetiva força de trabalho subordinado colocada à disposição do empregador, reforça a noção de “tempo à disposição” para a realização de todas as funções que lhe forem exigidas.

Visto da maneira como apresentamos, a aplicação do princípio da primazia da realidade ao empregador traduz um desvirtuamento da sua inteligência axiológica e deve ser evitada para que se entenda corretamente sua extensão e implicação no contrato.

Todavia, desde logo é importante esclarecer que o problema não está no princípio, mas na interpretação da regra do parágrafo único do art. 456, da CLT, e na articulação possível de ser realizada com o princípio da primazia da realidade.

Note-se, ainda, que a maioria da doutrina corrobora a questão do contrato de trabalho como uma realidade, nos casos em que a formalidade mínima não beneficia o trabalhador³⁸.

Os elementos de prova de um contrato de trabalho são definidos plenamente pela aplicação dos artigos 818, da CLT³⁹, em combinação temática⁴⁰ com o art. 333, e seus incisos, do CPC⁴¹.

A partir da formalidade indiscutível do contrato de trabalho, as questões documentais são, em nosso entendimento, atribuição do empregador, que possui vocação e maiores condições de administrá-lo por meio de instrumentos adequados.

Em regra, podemos considerar problemática, na relação jurídica trabalhista, as situações de instrumentos formais de registro e controle cuja responsabilidade de produção unilateral e de guarda fica a cargo do empregador⁴². Ao trabalhador, havendo dúvida sobre a consistência ou veracidade de um documento produzido bilateralmente, o princípio protetor e o princípio da primazia da realidade são naturalmente prestigiados na solução de questões laborais. É o que basta para compreender, pelo menos em parte, a realidade trabalhista, com seus milhões de casos postos a exame pela Justiça do Trabalho.

A conclusão pontual é que a formalidade mínima e fidedigna do contrato de trabalho, pelo menos no que tange ao nosso tema, deve ser fomentada juridicamente.

³⁸ Sobre o tema ver: DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.p.473: "A jurisprudência já pacificou que, evidenciada (ou incontroversa) a simples prestação de trabalho, tem-se como presumida a existência entre as partes de um contrato de trabalho empregatício (Súmula 212, do TST)".

³⁹CLT. Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

⁴⁰Entendemos que não cabe, nesse espaço, a discussão sobre a articulação do art. 818 da CLT e o art. 333 e incisos, do CPC, tendo como premissa sua compatibilidade temática.

⁴¹CPC. Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁴²A questão levantada diz respeito ao direito de informação constitucionalmente estabelecido no art. 5º, XIV - "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional," que será examinado mais profundamente mais adiante,

Outro princípio necessário ao nosso exame diz respeito à integridade e irredutibilidade salarial, também elevado à condição constitucional⁴³.

CRFB/1988, art. 7º,

...

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

O salário deve ser respeitado como valor íntegro e intangível, ou seja, não pode ser objeto de qualquer alteração ou afetação por parte do empregador.

Todavia, da mesma forma com que o salário é intangível objetivamente, o princípio de intangibilidade pode evoluir para agregar a noção de modificação indireta.

Na alteração objetiva do salário, o empregador diminui, retém, desconta, enfim, modifica o valor pago em razão de uma questão objetiva permissiva. Essa é a leitura mais notória realizada pela doutrina e jurisprudência⁴⁴. Essa leitura diz respeito à modificação quantitativa prejudicial ao valor do salário do empregado. É o "valor de face", valor absoluto do salário que não pode ser alterado.

Porém, há alguns mecanismos que indiretamente modificam o salário do empregado prejudicialmente. Nesse caso, de alteração indireta, a modificação é qualitativa, relacionada ao poder de compra do montante pecuniário do salário pago ao empregado, configurada especialmente pela mera passagem do tempo.

O mecanismo de diminuição indireta do salário mais conhecido refere-se à perda de poder aquisitivo da contraprestação paga. Para tanto, basta que os índices de reajustes salariais sejam mitigados com o passar do tempo, mediante aumentos salariais menores que a inflação real de determinado período.

⁴³Pedro Paulo Teixeira Manus assevera que a irredutibilidade salarial, salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva, é uma autêntica novidade em nível constitucional, apesar de ser princípio bastante consagrado no nível da lei ordinária. Continua o autor afirmando que somente em situações peculiares é que o salário pode ser alterado prejudicialmente. MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho na Nova Constituição*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 26.

⁴⁴DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 969.

A Constituição Federal já prevê a proteção da perda de poder de compra do salário, porém limitada ao valor do salário mínimo nacional.

Lutas sindicais por melhorias salariais, reconhecendo o direito de resistência do empregado, também podem ser exercitadas; contudo, nem sempre são eficazes no objetivo de promover a manutenção do poder de compra salarial.

Há também os mecanismos administrativos de “downsizing”, nos quais os empregadores substituem mão de obra mais cara por outra mais barata, reduzindo os níveis hierárquicos e o porte da empresa, promovendo a rotatividade dos empregados. A lei brasileira não obsta a adoção desses mecanismos por parte dos empregadores. Atualmente, sindicatos mais organizados já se mobilizam para pressionar determinados segmentos a fim de que os empregadores se comprometam coletivamente com a manutenção de salários de empregados substituídos, diminuindo o impacto dessa conduta lesiva aos trabalhadores.

Enriquecemos a abordagem desse princípio, se ponderarmos que o recebimento, pelo empregador, de prestação de maior valor agregado pelo empregado, comparado com aquela originalmente contratada, também pode ser considerada uma forma de tangibilidade indireta do valor do salário pago.

Em linguagem singela e potente: o empregador recebe trabalho mais “caro”, mais complexo, pelo mesmo preço pago como salário, realçando que esse adicional de trabalho, ou função, é determinado exclusivamente pelo empregador, mediante seu *jus variandi*, e indiferente ao que foi contratado originalmente.

Desse modo se o aumento do trabalho ocorrer na modalidade “mais do mesmo” trabalho, resolve-se o problema com os mecanismos de produtividade ou pagando pela jornada com eventuais horas extras realizadas.

Mas se o aumento de trabalho ocorrer na modalidade “mais de outras coisas”, outras prestações, como é típico do fenômeno do “acúmulo de função”, os elementos fáticos do contrato que sustentem alguma resistência serão precários, pela ausência prática de definição contratual do objeto do contrato, articulado com a

presunção legal de licitude de determinação de qualquer tarefa ao empregado, contida no parágrafo único do art. 456, da CLT.

Notemos, ainda, que a prova dos contornos do contrato de trabalho fica à deriva, ao voluntarismo do empregador na expressão da cláusula de objeto do contrato, introduzindo nossa preocupação com outro princípio, qual seja, o atinente ao “ônus da prova”.

Antes de examinar mais detidamente o princípio do “ônus da prova”, cuja feição é eminentemente processual, esclarecemos que as anotações ligadas a ele estão implicadas no caráter de formação real do contrato de trabalho e seu desenvolvimento.

O desdobramento da transparência que nos é relevante traduz-se em um ambiente de produção documental, material, real, fiel, digno e sempre favorável ao trabalhador⁴⁵, em todos os momentos do contrato de trabalho, de forma a tornar mais saudável a relação material, tornando mais claros os limites da relação laboral. Parece-nos limitador entender que o “ônus da prova” deva ser encarado somente como um princípio de aplicação processual, havendo espaço para que a melhor definição da formação de elementos materiais de prova seja preocupação nascida na realidade das relações jurídicas.

Em nosso entendimento, o ideal é fazer nascer a prova na realidade das relações sociais em que ela é produzida, aproximando-se do suporte em que ela é fixada e, se necessário, posteriormente, é apresentada na instância que lhe aproveita.

O desdobramento da distribuição do ônus da prova leva ao princípio da aptidão da prova, consagrado na doutrina e na legislação pátria, com base no art. 333, incisos “I” e “II”, do CPC, admitindo que a responsabilidade pela produção de

⁴⁵Se a produção do documento for fiel, produzido de boa-fé, e seu conteúdo for fidedigno, essa transparência também beneficiará igualmente o empregador que age de acordo com a lei, com a ética e com os princípios de valorização do trabalho humano.

elementos materiais e formais que registrem fatos jurídicos relevantes deve ser debitada a quem tiver maior vocação ou capacidade de produzi-la.

Notável, nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu em nosso sistema o princípio da inversão do ônus da prova em casos específicos, debitando ao réu fornecedor do produto, o dever de provar a sanidade de sua produção nas hipóteses em que, pela leitura direta da teoria clássica do ônus da prova, deveria ser do consumidor.

Esse princípio especial, norteador da formação do corpo de prova, em direção contrária à teoria tradicional, demonstra exemplarmente a importância que o tema possui no sistema. Na construção de relações laborais, ainda que não seja adequada a aplicação incondicional do princípio consumerista, as situações da vida laboral implicam responsabilidade do empregador para a realização, manutenção e disposição de registros feitos com boa-fé.

Entendemos que a questão relativa à inversão do ônus da prova não é aplicável ao tema “acúmulo de função” pelos seguintes motivos:

(i) não há obrigação legal de prova da cláusula de objeto do contrato pelo empregador; a inversão do ônus da prova é imposição inconstitucional em face do disposto no inciso LV, art. 5º, da CFRB/1988 – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Dessa forma não sendo exigível a cláusula contratual de objeto, como pode o empregador realizar a prova demandada por inversão?

(ii) somente na hipótese de alguma alteração legal é que se poderia demandar a apresentação do contrato de trabalho com cláusula de objeto explícito, e, nesse caso, mesmo sendo do autor reclamante a comprovação da realização de mais de uma função, o empregador, por disposição legal, teria de apresentar o contrato com cláusula expressa. Aproveita-se, dessa forma, a inteligência revelada pelo TST no cancelamento da Orientação Jurisprudencial da SDI-1, do TST, nº

301⁴⁶, pois não se trata de “inversão”, mas de “distribuição direta” de seu ônus, por imposição legal.

(iii) Qualquer alteração no ônus da prova, especialmente as relativas à sua inversão, deverão ser precedidas de amplos mecanismos de educação e informação, especialmente dos empregadores, da mesma forma com que é previsto no CDC, art. 4º⁴⁷, sob pena de surpreender o jurisdicionado.

Além disso, e somente para a confirmação do argumento, verifica-se que em várias hipóteses nas quais se atribui a expressão “inversão do ônus da prova” o mais adequado é entender que se trata de “distribuição direta do ônus”, tal como ocorre na prova da dispensa por justa causa disciplinar⁴⁸.

A conclusão pontual, aqui, é que o tema “acúmulo de função”, mantida a redação do parágrafo único do art. 456, da CLT, não produz resultado eficaz e, evidentemente não é o princípio que representa problema de aplicação, mas sim, a própria norma.

Continuamos agora examinando o contrato de trabalho quanto a aspectos formais necessários para aperfeiçoar nosso entendimento sobre o tema.

⁴⁶O TST cancelou, por meio da Resolução 175/2011, DEJT, divulgado em 27, 30 e 31.05.2011, a OJ-SDI-1 nº 301. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. LEI Nº 8.036/90, ART. 17. – Definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC).

⁴⁷CDC, Lei nº 8078/1990 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (...). IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

⁴⁸É usual no foro ouvir a parte reclamante requerer a inversão do ônus da prova em face da alegação de rescisão do contrato por justa causa do empregado. Deferido o pedido na literalidade, seria da própria parte reclamante o ônus de provar sua justa causa, fato que, evidentemente, é absurdo lógica e juridicamente.

CAPÍTULO 2

2.1 A mínima formalidade do contrato de trabalho e sua feição documental

É desnecessário debater que o contrato de trabalho, por sua própria natureza, não pode ser submetido à mera formalidade⁴⁹, cujo objetivo, no mais das vezes, busca fraudar direitos fundamentais do trabalhador.

Todavia, a expressão "formalidade" aqui usada deve ser entendida como "documentação", cujo fundamento está na boa-fé com que atores sociais registram suas relações jurídicas.

No caso trabalhista, ressalte-se, a documentação de atos jurídicos não é fator de desproteção dos direitos do empregado, ante o princípio de realidade que rege as relações laborais.

Desde as primeiras transformações sócio-econômicas que afastaram os trabalhadores da propriedade dos meios de produção, seja individual ou coletiva, - *típico do modo de produção artesanal*-, passando para o sistema de trabalho assalariado, - *típico do modo de produção industrial capitalista*-, o contrato de trabalho se desenvolveu a partir de uma dinâmica informal entre trabalhador e empregador.

A informalidade contratual sempre foi favorável ao empregador, como acentua Evaristo de Moraes⁵⁰, afirmando que as consequências da liberdade de contratar sem maiores minúcias levaram à situação do empregador receber o máximo de esforço do empregado pela mínima remuneração. Não por acaso a doutrina, seguida pela jurisprudência e finalmente pela ordem legislativa, vão construir teorias que entendam essa relação jurídica nascida da realidade.

⁴⁹Nesse sentido a doutrina é extensa na aplicação do art. 9º, da CLT, atentando para a realidade do contrato e não para a mera formalidade: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação."

⁵⁰MORAIS, Evaristo de. *Apontamentos de Direito Operário*. São Paulo: LTr, 1971, p. 11.

Não obstante, o próprio desenvolvimento histórico estabelece níveis crescentes de civilidade que implicam em relações lícitas cada vez mais formalizadas, ou, em melhor sentido, documentadas.

A formalização dos contratos, cujas experiências mais relevantes derivam do direito civil e do direito comercial, atual direito empresarial, exige que pessoas capazes, lidando com objetos lícitos, possam contratar de forma verbal, porém, fazendo surgir arestas de entendimento que não beneficiam a mínima ordem necessária para diminuição de dúvidas sobre o próprio contrato. Falta ao bom senso imaginar um comerciante ou empresário, hoje, faça negócios sem cercar-se de um mínimo de formalidades documentais.

A ordem jurídica comum permite a livre forma de contratação desde que não haja previsão legal em contrário⁵¹.

Porém, na ordem empresarial, a formalidade contratual deixou de ser mero interesse voluntarioso de parcela mais esclarecida dos empregadores, para alçar uma condição de importância jurídica na sua conduta.

A Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6404/1976, ao se referir aos direitos e deveres do administrador da companhia, estabelece que:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

No âmbito das empresas de capital aberto, o cuidado e a diligência que o administrador deve empregar nos negócios que realiza, em nome da empresa, ultrapassam a noção de cuidado e diligência do homem comum, típica da condição de todo homem ativo e probo. O comando remete à fundamentação e prova das condutas e negócios que o administrador realiza em nome da empresa. Na lei das S.A., o administrador deve ser um agente profissional (inteligência do art.152 da lei

⁵¹Código Civil de 2002. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

em comento)⁵² e, como é razoável, profissionais devem resguardar direitos e obrigações.

O Código Civil de 2002, referindo-se à “sociedade simples”, ou seja, àquela que é formada a partir do exercício do direito básico de livre iniciativa, informa que o legislador contemplou o administrador dessa sociedade com a mesma envergadura de responsabilidade indicada na Lei das S.A.

O Código Civil preconiza que:

CC.Art. 1011. “O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.” A identidade textual das normas faz sentido na medida da civilidade das relações jurídicas modernas, primando não pelo formalismo vazio, mas pela celebração contratual de boa-fé. A formalidade que o administrador de qualquer sociedade deve atentar é voltada para a boa-fé, para o cumprimento responsável dos contratos.

Nesse sentido, o Código Civil impõe ao administrador da sociedade simples, que não é profissional, as mesmas responsabilidades de conduta diligente e probo que impõe ao administrador profissional.

A responsabilidade do administrador da empresa deixa de ser uma questão de “competência profissional” para ser uma exigência legal.

O ponto de articulação desejado entre o “princípio da realidade” e o da “responsabilidade documental”, realizada com boa-fé e previsto para as relações empresariais, é o esforço que o empregador deve fazer como parte de suas tarefas rotineiras, para documentar fielmente as atividades da empresa que representem responsabilidade para com terceiros, sempre de natureza civil, comercial ou consumerista. Inconcebível, então, que a responsabilidade da empresa para com a documentação laboral receba atenção menor diante de sua importância social constitucionalmente assegurada.

⁵²Lei das SA, Art. 152. - A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997).

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, usando o parâmetro consumerista, para identificar os elementos documentais vivos que a empresa deve possuir, refere-se extensamente à “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres” (art. 4º, IV), “meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços” (art. 4º, V), direitos básicos à educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços (art. 6º, II), informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III); modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º,V); a inversão do ônus da prova, favorecendo o consumidor, em casos específicos (art. 6º,VIII), direitos de informação extensa (art. 8º a 10).

A própria lei de defesa do consumidor igualmente protege da documentação contratual fraudulenta, caso ela afaste ou exonere o fornecedor do produto ou serviço de sua responsabilidade, conforme art. 24 e 25, e a proteção se estende até o instituto da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor se houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, ou ainda nos casos de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocado por má administração. Há outras passagens na lei que reafirmam esses compromissos de formalidade protetiva e benéfica ao consumidor, bem como de aplicação da realidade se houver fraude ou abuso do direito do fornecedor.

As empresas mais organizadas que aderem ao sistema ISO – *International Organization for Standardization* –, mais especialmente às normas do grupo ISO 9000, inicialmente instituído em 1987, estabelecem um modelo de gestão de qualidade que obriga a permanente auditoria dos processos internos, com extenso controle de documentos internos de todos os processos (industrial, comercial, logística etc) envolvidos na empresa. Erros de produto, de vendas, ou mesmo de administração de pessoal pode colocar em risco essa certificação que tem relevância para a aceitação de bens e serviços no plano internacional. As regras

estabelecidas para as normas ISO 14000, relativas a meio ambiente, são ainda mais rígidas, e o Brasil é o 4º país no mundo em crescimento na certificação de empresas nas normas ISO⁵³, revelando que não são os procedimentos burocráticos ou documentais que preocupam os negócios, desde que esses procedimentos visem o lucro.

A legislação estrangeira, especialmente as legislações da Europa ocidental⁵⁴ igualmente não impõem o contrato de trabalho como formalidade. Todavia, implicam em extensas obrigações de informação relativas às relações de emprego e trabalho devidas pelo contratante ao trabalhador, cuja documentação revela o interesse de nosso argumento.

A conclusão pontual é que o contrato de trabalho, ainda que não seja obrigatoriamente escrito, para efeito de garantia do empregado, recebe menos atenção em sua documentação que a determinada em lei direcionada ao consumidor, cuja hipossuficiência em face da empresa fornecedora tem a mesma natureza do empregado em face da empregadora.

Outro aspecto importante é relacionado ao mecanismo pedagógico indicado no CDC que determina a preparação de toda cadeia produtiva para fins de prova de suas obrigações legais, com ênfase nas questões em que o juiz pode determinar a inversão do ônus da prova.

⁵³O Brasil é o 12º país em número de certificações ISO 9001, até 2010, com 18.058 empresas certificadas. Em 2010, o Brasil foi o 4º país do mundo em número de certificações no ano, com 4.009 certificações. A China é o primeiro país do mundo em certificações, com 297.037 até o ano de 2010, das quais 39.961 só no ano de 2010. Revista Banas Qualidade. **The ISO Survey of Management System Standard Certifications**, 2012. Disponível em: <<http://www.iso.org/iso/home/standards/certification/iso-survey.htm?certificate=ISO%209001&countrycode=BR#countrypick>>. Acesso em: 10 maio 2013.

⁵⁴Pesquisamos pontualmente as doutrinas francesa, espanhola e portuguesa, além das diretivas da União Europeia das quais destacamos o art. 106 e 107, do Código do Trabalho Português, Lei 7/2009, Artigo L1221-1 (liberdade de forma do contrato), L1221-3 (vedação de uso de cláusulas escritas contra o empregado), L1221-13 (registro único de pessoal) e L1221-15 (disposição do registro ao exame de autoridades); Artigo 9º, do Código del Trabajo, Espanha, publicado em 16.01.1003 e consultado com as alterações até a Lei 20.683, de 23.08.2013), e a Diretiva 91/533, da União Europeia, de 18.10.1991, Artigo 2º, que estabelece a obrigação de informação detalhada do contrato de trabalho do empregador para o empregado.

Neste ponto devemos abordar a feição documental no contrato de trabalho no Brasil.

Muitas vezes nos deparamos com uma percepção inadequada do contrato de trabalho no Brasil, diante da aplicação do princípio da realidade a ele atribuído e ao princípio da primazia da realidade direcionado ao restante do desenvolvimento do contrato.

A ausência de solenidade para o estabelecimento do contrato de trabalho não é justificativa para que seu desenvolvimento não seja minimamente documentado. A realidade normativa, inclusive, demonstra o contrário.

O Decreto-Lei nº 5.452/1943 que aprovou a CLT como norma regente das relações laborais no Brasil, cujo esforço de atualização para a aplicação ao contrato de trabalho individual é efetivo, impõe vários procedimentos documentais de responsabilidade do empregador.

A CLT obriga que o contrato de trabalho celebrado sem maior solenidade, seja anotado formalmente na Carteira de Trabalho e Previdência Social, no prazo de 48 horas, e registrado em livros, fichas ou sistema eletrônico (art.13, combinado com o art. 29 e art. 41, da CLT), com multas em face da infração à lei.

A celebração do contrato é não-solene, mas a necessidade de anotação do contrato em um documento que tem natureza pública, tal como a Carteira de Trabalho, é eminentemente formal.

A CLT indica outros procedimentos documentais relativos ao contrato de trabalho: a jornada de trabalho do empregado deve ser registrada em quadro de horários (art.74), e anotado no registro do empregado (art.74,§1º), anotado expressamente em instrumento de controle individual para estabelecimentos com mais de 10 (dez) empregados (art.74, §2º); o salário é pago contra-recibo assinado pelo empregado (art.461).

A concessão de férias é participada ao empregado por escrito (art.135) e elas devem ser anotadas na CTPS (art.135,§1º) e nos registros dos empregados

(art.135,§2º). O art.161 da CLT, com redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989 estabelece a exigência legal de realização de exames médicos na admissão, demissão e periódicos. Há diversos outros dispositivos com a mesma preocupação de formalização de atos contratuais, inclusive cominados com multas administrativas pelo descumprimento pelo empregador.

Como se observa, são inúmeros os documentos que envolvem o contrato de trabalho, dos quais, provavelmente, os menos prestigiados sejam os controles de jornada do trabalhador, tamanha é a notória reclamação em face de sua falta de fidedignidade. Pedro Proscurcin⁵⁵ relata que, segundo seu levantamento, 80% dos empregados brasileiros realizam horas extras e 50% reclamam na Justiça do Trabalho por horas extras trabalhadas e não pagas, afirmando que essa matéria se constitui como uma "praga social".

Embora a relação de emprego seja permeada por formalidades, todas regidas pela boa-fé⁵⁶ na realização dos contratos, a realidade demonstra um total descaso com essa face das relações empresariais. Não resta alternativa à adoção do princípio da realidade para verificar as reais ocorrências do contrato de trabalho, especialmente diante da situação limite posta ao Poder Judiciário, como forma de exame do passado contratual.

Evidentemente não estamos defendendo que o contrato de trabalho deva ser visualizado somente por meio de documentação, como uma formalidade vazia. Contudo, defendemos que a regularidade da documentação do contrato, sempre de forma a proteger a realidade que beneficia especialmente o empregado, deve ser fomentada.

O rigor documental, caso seja expressão fiel da realidade, beneficia as partes empregado e empregador, pois é do registro confiável das condutas que se

⁵⁵ PROSCURCIN, Pedro. *Do Contrato de Trabalho ao Contrato de Atividade*. São Paulo: LTr, 2003, p. 352.

⁵⁶ Miguel Reale declara que o art.113, do CC, é um artigo-chave, uma das normas fundantes que dão sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas "para todo o sistema", ou seja, como comando principiológico. CC, art. Art. 113. "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". REALE, Miguel. *Um artigo chave do Código Civil*, mar. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

visualiza com maior facilidade o cumprimento de normas legais e dos negócios jurídicos.

Notamos que nas introduções legislativas mais relevantes no mundo do trabalho, a noção de formalidade está presente com ênfase, tal como a legislação do desportista profissional, que prevê formalmente o contrato com inúmeras cláusulas destacadas (art.28 da Lei 9615/1998, com redação dada pela Lei nº 12395/2011)⁵⁷. O mesmo ocorre com o contrato de estágio (art.16, da Lei nº 11788/2005)⁵⁸; com o contrato de aprendizagem (art.428 da CLT, com redação dada pela Lei nº 10097/2000)⁵⁹ etc.

Não se observa maior rejeição pelos empregadores no cumprimento das obrigações legais formais previstas nessas normas supra indicadas.

No que se refere à anotação formal das funções que um empregado realiza na empresa, é relevante registrar que o TST, por meio do Precedente Normativo nº 105⁶⁰, determina que as empresas devam anotar na CTPS dos empregados a efetiva função desempenhada, em consonância ao instituído no CBO - Código Brasileiro de Ocupações, instituído por Portaria Ministerial nº. 397, de 09.10.2002.

PN-105 ANOTAÇÃO NA CARTEIRA PROFISSIONAL (positivo)

As empresas ficam obrigadas a anotar na carteira de trabalho a função efetivamente exercida pelo empregado, observada a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO).

⁵⁷Lei 9615/1998 Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente.

⁵⁸ Lei nº 11788/2005 - Art. 16. O termo de compromisso deverá ser firmado pelo estagiário ou com seu representante ou assistente legal e pelos representantes legais da parte concedente e da instituição de ensino, vedada a atuação dos agentes de integração a que se refere o art. 5o desta Lei como representante de qualquer das partes.

⁵⁹CLT Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação. (NR) (Vide art. 18 da Lei nº 11.180, de 2005).

⁶⁰BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Jurisprudência do TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/en/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

O Precedente Normativo nº 105 do TST, ainda que tenha aplicação somente nos casos de dissídios coletivos, revela-nos a importância do tema, e vale como inteligência jurídica para a formação de nosso argumento.

Portanto, pelos argumentos apresentados, concluímos que não é escusável qualquer justificativa de ausência de cláusula expressa de objeto do contrato de trabalho, da mesma forma com que as alterações de função, incluindo o acúmulo, devem ser devidamente documentadas.

2. 2 O instrumento sinalagmático e comutativo de obrigações

Sinalagma é uma relação de causalidade entre prestações em um contrato bilateral. Quem entrega uma coisa ou realiza um serviço geralmente “presta” algo e, quem recebe o objeto negociado tem o dever de “contraprestação, que é o “preço”, geralmente estipulado em pecúnia”. A causalidade é fenômeno que ocorre entre prestações e contraprestações mútuas que se estabelecem, via de contrato, entre as partes. Essas prestações mútuas devem guardar em sua execução a mesma probidade e boa-fé existente no momento de sua celebração, conforme art.422 cc art.113, ambos do CC.

CC. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

CC. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A doutrina laboral já sedimentou a característica de sinalagmático para os contratos de trabalho, mas, não raro, limita a aplicação dessa característica à observação do cumprimento do contrato pelo empregador, na forma de seu pagamento pecuniário efetivo.

Amauri Mascaro Nascimento assevera, a respeito da característica do contrato de trabalho, que:

Como as partes se obrigam entre si (sinalagma) visando à satisfação de prestações recíprocas, o contrato de trabalho é sinalagmático. No entanto, não se deve, com isso, entender que há uma correspectividade completa ou plena porque a retribuição, que é ônus do empregador, pode ser paga em determinadas situações nas quais não há a contraprestação do trabalhador por se tratar de férias, repouso semanal e dos feriados e interrupções do contrato de trabalho.⁶¹

Nascimento reforça o entendimento doutrinário como já expresso, e vai além ao indicar que não há “correspectividade” completa, oferecendo como exemplos, hipóteses em que não há trabalho, mas permanece a obrigação legal de pagamento dos salários.

Não é possível deduzir, daí, que se justifique a aplicação inversa da característica, ou seja, já que o contrato de trabalho é sinalagmático sem a necessidade de correspondência completa entre obrigações, o empregador estaria autorizado a determinar tarefas pelas quais não haveria pagamento em contraprestação. O caput, parte final, do art.7º da CFRB/1988⁶², também não o permite, pois é vedado constitucionalmente haver no sistema norma que não se ative em favor da melhoria de sua condição pessoal.

A liberdade de contratar entre as partes está limitada pela função social do contrato, nos termos do art.421, CC. Portanto, um contrato deve ser minimamente justo⁶³, ou seja, deve guardar uma relação de causalidade e equilíbrio entre as prestações e ser regido pela proibidade e pela boa-fé.

Sem adentrar na discussão sobre a aplicação da regras civilistas ao contrato de trabalho, entendemos que regras preconizadas pelo Código Civil, indicadas neste trabalho, possuem aplicação consistente no contrato de trabalho, por simples interpretação sistemática, como prevê o art.8º, parágrafo único, da CLT:

⁶¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 869.

⁶² CRFB/1988, Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

⁶³ Guardem-se, com relação à expressão “justo”, todos os cuidados necessários à sua boa compreensão.

"O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

A interpretação sistemática do conceito de sinalagmático pode ser ampliada para extrair da expressão contratual uma nota de equilíbrio necessário para a preservação adequada da integridade do contrato de trabalho.

Há um elemento perturbador nesse contexto que merece exame: trata-se da ausência de elementos materiais mais completos, necessários para a formação do conceito do contrato de trabalho. Mais detidamente, essa ausência permite refletir sobre uma abstração formal que reserva, nesse descompasso, espaço para uma ideologia do contrato de trabalho que mascara a exploração típica do trabalhador no contexto econômico atual.

No sistema capitalista, o contrato de trabalho parte de um pressuposto lícito de desequilíbrio, determinado pela mais-valia, ou seja, pelo pressuposto lícito de que a compra do trabalho do trabalhador pelo capitalista não pode, por essência, retribuir, com salário, na exata medida da prestação do trabalho, sob pena de comprometer o lucro.

Não é objetivo deste trabalho estabelecer um debate relativo à ideologia do sistema sócio-econômico, discussão que certamente é relevante. Pretendemos, desde logo, refletir que o equilíbrio da prestação e contraprestação do contrato de trabalho passa por um exame jurídico, contextual, na qual o salário é um valor inserido no tempo e espaço concretos. O salário, visto dessa forma, tal como uma concretude, na dinâmica do sistema, é fixado como "*justo*", "*adequado*", "*equilibrado*", segundo duas ordens básicas de análise: (i) a da economia em que se desenvolve e, (ii) no âmbito do contrato em si que é celebrado, observadas as condições das partes e suas especificidades.

Interessa-nos, para o presente trabalho, a noção de equilíbrio material que é percebida no momento da celebração do contrato e nos demais momentos em que o contrato de trabalho sofre modificações, ao longo de seu desenvolvimento.

Todo empregado, no momento que celebra seu contrato de trabalho, tem noção bem nítida de suas funções e da contraprestação que receberá.

Não é pertinente nesse âmbito, se o salário ajustado com o empregador satisfaz as necessidades do trabalhador, ou mesmo se o valor do pagamento vai ao encontro das expectativas do empregado. Por argumento, se o empregado se sentir desvalorizado por receber um salário que entender não condizente com a função que aceitou exercer, poderá, a qualquer momento, exercer o direito de mudar de empregador.

Todavia, a alteração contratual que acrescenta funções novas às funções originalmente contratadas não realiza o requisito sinalagmático do contrato, e altera seu equilíbrio comutativo, além de interferir na noção de dignidade do trabalhador, pela exploração que se explicita pelo fato de trabalhar mais "fazendo coisa diferente" daquela para a qual foi contratado, sem receber justa compensação.

Nossa conclusão pontual é a de que o acúmulo de função, que explicita o desequilíbrio contratual, na medida em que é cristalino que o trabalhador entrega prestação acumulada, portanto, fatalmente mais complexa e com valor agregado, sem receber compensação adequada, e sem capacidade de interferência na relação contratual, também pode afligir sua psique, ou, como queiram, pode causar algum dano moral. Dependerá, logicamente, de várias circunstâncias casuísticas para sua constatação.

Examinado o contrato de trabalho como instrumento sinalagmático de obrigações, a seguir examinaremos sua característica de comutatividade.

Examinado o contrato de trabalho como instrumento sinalagmático de obrigações, passamos a examinar a sua característica de comutatividade.

Nem todos os doutrinadores fazem referência à característica de comutatividade do contrato de trabalho, assumindo que é categoria conceitual equivalente à sinalagmaticidade⁶⁴.

Todavia, há diferença relevante para nosso tema.

A comutatividade é a característica na qual as partes têm conhecimento prévio dos deveres e direitos contratados.

Enquanto a palavra chave para o entendimento da característica sinalagmática do contrato é a “reciprocidade de obrigações”, na comutatividade a palavra chave é a “certeza” das obrigações assumidas, no sentido de que não são assumidas obrigações aleatórias. Certeza é característica distinta e oposta a da aleatoriedade, tal como nos conhecidos contratos de seguros, no qual o valor do prêmio do seguro é pago, ocorra ou não algum sinistro com o bem da vida assegurado.

Para nosso tema de “acúmulo de função” a distinção faz sentido.

Em virtude de sua natureza alimentar, a aleatoriedade é referência inexistente no contrato de trabalho, que sequer pode ser comparada às situações de variação salarial que dependam da atividade pessoal do empregado para a formação do resultado individual, tal como, a título de exemplo, na atividade de vendas. Tanto é assim que a própria norma determina que deva haver pagamento mínimo para qualquer modalidade de remuneração, conforme a inteligência do art.78 *caput* e parágrafo único, da CLT:

⁶⁴Em seu livro, Amauri Mascaro Nascimento não faz menção à comutatividade e aduz que a característica de sinalagmática do contrato representa reciprocidade de obrigações, como visto neste trabalho no item anterior. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. O mesmo ocorre com DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 465. Sobre esse tema ver: BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.186.

CLT, Art. 78 - Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo por dia normal da região, zona ou subzona.

Parágrafo único. Quando o salário-mínimo mensal do empregado a comissão ou que tenha direito a percentagem for integrado por parte fixa e parte variável, ser-lhe-á sempre garantido o salário-mínimo, vedado qualquer desconto em mês subsequente a título de compensação. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

Se há conhecimento prévio das partes contratantes relativo aos termos celebrados no contrato de trabalho, fica afastada, por decorrência lógica, a ocorrência de qualquer surpresa ou aleatoriedade em seu desenvolvimento, notadamente aquelas que sejam prejudiciais ao trabalhador. E isso pode afastar, inclusive, a hipótese de dano moral indicada no item anterior.

A doutrina trabalhista, em geral, não costuma aceitar de forma absoluta a aplicação da teoria da imprevisão⁶⁵ aos contratos de trabalho, tomando por pressuposto que o risco da atividade econômica é do empregador, razão pela qual ele, empregador, não tem possibilidade de argumentar a onerosidade excessiva do contrato com o trabalhador para justificar sua rescisão nem a modificação contratual lesiva. Amauri Mascaro Nascimento, nesse sentido, assevera:

Por ser um contrato, o de trabalho também é regido por um princípio do direito civil: *pacta sunt servanda*. O contrato faz lei entre as partes. As condições de trabalho configuram-se como obrigações contratuais, como tal só alteráveis bilateralmente por acordo entre as partes e, tendo em vista o sentido protetor do direito do trabalho, ainda assim desde que não resultem prejuízos ao trabalhador, situação esta que não é absoluta, mas é uma regra inicial a ser observada (CLT, art. 468).⁶⁶

Mas, do conceito, interessa-nos o exame pela lógica reversa.

O art. 478, do CC, estabelece que:

⁶⁵Sobre esse tema ver: GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. 16. ed. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Forense, 2003, p. 20.

⁶⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1113

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Onerosidade, na concepção civil, é expressão que apresenta duplo sentido para o contexto de nossa exposição:

(i) um determinado bem ou objeto pode se tornar oneroso por ter o valor de contraprestação muito aumentado em relação a um momento comparativo anterior; no âmbito laboral é o caso em que o trabalho prestado pelo empregado, por alguma razão, tornou-se relativamente mais caro para o empregador e não mais lhe interessa manter as bases do contrato como foi anteriormente fixado; ou então:

(ii), um bem pode se tornar muito econômico, e tem, em decorrência, seu valor relativo de contraprestação muito diminuído comparativamente; no âmbito trabalhista é o caso em que o salário ficou relativamente muito barato para o empregador em contraste com o valor da prestação concedida, e não mais interessa ao trabalhador manter as bases do originalmente contratado. Aqui a onerosidade que nos interessa é aquela vista pelo ângulo do empregado, no caso do trabalhador que tem o valor relativo de seu trabalho diminuído, não recebendo a contraprestação no valor adequado, pelo menos em comparação com a fixação original.

A noção de comutatividade encerra, portanto, um equilíbrio das duas partes celebrantes, empregador e empregado.

Tanto é consistente essa afirmativa, que o art. 479, do Código Civil, disciplina que nos contratos de execução continuada, ocorra um mecanismo espontâneo de reequilíbrio das obrigações, caso haja alguma situação pertinente durante sua realização:

Art. 479: A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

A leitura do dispositivo civil poderia implicar a seguinte indagação: se a lei possibilita evitar a resolução do contrato, seria de boa-fé que o empregado

esperasse ter o contrato resolvido para só então demandar judicialmente por alguma lesão, mais precisamente diferenças salariais, por acúmulo de função? Tentamos responder da seguinte forma: As Comissões de Conciliação Prévia, instituídas pela Lei nº 9.958/2000, que alterou a CLT⁶⁷, incluindo os artigos 625-A e seguintes, estabeleceu a possibilidade de criação de comissões de conciliação no âmbito da empresa, e seria uma forma razoável de solução de controvérsias laborais durante o contrato de trabalho. Todavia não se tem notícias favoráveis dessa iniciativa da mesma forma que no âmbito sindical.

Portanto, as reclamações pessoais podem, e devem ser feitas, do empregado ao seu empregador. Porém, o princípio da continuidade do emprego, em seu viés protetivo, explica que as razões de hipossuficiência levam os empregados a deixarem de reclamar sobre a maioria das lesões de direito enquanto o contrato está ativo. Geralmente é o compreensível temor da dispensa, somente pelo fato de ter reclamado.

Diante da noção de instrumento sinalagmático e comutativo do contrato de trabalho, o exame da cláusula de objeto é uma decorrência, como passamos a apresentar.

2.3 A cláusula de objeto no contrato de trabalho

O direito civil, base de toda teoria relativa aos contratos, e aplicável ao micro-sistema trabalhista naquilo que é principiológica, temática e sistematicamente compatível, estabelece que o conhecimento dos contratantes sobre o objeto contratado é de elevada importância no estabelecimento de direitos e obrigações.

No direito do trabalho, essa pontuação não pode ser deixada de lado.

⁶⁷CLT Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representante dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. Parágrafo único. As Comissões referidas no caput deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical. (Incluído pela Lei nº 9.958, de 12.1.2000).

CLT Art. 625-B. A Comissão instituída no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, e observará as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 9.958, de 12.1.2000)

Contudo, vemos uma realidade que nem sempre respeita essa condição de delimitação específica no contrato, a bem da saúde das relações jurídicas entre empregadores e trabalhadores.

Todo trabalhador, ao ser contratado, deve saber quais as tarefas que compreenderão sua função, bem como as suas funções na empresa, visto que a atividade laboral tem, como uma face necessária, a colaboração do trabalhador no empreendimento.

O conhecimento mais preciso da função designada ao empregado, na tradição do contrato de trabalho no Brasil, é dado pela experiência do trabalhador na profissão, pela sua formação profissional ou, prioritariamente, pela dinâmica de desenvolvimento do próprio contrato.

O contrato se aperfeiçoa com a própria prestação do trabalho e presume-se que, ultrapassado o período do contrato de experiência, o empregador aceitou a performance do trabalhador para a função contratada, e a considera adequada ou dentro de suas expectativas de empregador.

Antes de examinar outros aspectos do tema, é necessário revisar e entender os conceitos de função e de tarefa coligidos pela doutrina.

2.4 Conceitos instrumentais de função e tarefa

Segundo Maurício Godinho Delgado⁶⁸:

[...] a tarefa consiste em uma atividade laborativa específica, estrita e delimitada, existente na divisão do trabalho, estruturada no estabelecimento ou na empresa. É uma atribuição ou ato singular no contexto da prestação de serviços. A reunião coordenada e integrada de um conjunto de tarefas dá origem a uma função. Neste quadro, função corresponde a um conjunto coordenado e integrado de tarefas, formando um todo unitário.

⁶⁸DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 969.

Outros doutrinadores reconhecidos tratam do tema de forma bem próxima.

Para efeito de definição do conceito de função, consideraremos que um conjunto de tarefas, realizadas pelo empregado, perfazem sua função.

Porém, essa definição pode não ser própria ou adequada. Funções complexas exigem a apropriação de diversas tarefas. Outras funções, mais simples, podem ser representadas por uma única tarefa do trabalhador.

Nota-se que a questão de definição precisa de funções, tarefas e suas ligações com outras funções relacionadas, ou outras tarefas compatíveis, é assunto espinhoso, e que será mais explorado à frente, quando expusermos sobre a classificação ocupacional.

Nesse momento, examinamos a relevante questão da "multifuncionalidade" ou "polivalência" dos empregados, desde logo indicando que Luiz Miguel Monteiro⁶⁹ declara que no contexto português o tema é dos mais interessantes e suscitados.

É bem difundida corporativamente a ideia de empregados polivalentes, empregados multifuncionais ou empregados com cargos largos: são aqueles que aglutinam várias atividades ou atribuições de mesma natureza de trabalho, geralmente em grau de atividades hierarquicamente médias, de forma a permitir a modificação de função de forma ágil. Ou seja, empregados que realizam várias funções ou diferentes tarefas, como é o traço marcante do sistema "toyotista", no qual os empregados possuem qualificação para o exercício de operação de várias máquinas, atuando em vários processos industriais.

Com o permissivo legal do parágrafo único do art. 456, da CLT, a ideia de empregados polivalentes já existe em nosso ordenamento, visto que o empregador,

⁶⁹MONTEIRO, Luiz Miguel. A Polivalência Funcional na Contractação Coletiva. In: MARTINEZ, Pedro Romano. (Coord.). *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*. Lisboa: Almedina, 2002, v. 3, p. 49.

durante a jornada de trabalho, pode determinar quaisquer tarefas ao seu empregado, desde que não haja cláusula contratual expressa de limitação.

Luiz Miguel Monteiro⁷⁰, após criticar a semântica da palavra “polivalência”, em face dos múltiplos significados que se pode ter, afirma que a concepção legal da lei portuguesa é estabelecer a polivalência como:

[...] o poder de o empregador exigir do trabalhador determinada prestação e não a qualidade ou características do trabalhador capaz de uma pluralidade de tarefas ou desempenhos a quem se reconhecem múltiplas habilitações e conhecimentos.

O interessante dessa abordagem de Luiz Miguel Monteiro é o cotejo com nosso parágrafo único do art. 456, da CLT, que debita o conceito de polivalência, contraditoriamente, no conjunto de condições pessoais do empregado e não na natureza das ordens que o empregador lhe determina.

Nesse sentido, Delgado esclarece que:

[...] isso significa que a estipulação contratual acerca da função (se verdadeira é claro), pode, sim, prevalecer sobre a qualificação profissional principal do trabalhador. Inúmeros exemplos retirados do cotidiano trabalhista demonstram a prevalência dessa regra geral: engenheiro contratado como operador de bolsa, economista contratado como vendedor viajante, advogado contratado como gerente bancário etc. Em todas essas situações figuradas, a função contratual do obreiro será aquela fixada no contrato e não aquela inerente à formação profissional universitária (art.442, caput, combinado com art.456, caput, da CLT).⁷¹

Pelo exame das ponderações acima apresentadas, parece-nos que fica bem estabelecido que as condições pessoais do empregado não podem ser critério de delineamento do objeto do contrato, como indicado no nosso parágrafo único do art. 456, da CLT.

⁷⁰MONTEIRO, Luiz Miguel. A Polivalência Funcional na Contractação Coletiva. In: MARTINEZ, Pedro Romano. (Coord.). *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*. Lisboa: Almedina, 2002, v. 3, p. 53.

⁷¹DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 937.

Por argumento, se admitimos que há diferença entre os termos “polivalência” e “multifuncionalidade”, podemos dizer que há atividades multidisciplinares, assim consideradas na sua relação mais próxima à ideia de realização mais gerenciais, menos operacionais, referindo não só tarefas específicas, estritas e delimitadas, como também as atividades inseridas em uma mesma área de concentração profissional.

Luiz Monteiro, ainda realçando que os termos polivalência e multifuncionalidade são, em seu entendimento, polissêmicos, enuncia que o trabalhador polivalente “é capaz de exercer com regularidade tarefas de diversas profissões do mesmo nível de qualificação ou funcional, razão pela qual merece o título de oficial principal da respectiva profissão”.⁷²

“Polivalência” significa capacitação e esse entendimento demonstra que profissionais mais capacitados não podem ser aqueles que estão na base da carreira profissional, especialmente nas atividades mais operacionais.

Notemos que a lei trabalhista brasileira veda a distinção entre trabalho braçal e trabalho intelectual, pela redação do art. 3º, parágrafo único da CLT. Todavia, no exame do tema “acúmulo de função”, essa divisão, que encontra certo paralelo com as expressões “trabalho operacional” e “atividade gerencial”, são decorrências naturais da própria natureza do trabalho e devem ser examinadas pelo prisma do tempo despendido na realização de tarefas.

Atividades fortemente marcadas pelo trabalho manual, cuja realização é mais concentrada no local de trabalho determinado pelo empregador, exigem um agregado de tempo despendido em suas tarefas que não encontra paralelo nos trabalhos mais intelectuais ou gerenciais.

⁷²MONTEIRO, Luiz Miguel. A Polivalência Funcional na Contractação Coletiva. In: MARTINEZ, Pedro Romano. (Coord.). *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*. Lisboa: Almedina, 2002, v. 3, p. 53.

E a distinção entre trabalhos predominantemente manuais ou intelectuais, para efeito de nossa pesquisa, não introduz nenhuma noção discriminatória com relação às duas naturezas ou tipos de trabalho, mas tão somente um traço ligado à concentração do trabalhador na realização de uma tarefa.

Por concentração, conceito que não é explorado na doutrina, entendemos que é o esforço do empregado, na realização de determinadas tarefas ao seu encargo, limitadas no espaço e no tempo. Ou, usando um exemplo singelo: Um metalúrgico faz parafusos dentro da fábrica, dentro de sua jornada; um vendedor de loja precisa estar na loja, seu local de trabalho, para vender, durante a jornada. Presume-se que um vendedor externo possa trabalhar muito mais que a jornada legal, ainda que não tenha controle, podendo realizar vendas em qualquer lugar e a qualquer hora, mesmo em seus períodos de descanso. Um gerente, não tem controle de jornada e, apesar de geralmente trabalhar gerenciando pessoas em um local determinado, razoável presumir que ele exercita seu trabalho de cognição, abstrata, em jornada muito mais extensa que a normal, inclusive em períodos de descanso. Um médico trabalha, em geral, ligado a um local de trabalho, presta seu trabalho em uma determinada jornada, mas, a exemplo do gerente, pondera sobre seus casos e, muitas vezes, soluciona-os abstratamente em período destinado ao seu descanso. Não há nenhuma discriminação sobre esses fatos que revelam tão somente características típicas de cada tipo de serviço.

Todavia, é lícito pensar que, em uma sociedade de informação, cada vez mais o trabalho não se limitará no espaço e no tempo, e a concentração⁷³ do trabalhador referente às suas tarefas tenderá a aumentar.

A evolução do mundo do trabalho caminha para um fortalecimento das atividades não fabris, ligadas a serviços, e típica de uma sociedade de informação.

⁷³Enquanto a posição de Souto Maior é a de um direito de desconexão, assim entendido como um direito de afastamento das atividades laborais, dirigido especialmente às comunicações e tarefas que podem ser impostas ao trabalhador nos períodos de descanso, nosso ponto de vista diz respeito à atividade intelectual de certas atividades que não são obstadas pelas intervenções da ré, mas tão somente advindas da responsabilidade da própria função. Assim, um advogado ou um diretor empregado pode ficar isolado no mundo, mas, seus processos mentais, voltados para suas funções, estão permanentemente conectados, ou melhor, concentrado. Sobre esse tema ver: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 23, 2003.

Para que se tenha uma ideia quantitativa do universo laboral que examinamos, nos apoiamos em algumas estatísticas:

Segundo o IBGE, em 2009, o setor de serviços correspondeu a 68,5% do PIB brasileiro (quando medido pelo valor adicionado)⁷⁴.

No segmento de empresas de serviços empresariais não financeiros, o IBGE estimou que, em 2008, havia 879.691 empresas, com receita operacional líquida de mais de 680 bilhões de reais e empregaram 9,2 milhões de pessoas. O setor foi também o principal destino dos investimentos estrangeiros diretos no Brasil: 14,1 bilhões de dólares, ou 44,9% do seu total.

Em 2008, o setor terciário, segundo o PNAD/IBGE⁷⁵, respondeu por 77,3% dos empregos formais do país, com as atividades de serviços, comércio e construção civil, representando 54,6% da PEA- População Economicamente Ativa. Desses empregos, 52% foram gerados por microempresas e empresas de pequeno porte – que representam 98% dos estabelecimentos comerciais do setor terciário brasileiro.

Em um contexto laboral fortemente de serviços,- e os *serviços como um todo tenderão a aumentar de importância no futuro em razão da sociedade de informação que se instala*-, o fenômeno da acumulação de função também aumentará, em razão da tendência à qualificação dos empregados e conseqüentemente a uma bem provável exigência de polivalência dos empregados.

A questão da melhor definição de quais sejam as funções e tarefas contratadas aos empregados terá, portanto, cada vez mais, uma relevância visível.

⁷⁴Pesquisa Anual de Serviços - PAS 2008, do IBGE. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. "O Setor de Serviços Brasileiro".

⁷⁵Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2009 do IBGE e Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) 2009 do Ministério do Trabalho e Emprego

Se o nosso interesse, neste trabalho, é examinar a questão do acúmulo de função, necessário indicar como a questão da polivalência e da multidisciplinariedade são tratados juridicamente.

Em primeiro lugar, o direito de o empregador definir quais são as funções contratadas, em nosso sistema, é um direito consolidado, seja em razão do direito constitucional de propriedade (CFRB/1988, art.5º, XXII), seja em razão do risco do negócio que o empregador assume ao contratar um empregado (art.2º, caput, da CLT)⁷⁶, seja porque o *jus variandi* é um direito reconhecido legalmente, especialmente nos termos do parágrafo único do art. 456, da CLT, além de outros dispositivos legais, não pertinentes ao nosso tema, alguns já comentados anteriormente sem maior profundidade.

Todavia, a questão da multifuncionalidade encontra alguma objeção nos critérios de qualificação, pois é exigência que o trabalhador multifuncional possua competências laborais compatíveis com o escopo do serviço que será executado.

Essa característica não é preocupante, em termos e por ora: empregados mais qualificados, ou “polivalentes”, “multifuncionais” etc, são detentores de competências profissionais diferenciadas, que refletem em salários geralmente mais elevados. E desde que a contratação tenha sido transparente, ciente o empregado das funções e tarefas que serão realizadas, tantas quantas forem contratadas, a dinâmica do mercado de trabalho tenderá a equilibrar a oferta e a procura desses empregos.

Nossa questão específica é sobre a multifuncionalidade ou polivalência que diz respeito à hipótese de um empregado comum, que enfrenta a alteração contratual durante o curso do contrato, sem cuidado mínimo de qualificação por parte do empregador e sem compromisso de contrapartida salarial ou de benefícios pelo novo agregado de funções. Esse caso, entendemos, representa a grande massa atingida.

⁷⁶CLT. Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Nesse sentido: se um empregado realiza originalmente uma função, e por determinação do empregador passa a realizar outra tarefa salarialmente mais atraente, o sistema laboral o protege com as figuras de isonomia por função ou identidade. Considerando que a dinâmica da relação de trabalho é racional, o empregador só irá contratar quem efetivamente possuir determinadas qualidades que ele, empregador, necessita.

A qualificação do empregado pode ser anterior ao contrato, e, nesse caso, é natural supor que o salário corresponda minimamente à concretude da contratação (espaço, tempo e suas circunstâncias).

Se, por outro lado, a qualificação ocorrer a custo do empregador, ele mesmo se encarregará de estabelecer cláusulas de prazo de permanência no emprego, na função determinada (geralmente aquela para a qual foi qualificado), ou então prevê a devolução dos valores investidos no empregado no caso de rescisão contratual. Geralmente, as partes fazem cálculos de utilidade para estabelecer os critérios de manutenção do contrato.

Mas ocorrendo a hipótese que nos interessa que é a de acréscimo ocupacional, agregando função nova à função original, havendo ou não qualificação autônoma ou custeada pelo empregador, incidimos novamente na leitura do parágrafo único do art. 456, da CLT, com todas as suas implicações, as quais, a maior, é a possível ausência de contraprestação pela nova função agregada.

Como conclusão pontual, observamos que a necessidade de definição de funções, numa sociedade de conhecimento, não servirá para afastar as funções desempenhadas, mas especialmente para definir claramente critérios de contraprestação e benefícios em razão da atividade e, no caso de acúmulo de função, servirá ao estabelecimento de contraprestações que conservem o equilíbrio do contrato laboral.

Considerando o exposto, devemos perquirir sobre o direito de alterar do contrato de trabalho, que o empregador possui, e o direito de reação ou resistência do empregado em face de alterações unilaterais que ele entender prejudiciais.

2. 5 *Jus Variandi* e *Jus Resistentia*. Limites

Ao examinar os conceitos de funções e tarefas do empregado, necessário examinar o direito e os limites da variação que o empregador possui para essa concorrência e da resistência que o empregado em direito de realizar em face dessas alterações contratuais.

Amauri Mascaro Nascimento assegura que o *jus variandi* é "o direito do empregador, em casos excepcionais, alterar por imposição e unilateralmente as condições de trabalho dos seus empregados".⁷⁷

Ao explicar o *jus variandi*, Antonio Menezes Cordeiro⁷⁸ assevera que:

Para além das modificações derivadas [do contrato de trabalho], nesses termos, da própria natureza necessariamente indeterminada da situação laboral, outras podem surgir, de natureza extraordinária, e baseadas diretamente na lei: aqui surge o *jus variandi*. O *jus variandi* traduz o poder que a entidade patronal tem, em determinadas situações, atribuir ao trabalhador tarefas não cobertas pelo contrato de trabalho ou pelas regras que, por força desse contracto, directamente conformam a prestação laboral. Trata-se de uma ocorrência delicada, que põe em causa os interesses do trabalhador, e que apenas necessidades sérias e muito ponderosas poderão justificar.

A doutrina⁷⁹ também classifica o *jus variandi* em duas modalidades: como ordinário, ou *stricto sensu*, assim considerado o poder de realizar pequenos ajustes no contrato de trabalho, tal como adaptações de horário ou a rota de entregas de um motorista; e extraordinário, ou *lato sensu*, assim considerado o poder do empregador de promover alterações substanciais no contrato de trabalho, tal como a alteração do local de trabalho com a consequente transferência do empregado.

⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1116.

⁷⁸ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Manual de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 681.

⁷⁹ Sobre esse tema ver: GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2009, p. 277.

Como vimos, a alteração de função é considerada pela doutrina e jurisprudência muito mais como um *jus variandi* ordinário.⁸⁰ Assim declara Augusto Cesar Leite de Carvalho⁸¹, sobre o tema: "a modulação da prestação de trabalho e, antes, a destinação da energia laboral são definidas pelo empregador ao exercer ele o poder diretivo *stricto sensu*".

Orlando Gomes e Elson Gottschalk⁸², ao examinar o conteúdo do contrato de trabalho, afirmam que "a prestação de trabalho se reveste de uma limitada generalidade". Ao examinarem os limites do poder do empregador de alterar o contrato de trabalho, os mesmos autores elencam essas alterações como: (i) transferência de funções, (ii) promoção e rebaixamento de categoria, (iii) remoção do empregado, (iv) sucessão da empresa, e (v) diminuição salarial em de razão de flexibilização dos direitos do trabalho no contrato individual por força de negociação coletiva.

Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão e Segadas Vianna⁸³, ponderando sobre a alteração unilateral do contrato de trabalho relativa à função desempenhada pelo empregado, que denominam de "cargo", afirmam que "a mudança do empregado de um para outro serviço, nos limites do cargo ou da qualificação profissional, é que se legitima pelo exercício do *jus variandi*: não se verifica, aí, alteração das condições contratadas".

Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro⁸⁴ afirma que a modificação ilícita prevista no art. 468, da CLT, difere do *jus variandi*, pois, as alterações lícitas são aquelas inócuas e, como tal, não colocadas sob previsão de cláusula ajustada, e o preceito legal tem em vista o que foi pactuado. Em outras palavras, as alterações do contrato de trabalho, entre elas as relativas às funções

⁸⁰Sobre esse tema ver: CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracajú: Avocati, 2011, Índice.17.4.2.1.

⁸¹CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. *Direito do Trabalho*. Aracajú: Avocati, 2011, Índice. 17.4.2.1

⁸²GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. 16. ed. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Forense, 2003, São Paulo, p. 178.

⁸³SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 20 ed. São Paulo: LTR, 2003, v. 1, p. 511.

⁸⁴CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley. *Alteração do Contrato de Trabalho*. In: DUARTE, Bento Herculano. (Org.) *Manual do Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. São Paulo: LTr, 1998, p. 342.

desempenhadas pelo empregado, são lícitas se forem inócuas, sem prejuízo manifesto, e, como tal, são previstas presumidamente pela regra contida no próprio artigo comentado. Por decorrência lógica, o art.468⁸⁵ da CLT, deve ser lido em consonância com o parágrafo único do art.456⁸⁶, da CLT, porém, não há na revisão bibliográfica indicação precisa dessa leitura, ainda que interessante.

Para Carla Teresa Martins Romar⁸⁷, o poder diretivo será válido quando existir uma justa necessidade da empresa, sem que com isso se ocasione grave prejuízo ao trabalhador. Deriva dessa afirmação o entendimento de que há uma margem de manobra subjetiva para a ação diretiva do empregador na medida em que sirva à necessidade da empresa na missão de atingir os fins econômicos e sociais que empreendimento se propõe realizar.

Para nosso tema, podemos entender que essa margem subjetiva de poder de alteração do contrato, mencionada por Carla Romar, apoia a noção de intensidade do trabalho e sua produtividade na medida em que a empresa capitalista é uma instituição que vive cercada de risco pela própria concorrência típica do sistema econômico. E é razoável tender que em sua dinâmica, a empresa vai exercitar essa margem de alteração, de tempos em tempos, até o limite da exaustão do empregado. É a lógica pela qual se move o empregador.

Pedro Romano Martinez adverte que ao empregador, no uso do *jus variandi*, e em razão das necessidades de reorganização da atividade laboral “admite-se que possa ser exigido do trabalhador uma prestação diversa” da contratada e prossegue: “O poder de alterar e a obrigação de exercer uma atividade diversa inserem-se no princípio da mútua colaboração”.⁸⁸

⁸⁵CLT. Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

⁸⁶CLT Art. 456. Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

⁸⁷ROMAR, Carla Teresa Martins. **Alterações do Contrato de Trabalho. Função e Local**. São Paulo: LTr, 2001, p. 55,57.

⁸⁸MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. Lisboa: Almedina, 2002, p. 581.

Relevante é a lição de Cesarino Júnior⁸⁹, sobre o tema do *jus variandi*, na modificação das funções do empregado. Preconiza o autor em duas passagens que merecem atenção:

No contrato individual de trabalho é elemento essencial a fixação dos serviços que devem ser prestados, que os autores italianos denominam qualificação profissional (*qualifica professionale*) do empregado.

Como elemento do contrato individual de trabalho, evidentemente a qualificação profissional não pode ser mudada unilateralmente pelo empregador.

Essa invariabilidade, entretanto, não impede sempre a transferência de função, isto é, o exercício do *jus variandi* do empregador. Com efeito, essa pode revestir-se de três formas: retrocesso [...]; promoção [...] e, enfim, a transferência pura e simples, pela passagem, seja a um outro serviço dentro da mesma qualificação profissional, seja para uma outra qualificação do mesmo grau ou mais ou menos afim.

Para Cesarino Júnior, a qualificação do empregado e o objeto da contratação, são devidamente estabelecidos como cláusulas do contrato, não podem ser alteradas pelo *jus variandi* do empregador e, caso sejam, as alterações podem ser para a realização de serviço compatíveis com a função contratada, mantendo-se também compatibilidade com a sua qualificação profissional.

Em nenhum momento, Cesarino Júnior indica que o acúmulo de funções do empregado seja lícita por parte do empregador, como atuação de seu *jus variandi*. Sua doutrina admite tão somente alteração de serviços compatíveis com a qualificação profissional, e entende que a alteração da cláusula de qualificação profissional é ilícita.

Nessa primeira aproximação, a questão da alteração da função, ainda que relevante para a fixação do conteúdo do contrato de trabalho, não se apresenta uniforme na doutrina juslaboral. Muito mais ainda causa controvérsia a questão do “acúmulo de função”. Há questões incidentes sobre o tema que merecem exame, como passamos a expor.

⁸⁹CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980, p. 283/284.

O contrato de trabalho subordinado tem a característica fundamental de continuidade, ante a impossibilidade prática de sobrevivência material do trabalhador, destacada da realidade socioeconômica. É natural, e até mesmo saudável, que as cláusulas componentes originais do contrato de trabalho se modifiquem, se alterem, a bem do próprio sistema econômico e a bem da melhoria das condições de vida do trabalhador.

Entretanto, e esse é um ponto relevante de nosso percurso, essas modificações devem ser cuidadas para que não se traduzam em prejuízos ao trabalhador e, mais ainda, devem representar avanço ou melhoria salarial. Na hipótese de acúmulo de função, essa melhoria, mais que uma questão de justiça, deve se tornar uma questão jurídica, ou seja, capaz de gerar efeitos jurídicos.

Essa conclusão pontual está plenamente de acordo com nosso argumento de que não se pode ser contrário à alteração de serviços, dentro dos parâmetros da cláusula contratual de função, especialmente se advir de aperfeiçoamento profissional, mas a alteração da própria função, e, mais grave, o acúmulo de função diversa daquela originalmente contratada, deve, pelo menos, receber contraprestação adequada.

De modo geral, o trabalhador tem pouco espaço para influir na alteração das cláusulas contratuais que estabelece com seu empregador, fato jurídico que a doutrina chama de “adesão”⁹⁰.

O acúmulo de uma função adicional à outra originalmente contratada, no curso do contrato, não deixa de ser a realização de um novo perfil contratual, pois seria lícito ao empregador contratar, desde logo, um empregado que realizasse o rol de funções agregadas. A diferença entre os casos está juntamente no agregado de funções negociado originalmente com o empregado, constituindo a cláusula de objeto contratual que não pode ser alterada se causar prejuízo ao empregado.

⁹⁰ Amauri Mascaro Nascimento declara que “Outro sinal distintivo do contrato de trabalho é a sua tendência manifesta no sentido de se constituir por mera adesão do trabalhador às condições de trabalho instituídas na empresa, quer pelo regulamento desta, quer por imposição do Estado. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 868.

Some-se a esse argumento a noção de efetiva liberdade laboral do empregado: diante da oferta de emprego, delineada a função e a retribuição, seu cálculo utilitário que se resolve pela aceitação da oferta é decisão daquele momento. Poderia ser diferente se, naquele mesmo momento da contratação, o empregador ofertasse a vaga esclarecendo a possibilidade de acréscimos posteriores, mantendo o mesmo salário. A liberdade de aceitação do emprego, pelo trabalhador, poderia permitir a desistência da oferta (*ratio*: pelo salário oferecido o trabalhador não aceita fazer todas as tarefas ou funções solicitadas). Essa transparência devolveria ao empregado a oportunidade de decidir pela oferta do emprego e, caso não considerasse interessante, poderia abrir mão dela.

Ocorre que, celebrado o contrato sem a limitação mínima do objeto, o empregado, nos termos do parágrafo único do art. 456, da CLT, pode ver seu contrato renovado todos os dias pelo empregador, no que diz respeito à cláusula de objeto, fundado no motivo de "dever de colaboração do empregado". E a natural dinâmica do trabalho nem sempre permite a possibilidade de o empregado rescindir seu contrato, pelos mais diversos motivos⁹¹, depois que inicia o trabalho. A situação posta só beneficia o empregador, quadro que afronta as diretrizes fundamentais do direito do trabalho, reforçando as questões que já observamos anteriormente.

Portanto, no que concerne à definição de funções após a contratação, seja pela sua redefinição (*nova ou outra função diferente da originalmente contratada*), seja pelo acúmulo com *outra- ou outras-* além daquela função contratada originalmente, o *jus variandi* não pode ser um poder ilimitado, posto a serviço do empregador, sem contrapartida.

O desdobramento dessa limitação não é o direito de resistência do empregado em face de alterações do contrato de trabalho, na hipótese de acúmulo

⁹¹O trabalhador pode perder chances de outras colocações no momento da contratação, chances estas que podem não estar mais à disposição no momento em que seu contrato de trabalho é alterado. Pode ocorrer ainda, com maior frequência, que o trabalhador assuma responsabilidades com terceiros, tal como compra da casa, escola de filhos etc, que igualmente vão influenciar a tomada de decisão de alteração de emprego em determinado momento de vida, situações essas de pressão que poderiam não ocorrer no momento de sua contratação.

de função, assim tomado como o direito de resolver o contrato, como será examinado logo a seguir.

Ao lado do chamado *jus variandi* do empregador, passamos a examinar o chamado *jus resistentia* do empregado.

A doutrina comumente apresenta o direito de resistência do empregado como uma decorrente antagônica do poder diretivo do empregador.

Delgado⁹² assevera que o instituto "assegura a prerrogativa de resistência do empregado perante ordens ilícitas ou irregulares do empregador (*jus variandi*)" e José Augusto Rodrigues Pinto sinaliza que "em contraponto a esse marcante *direito de alterar* do empregador, surge o direito de resistir [...]"⁹³.

O direito de resistência surge em face de ordens de direção consideradas ilegais, abusivas ou não contratuais. Ordens lícitas, via de regra, não podem ser resistidas, sob pena de infringência da própria prestação a qual o empregado se obrigou pelo contrato.

O direito de resistência dos empregados pode ser entendido como um conjunto de mecanismos de defesa e, como tal, são traduzidos por mecanismos individuais e coletivos, internos e externos à empresa.

Um mecanismo individual simples é reclamação pessoal, direta, do empregado ao empregador, requerendo o cumprimento do contrato ou, mais comum, renegociando suas cláusulas, de forma a retomar o equilíbrio pretendido, ou seja, pedindo aumento. Essa reclamação, se realizada, demonstra um descontentamento do trabalhador e é apresentada no momento e na forma que o empregado entende mais adequados.

⁹²DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 927.

⁹³PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de Direito Material do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 478.

Os gerentes, assim considerados aqueles dotados de poder de gestão, possuem, pela própria qualidade de sua função e acesso ao empregador, uma natural melhor condição de encaminhamento de suas reclamações e também possuem uma chance razoavelmente maior de ter suas demandas atendidas (*ratio*: é difícil encontrar bons profissionais). Ao empregado comum, assim entendido aquele que não possui maior poder de resistência, resta aceitar a imposição, ou ainda não aceitá-la e, nesse caso, assumir os riscos de sua decisão.⁹⁴

Há outros mecanismos internos à empresa em que é possível, em tese, encaminhar um pedido de renegociação de cláusula individual, tal como as comissões de participação dos trabalhadores na gestão da empresa, ou as Comissões de Conciliação Prévia, nos termos legais. Os Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista e o próprio sindicato representante do empregado podem, durante a vigência do contrato, intervir para uma possível solução da questão proposta pelo trabalhador. Esses caminhos ainda não são acessíveis nem usuais à maioria da população trabalhadora. Por fim, pode se recorrer à Justiça do Trabalho, por meio de uma reclamação trabalhista.

Ocorrendo a hipótese de ordens patronais de acumulação de uma outra nova função, ou funções, àquelas originalmente contratada, e se o empregado continua a prestar serviços de forma acumulada, sem uma paga minimamente correspondente ou razoável, o poder de resistência do empregado pode chegar ao pedido judicial de limitação do poder do empregador, orientando algumas possibilidades: (i) simples retorno do empregado às suas funções originais; (ii) retorno do empregado a suas funções originais e pagamento de diferenças pelo trabalho mais valoroso recebido durante a acumulação ilícita; (iii) a rescisão indireta do contrato de trabalho por demanda de serviços alheios ao contrato; (iv) rescisão indireta com pagamento indenizado de diferenças salariais pelo período que perdurou a acumulação ilegal. São possibilidades legais. As mais comuns, pela experiência no foro, são o pedido de diferenças relativas ao contrato findo ou a rescisão em razão do não pagamento de acréscimo compatível com a função adicionada.

⁹⁴ZIMMERMAN NETO, Carlos F. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 87.

Considerando que a alteração da função pode ser compreendida como um descumprimento do contrato, Amauri Mascaro Nascimento⁹⁵ esclarece que “na prática judiciária as ações de despedimento indireto são fundadas principalmente em mora salarial, redução salarial, transferências punitivas e ilícitas de localidades de trabalho, alteração de função etc.”

Alice Monteiro de Barros também aceita que a mudança de função seja motivo de rescisão indireta do contrato de trabalho:

São várias as hipóteses de descumprimento de obrigação contratual, entre as quais podem ser citadas, a título de ilustração, a mora salarial, a recusa do empregador em propiciar trabalho, a mudança de função com prejuízo para o empregado [...].⁹⁶

Mas há uma questão candente, muito pouco tratada pela doutrina, e diz respeito tanto ao direito de resistência como ao direito de defesa do empregado.

A norma trabalhista, ao indicar as razões da rescisão indireta, pela qual o empregado rescinde o contrato, estabelece:

CLT Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

O argumento da rescisão indireta, na hipótese, é ter o empregador exigido o “acúmulo de função”. Todavia, não havendo cláusula contratual expressa, e incidindo o contrato nos termos do parágrafo único do art. 456, da CLT, como pode o empregado provar, especialmente em juízo, que está resistindo à alteração ilegal?

Mas há outro caso tão ou mais grave.

O trabalhador dispensado por insubordinação, nos termos do art. 481, “h”, segunda parte, da CLT, enfrenta um dilema: A ré afirma que ele foi contratado para

⁹⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1224.

⁹⁶BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 724.

realizar certa função e agiu de forma insubordinada, justificando a justa causa. Como o empregado deve defender-se? Como provar que a função que a ré afirma que não cumpriu, na verdade não é função verdadeiramente contratada?

CLT Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

...
h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

Nos dois casos, as provas são condições de sucesso da ação e são totalmente favoráveis ao autor: no primeiro caso, é invencível a dificuldade de produção da prova pelo empregado; no segundo caso, bastará a prova de qualquer outro colega de trabalho do autor, que tenha presenciado de fato a recusa a qualquer ordem de trabalho, compatível com sua condição pessoal, acrescentada pelo empregador em face do permissivo do parágrafo único do art. 456, da CLT.⁹⁷

Parte dessa inteligência foi apresentada por Cesarino Júnior, em 1965, por ocasião da publicação de sua obra, de onde extraímos a seguinte passagem:

É princípio do art. 456, parágrafo único, da CLT, interpretado a contrário sensu: "à 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.", tanto assim que o artigo 483, "a", in fine, da mesma CLT, permite ao empregado dar por findo o contrato, entre outros motivos, quando o empregador exigir dele serviços alheios ao contrato.⁹⁸

Se a reflexão de Cesarino Júnior vale para a alteração de função, a inteligência da interpretação se aplica ainda com mais força ao caso do "acúmulo de função", que utiliza as mesmas bases conceituais.

Para nosso tema, resta estabelecer que a alteração da função, e a figura correlata do "acúmulo de função", podem ser motivos de resistência do trabalhador,

⁹⁷ No primeiro caso, a razoabilidade indica que o ato de contratação geralmente não é público e muito menos acompanhado de testemunhas do empregado. E, no segundo caso, não na necessidade sequer de a reclamada corromper testemunhas, bastando levar uma que, verdadeiramente, tenha visto o reclamante negando a realização de alguma ordem, sem que ele tenha conhecimento de outros dados do contrato.

⁹⁸ CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980, p. 284.

porém, muito precárias em face da concepção do *jus variandi* que envolve o tema, e razão pela qual deve de algum modo ser administrado.

Necessário ainda concluir, pontualmente, que a o acúmulo de função é hipótese de aplicação do *jus variandi* de natureza extraordinária, razão pela qual deve ser necessária e jamais representar prejuízo ao trabalhador.

Após a exposição anterior, faremos uma rápida abordagem das figuras afins ao acúmulo de função de modo a dissipar algumas eventuais dúvidas que surgem de seu exame.

2.6 Figuras afins ao acúmulo de função

Somente para que não reste dúvidas sobre o fenômeno examinado neste trabalho, é necessário estabelecer, ainda que de modo breve, algumas diferenças relevantes entre o “acúmulo de função” e as demais situações ligadas ao aumento de produtividade, à alteração de função, também chamada de “desvio de função”, “equiparação salarial” e “isonomia salarial” tendo em vista que, não raro, verificamos alguns desalinhos no entendimento dessas figuras.

Primeiramente examinemos o “desvio de função”.

“Acúmulo de função” e “desvio de função” são figuras próximas que estão relacionadas a mecanismos institucionais de retribuição da atividade laboral, com implicação no contrato de trabalho individual. Porém, no “desvio de função”, o empregado realiza outra tarefa, diferente daquela originalmente contratada. Trata-se de uma alteração de função que é resolvida pelos mecanismos de “equiparação salarial” ou “isonomia salarial”, caso cumprido os requisitos legais para tanto. Na figura do “acúmulo de função”, o empregado realiza a função originalmente contratada e mais outra, ou outras, acrescentadas pelo empregador ao rol de responsabilidades do empregado, com ou sem consentimento do empregado, fundado em seu poder diretivo (art. 2º, da CLT). Não há figura legal direta que solucione essa questão, à luz do parágrafo único do art. 456, da CLT.

Para esse fenômeno de desvio de função, a legislação atual tem duas previsões legais, seja na atividade privada, ou pública, assentadas nos art. 460 e 461, ambos da CLT, que possui previsão expressa para a isonomia e equiparação salarial.

Caso a função desempenhada pelo empregado não possua referência interna típica, passível de equiparação salarial referida no art. 461, da CLT, pode haver referência interna ou externa atípica, que permite, em tese, a incidência da isonomia salarial prevista no art. 460, da CLT.

A questão é mais facilmente enfrentada nos casos em que o empregador possui pessoal organizado em quadro de carreira, nos termos da lei; nesse caso, o direito ao salário da função efetivamente exercida é reconhecido pela jurisprudência consolidada, ainda que não enseje o direito do reenquadramento contratual⁹⁹.

OJ-SDI1-125 DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA (alterado em 13.03.2002) "O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988".

Observa-se que a questão da definição da função, nas empresas que possuem o pessoal organizado em quadro de carreira, devidamente regulamentado,¹⁰⁰ é ponto de partida para uma compreensão melhor de como os contratos de trabalho regidos por esse instrumento legal sofrem menos nas questões de "acúmulo de função".

Importante ressaltar que a Portaria nº 2, de 25.05.2006, do MTE, que estabelece critérios para homologação dos quadros de carreira previsto no art. 461, da CLT, e em conformidade com a Súmula nº 6 do TST, resolveu que para

⁹⁹MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla. *CLT com Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2013, p. 414. O texto faz referência à Orientação Jurisprudencial nº 125, do TST, relativa à interpretação convergente para o desvio de função na hipótese de empresa que possua quadro de carreira.

¹⁰⁰MTE – Homologação do Quadro de Carreira: inciso II do Anexo VII da Portaria nº 483, de 15 de setembro de 2004, que aprovou o regimento do Ministério do Trabalho e Emprego, e PARECER/CONJUR/MTE/Nº 166/2006, concluiu pela competência da Secretaria de Relações do Trabalho para homologar o quadro de carreira previsto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho.

homologar os quadros de carreira as empresas deverão conter, nos termos de seu art. 3º, inciso I, “a discriminação ocupacional de cada cargo, com denominação de carreiras e suas subdivisões”, procedimento que naturalmente discrimina o rol de tarefas de cada função e, portanto, indica um critério seguro para as questões relativas ao tema.

Nos casos em que os empregadores optam pelo estabelecimento de quadros de cargos e salários, observa-se que as questões ligadas ao acúmulo de funções podem ser solucionadas pela avaliação criteriosa das funções ou tarefas indicadas na referência, produzida pelo empregador, tornando-se critério de diagnóstico mais preciso.¹⁰¹

Vale a pena investir um pouco mais no exame do tema “quadro de cargos e salário”. O plano de cargos e salários é uma ferramenta de administração utilizada para determinar ou sustentar o controle das estruturas de operação de empregados e seus salários dentro da organização, e tem como objetivo alcançar os equilíbrios internos e externos entre esses fatores *-funções e salários-*, através da definição das atribuições, deveres e responsabilidades de cada cargo e os seus níveis salariais¹⁰².

Como ferramenta administrativa moderna, um plano ou quadro de cargos e salários, torna-se imprescindível em estruturas empresariais maiores e/ou mais profissionais, posto que é absurda a ideia de que uma empresa com centenas de empregados dirija individualmente as atribuições de função e salários. E, some-se, a ausência dessa ferramenta fomenta a busca judicial por equiparação salarial e isonomia, nos casos anômalos.

Inferimos, nesse ponto específico, que o “quadro de cargos e salários”, para as empresas que adotam essa ferramenta, possui, com certo grau de aproximação, as mesmas responsabilidades que as empresas têm com o pessoal

¹⁰¹Empresas organizadas e profissionais, geralmente de porte ou culturalmente mais avançadas preferem não homologar quadros de carreira para organização do pessoal em razão da forma de progressão que nem sempre privilegia o mérito, preferindo maior liberdade para designação de promoções de seus empregados voltados para os interesses da empresa.

¹⁰² SILVA, Mateus de Oliveira. Cargos e salários. In: BOOG, Gustavo; BOOG, Magdalena (Coord.). **Manual de gestão de pessoas e equipes**. São Paulo: Gente, 2002, cap. 27.

organizado em “quadro de carreira”, tal como previsto no art. 461, da CLT, e homologado no MTE.

Deduzimos também que a razão pela qual as empresas privadas preferem a adoção dos “planos de cargos e salários” está mais concentrado no critério de promoção.

Os quadros de carreira nos termos do art. 461, da CLT, implicam alternância de promoções por merecimento e por antiguidade, ressaltando que a antiguidade, na visão da administração científica, não é critério de competência ou mérito para progressão na carreira¹⁰³.

Parece-nos razoável que as empresas, afetas à notória situação de competição feroz do mundo capitalista moderno, não optam para que seus quadros sejam dirigidos por empregados que não sejam qualificados para suas funções, razão pela qual, apesar de possuírem quadros de cargos e salários, não os submetem à homologação ministerial. Some-se ainda o argumento de que empresas que não possuem quadros de carreira nos termos do art.461, da CLT, possuem maior liberdade fixação de salários além de não ser alvo de aplicação direta dos mecanismos de equiparação salarial, em razão dos períodos de contratos de seus empregados.

Necessário ainda ressaltar que o plano de cargos e salários, como documento orientador da relação trabalhista da empresa com seus empregados, torna-se um elemento constituinte do contrato de trabalho¹⁰⁴.

Manus e Romar apresentam, nesse sentido, uma jurisprudência selecionada que indica notoriamente a responsabilidade do estabelecimento do

¹⁰³CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de Pessoas*. 2. ed. São Paulo: Elsevier Campos, 2004, p. No livro, o autor que é referência na ciência da Administração, não inclui a antiguidade no algoritmo de avaliação de desempenho clássico ou tradicional, que verifica habilidades, capacidades, necessidades e traços pessoais, comportamentos na função e alcance de metas e resultados.

¹⁰⁴MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla. *CLT com Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2013, p. 421. Indica referência à interpretação jurisprudencial convergente para a incorporação ao contrato de trabalho dos empregados a instituição de um PCS- Plano de Cargos e Salários.

quadro de cargos e salários, inclusive dando equivalência ao instrumento "organograma" da empresa:

[...] réu não impugna a alegação de que o cargo de Coordenador de Serviços foi posteriormente rotulado como Analista Sênior I, nem há qualquer evidência de que tenha havido alterações nas atividades da autora após outubro/2003. Acrescento que no documento de f., o cargo de Analista Sênior está vinculado ao nível "C" de comissionamento do mesmo modo que o cargo de Coordenador de Serviços, na f. Diante desses elementos não há como negar o direito da autora ao recebimento de comissionamento nível "C", previsto para os cargos de Coordenador de Serviços/ Analista Sênior, a partir de maio/2003. Diante do exposto, julgo que a autora logrou êxito o exercício do cargo de "Coordenador de Serviços/Analista Sênior, a partir de maio/2003, sem que o empregador procedesse ao seu correto enquadramento no organograma da empresa para fins de recebimento da comissão fixa correspondente ao cargo. Assim são devidas as diferenças postuladas [...]. Os valores deverão ser apurados com base nos Regulamentos e Instruções que não vieram integralmente aos autos. Na ausência desses elementos, com base no art. 460 da CLT, determino que as diferenças sejam calculadas tomando-se como parâmetro o salário pago a outro empregado que tenha ocupado a mesma função, ou função equivalente, no mesmo período, com base no organograma interno. (TRT 4ª Região. RO 00029-2008-04-00-0, 4ª T; J.23.04.2009. rel. Denise Pacheco.)

A produtividade, por seu turno, é figura que decorre da exigência de maior produção do empregado, por parte do empregador, com ou sem investimentos empresariais na estrutura da empresa ou qualificação adicional dos trabalhadores. A exigência de cumprimento de metas¹⁰⁵, adoção empresarial de mecanismos tecnológicos ou administrativos de melhor, a melhoria do perfil profissional dos trabalhadores com iniciativas de capacitação, não se constituem, em regra, infração à relação contratual original¹⁰⁶.

Não há, nas situações supra relacionadas à produtividade, qualquer alusão à alteração da atividade laboral em si. O empregado continua a realizar sua

¹⁰⁵O Sindicato dos Bancários de São Paulo realizou uma pesquisa entre seus associados para examinar as questões de saúde dos empregados em banco, em razão da notoriedade de pressão que essa atividades exerce em face de seus trabalhadores. Na pesquisa, a adoção de metas pelos bancos, mais especificamente metas de vendas, foi criticada muito mais pela forma de cobrança, com ameaças de toda sorte, que pelo próprio fato de existirem metas. Sindicato dos Bancários

¹⁰⁶Nesse sentido, o Sindicato dos Bancários realizou pesquisa específica e publicou o livro *Saúde dos Bancários*. Na pesquisa, os bancários declaram que não são contra a imposição de metas, mas são contrários à forma com que elas são estabelecidas, tal como metas impossíveis, e como elas são cobradas, por meio de ameaças e atentatórias à moral dos trabalhadores. SZNELWAR, Laerte Idal. (Org.). *Saúde dos Bancários*. São Paulo: Publisher Brasil, 2011.

missão básica, porém, com adoção de medidas que contribuem para o incremento de produtividade de sua própria atividade. O parágrafo único do art. 62, da Constituição Federal de 1988, prevê o pagamento aos trabalhadores de participação nos lucros e resultados nas empresas, como forma de integração entre capital e trabalho e com incentivo à produtividade¹⁰⁷. Dessa forma, o aumento de produtividade encontra certo amparo legal na distribuição dos resultados alcançados pelos trabalhadores.

Ainda no que diz respeito à produtividade, é razoável supor que um empregado que naturalmente se qualifica, seja por meio de capacitação formal externa ou por meio da autodidática aplicada no próprio trabalho, terá aumento de sua produtividade individual e poderá lançar mão de outros instrumentos legais de proteção aos seus eventuais direitos, tal como a "equiparação salarial", desde que atendidos requisitos do art. 461, da CLT.

No que tange a outro fenômeno, o da equiparação salarial, a igualdade de pagamento de salários entre trabalhadores é um dos mais importantes princípios de dignidade do trabalhador, direito cuja previsão legal é bastante conhecida no ordenamento trabalhista brasileiro, repercutindo o princípio internacionalmente aceito, inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos da OIT, de 1948¹⁰⁸.

Nos termos da legislação em vigor no Brasil, a regra geral prevê que os trabalhadores que realizam as mesmas funções, no mesmo local de trabalho, para um mesmo empregador, e que tenham produtividade e perfeição técnicas equivalentes, com diferença de tempo na função menor que dois anos, têm direito de receber salários idênticos.

¹⁰⁷ A norma constitucional foi regulamentada pela Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000.

¹⁰⁸ [...] 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração, por igual trabalho. [...]” Art.XXIII, da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em 10.12.1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas- ONU. O Brasil é signatário. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

Esse tema é objeto de exame abundante na doutrina¹⁰⁹ e jurisprudência, tornando desnecessário seu exame mais profundo.

Outra figura jurídica relevante para o tema é a “isonomia salarial”, prevista no art. 460, da CLT, que requer a ausência de uma estipulação do salário ou a ausência de prova da importância ajustada, dando direito ao trabalhador perceber salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago a serviço semelhante.

A questão só tem relevo para o nosso tema na hipótese em que o trabalhador tem acumuladas funções de trabalho sem uma estipulação formal do salário, ou prova dessa estipulação. Nosso estudo não pretende se aprofundar no tema. Porém, há duas questões que nos interessam.

A primeira questão decorrente diz respeito à obrigatoriedade dos empregadores pagarem a seus empregados salários de mercado. A expressão legal “ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante” pode estabelecer essa conexão do empregador para com outros empregadores, hipótese também presente nos pedidos de pagamento isonômico de empresas terceirizadas¹¹⁰.

Merece destaque a questão de que essa figura aparece particularmente em contratos originais, aqueles realizados no início da prestação laboral. Tomemos a seguinte decisão, que bem ilustra nosso argumento:

¹⁰⁹ Sobre o tema ver: MARQUES, Fabíola. **Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro**. São Paulo: LTr, 2002.

¹¹⁰ A ideia já foi, inclusive, objeto inserido no art. 7º, do PL Nº 1621/2007, de autoria do Deputado Vicentinho, que prevê salários iguais dos terceirizados àqueles que, na empresa, realizarem funções idênticas. Tome-se mais como um critério de valorização do empregado terceirizado que regra de efeito prático, pois, a parte significativa às funções terceirizadas não mais são exercidas por empregados da tomadora, tal como limpeza e segurança, além de serviços técnicos não ligados à atividade fim, para usar a terminologia da Súmula 331, do TST.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÚMULO DE FUNÇÕES. SALÁRIO ADICIONAL NO MESMO VALOR DO RECEBIDO PELO PARADIGMA. O Tribunal Regional reconheceu que o reclamante acumulava as funções de operador e programador de computadores, motivo pelo qual manteve a condenação ao pagamento de diferenças salariais resultantes da diferença entre a sua remuneração e a do paradigma. Ora, considerando que o acúmulo de funções não implicou aumento da jornada de trabalho, não se verifica violação direta e literal do art. 460 da CLT. Com efeito, o pagamento de salário integral, como pretendido pelo autor, seria devido se ele dedicasse todo o seu turno de trabalho para executar, exclusivamente, as tarefas de programador, o que não se tem notícia nos autos. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Processo: AIRR - 157240-66.2004.5.08.0001 Data de Julgamento: 16/12/2009, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2009.

2.7 Cargo, função e produtividade

Não se confundem os conceitos de cargo e função.

A doutrina juslaboral¹¹¹ indica de modo bem delineado e já consolidado as noções de cargo e função.

Por “cargo” o conceito é dado pela simples denominação ou nomenclatura da posição que um empregado possui na estrutura do empregador: é um rótulo. Função, por sua vez, é o conjunto de atividades, tarefas, atribuições, encargos, competências, responsabilidades dedicadas a um trabalhador determinado. É o real conteúdo da prestação do serviço desempenhado pelo empregado.

Um cargo é “preenchido” por um trabalhador; uma função é a “exercida” por ele. Ambas as figuras se realizam em razão do contrato de trabalho.

Não há nexos necessários entre o âmbito da denominação do cargo ocupado e âmbito da função exercida, ainda que seja saudável que o nome do cargo guarde relação com a função.

Há particularidades para essa regra de relação cargo/função.

¹¹¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 664.

A primeira particularidade é a existência de pessoal organizado em quadro de carreira, devidamente homologado pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Nos empregadores melhor estruturados, o quadro de cargo e salários indica a nomenclatura do posto e o perfil de suas funções, indicando também o salário que a estrutura empresarial paga aos trabalhadores listados.

Há relação de funções básicas às denominações profissionais simples, por estabelecimento legal de responsabilidades, a exemplo de engenheiros, médicos etc.

Há ainda o interesse do próprio empregador em denominar os cargos que dispõe com nomenclaturas conhecidas do âmbito empresarial, denominações estas que se aproximam das funções exercidas pelos seus ocupantes, como forma de possibilitar rápido reconhecimento de responsabilidades, seja na atribuição, no acompanhamento ou na cobrança de resultados do trabalho.

Porém, não há qualquer relação obrigatória da nomenclatura do cargo do empregado à função desempenhada na empresa.

A título de referência, a anotação do contrato de trabalho na CTPS, procedido na forma indicada na CLT e demais normas administrativas pertinentes, apresenta um campo indicativo de "cargo".

Note-se que a CTPS é um documento encadernado que pode, em suas folhas posteriores à anotação do contrato de trabalho, mais precisamente nas "Anotações Gerais", acomodar confortavelmente as anotações relativas à função contratada ao empregado, de forma simples, não burocrática e eficiente.

A regra da experiência de foro demonstra que é ínfimo o número de empregadores que usa esse mecanismo para delimitar, mínima e brevemente, as funções desempenhadas pelos empregados contratados.

Passamos a examinar a articulação entre produtividade e acúmulo de função, para estabelecer nexos entre esses dois institutos.

Há uma reflexão comum na doutrina e jurisprudência, como já vimos, de que não há um acúmulo real de funções de empregados, pois, ao realizar uma determinada função, o empregado deixa de exercer outra. Trataria a situação somente como um caso de produtividade. A reflexão exige um exame mais detido.

Uma primeira impressão pode considerar que atividades manuais podem exigir um nível de concentração de atividade, que implica em mitigação da concentração mental, circunstância que impossibilita, em tese, a realização de duas tarefas ao mesmo tempo. Essa abordagem nos parece ser incompleta.

Primeiramente, há atividades que possuem maior envolvimento reflexivo, tal como dirigir veículos automotores, que são acumuladas com outras funções, cujo foco de atenção é notoriamente mais exigido e, em decorrência, mais extenuante, tal como a função de vigilância. E, nesse exemplo, essas duas funções exigem habilidades diferentes.

Some-se que o ato de dirigir veículos automotores, que a prática torna cada vez mais reflexivo, exige sempre um nível de atenção que a torna incompatível com a realização de outra função, apesar de ser aceita em algumas atividades e casos específicos¹¹².

Por outro lado, nas atividades intelectuais, a acumulação de tarefas cuja demanda não ocorre em razão do fator tempo, mas em razão do fator habilidade, podem ser acumuladas e o senso comum parece aceitar essa acumulação como mais natural.

O critério "habilidade", portanto, é decorrência lógica da própria disposição para o trabalho e a sua concentração nas tarefas que se propõe a executar.

¹¹²Note-se o Código Nacional de Trânsito que não permite uso de telefones celulares pelo condutor de veículo enquanto dirige, mas há várias convenções coletivas de empregados vigilantes que autorizam indiretamente a vigilância motorizada e uso de aparelhos de comunicação, definindo pagamento da atividade adicional de motorista.

Um segundo critério de exame na acumulação de tarefas pelo empregado é a “conexão” das atividades ou tarefas cumuladas. Por esse critério, não há acumulação de tarefas se elas estão conectadas com etapas anteriores ou posteriores a uma determinada fase de produção.

Esse critério de análise definido pela “conexão” entre tarefas anteriores e posteriores a uma etapa determinada, utilizado com certa frequência para a percepção e afastamento da acumulação de funções, é critério prejudicado desde a introdução histórica da linha de montagem “fordista” e também não possui pertinência aplicada ao método de produção “toyotista”: uma tarefa, seja na produção industrial, seja na produção de serviços, sempre estará ligada a uma etapa anterior e a outra posterior, salvo em casos em que um único empregado seja responsável por toda a produção de um determinado produto ou serviço, hipótese relativamente rara de ocorrer.

O argumento de “conexão” não é suficiente para estabelecer a obrigatoriedade de um trabalhador dever realizar as etapas anteriores ou posteriores à sua. Por óbvio que se as tarefas das etapas anteriores e posteriores exigem habilidades especiais que o empregado não detém, a acumulação de funções é inviabilizada pela própria dinâmica do trabalho.

Um terceiro critério é o da “correspondência” da tarefa referida como “acumulada” com aquela originalmente contratada. Também aqui temos uma precariedade conceitual, pois se há correspondência há, em verdade, similaridade: e a realização de uma mesma tarefa, realizada com um contexto meramente formal diferente, não implica em alteração do contrato de trabalho. Meras introduções tecnológicas que não alteram o fundo da tarefa contratada não devem, por si só, alterarem a função ou significar que o empregado acumula outra função além daquela originalmente contratada. Por exemplo: a utilização de um dispositivo eletrônico para facilitar as operações de vendas, com conexão à internet, não altera as funções típicas de vendas. A mesma razão vale para a atividade de cobrança, serviços técnicos etc. E vale também para as profissões regulamentadas, como engenheiros, arquitetos, médicos etc. A qualificação profissional habilita um

empregado a exercer sua profissão com o instrumento tecnológico atualizado e não se pode debitar a essa introdução uma modificação de função.

Outro critério, que pode ser considerado, é o da pertinência de uma tarefa como acessória a uma tarefa principal. Cuidados relativos a instrumentos de trabalho nem sempre poderão ser incluídos como tarefas acumuladas, salvo naquelas profissões que exigirem outras habilidades para sua realização. Médicos não precisam, necessariamente, limpar o instrumental cirúrgico que utilizam, pois essa tarefa, a limpeza de material cirúrgico, é qualificada. A mera manutenção de uma mesa de trabalho limpa ou organizada, em serviços de escritório, ou oficinas de serviços, não pode constituir função adicional a um contrato de trabalho.

A lei portuguesa indica um critério de afinidade ou de ligação funcional entre tarefas¹¹³.

Entendemos que os termos da legislação portuguesa não correspondem à mesma ideia de pertinência ou acessoriedade que apresentamos.

O conceito de "afinidade" nos parece ser uma relação de familiaridade ou de conformidade entre duas dadas situações analisadas. Ser familiar ao exercício de uma determinada função não significa ter capacidade para seu exercício, tal como é o caso de profissionais da área de construção civil. Um pedreiro habilidoso pode ter conhecimentos de instalações elétricas e hidráulicas de pequeno porte, pois são atividades que são desenvolvidas de forma bastante próximas e, no entanto, esses serviços, que podem ser considerados familiares, são bastante diferentes e, por essa razão, facilmente percebidos como diferentes e, logo, acumuláveis.

O diagnóstico prático do tema para a realidade brasileira é estabelecer uma situação na qual a atividade referida como "acumulada" guarde uma relação

¹¹³Art. 112, "2", do Código do Trabalho de Portugal. Lei nº 7/2009: "A actividade contratada, ainda que determinada por remissão para categoria profissional de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno de empresa, compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e que não impliquem desvalorização profissional".

afim, familiar, que é exercitada de modo natural para a realização da tarefa contratada, sem percepção de distinção essencial.

O clássico exemplo da cobrança de débitos feita pelo vendedor praticista põe em dúvida o critério da legislação portuguesa, aplicado à percepção brasileira, tomada pelo prisma cultural em que estamos inseridos. No exemplo, é razoável supor que a tarefa de cobrança de débitos por vendas realizadas guarda alguma relação com novas vendas, além de aproveitar a própria visita do vendedor ao cliente. Do ponto de vista comercial, pode não ser muito aconselhável ante a diferença de posturas exigidas pelas figuras do vendedor (exigência de empatia, simpatia e flexibilidade) e do cobrador da dívida (exigência de apatia ou frieza e rigidez) feitas pelo vendedor praticista em face da clientela. Porém, o critério de atividades afins ou de ligação funcional poderia legitimar, afastar a incidência da figura de “acúmulo” de funções.

A conclusão pontual sobre o exame de questões ligadas à acumulação de tarefas é a de que os critérios para identificação de acumulações de funções, tomadas em sua generalidade, não são suficientes para abarcar as inúmeras hipóteses da vida.

Os critérios de habilidade, conexão, correspondência, pertinência acessória, afinidade ou ligação funcional, nas hipóteses em que são contratados com o trabalhador sem maior definição, conduz a uma aporia, a uma inconclusão sobre a situação real, que prejudica o empregado.

A solução que toda técnica induz aos diagnósticos dos critérios de habilidade, conexão, correspondência, pertinência acessória, afinidade ou ligação funcional, exige uma etapa anterior que é a definição a mais pormenorizada possível, sobre o rol de funções e atividades de um empregado. A denominação genérica das funções é prejudicial ao contrato pela indefinição de seu objeto.

Uma solução para a questão é a utilização das classificações ocupacionais profissionais. No Brasil, temos a Classificação Brasileira de Ocupações, CBO, realizada pelo MTE. Sindicatos e empresas podem, a exemplo de

suas congêneres estrangeiras, negociar classificações setoriais, surgidas de entendimentos paritários, auxiliados por técnicos governamentais ou consultores oficiais de órgãos de fiscalização (Conselhos Profissionais) etc.

2. 8 Classificação ocupacional

A definição de uma função é indicada na doutrina como uma questão que deve ser administrada, para definir o objeto do contrato de trabalho. Ocorre que esse objeto, enquanto o serviço prestado pelo empregado possui, sem dúvida, uma margem de variação que é necessária às adaptações, ou seja, o modelo abstrato a cada uma das realidades empresariais.

Marcio Túlio Viana a respeito da precisão com que as tarefas do empregado devem ser definidas e sua relação com o *jus variandi* do empregador, acrescenta que:

[...] pode parecer que tudo que é secundário, e só por ser secundário, cai no campo do *jus variandi*. Mas não é bem assim. O comando só se justifica, como vimos, pela natureza do trabalho assalariado, que repele o detalhamento a priori. Assim, o que marca os limites do *jus variandi* não é tanto a irrelevância da modificação, mas a impossibilidade lógica de sua previsão aproximada¹¹⁴.

Primeiramente, relembremos que a questão da definição das funções nunca foi um problema real no foro trabalhista, posto que em toda ação de equiparação salarial por identidade ou por isonomia, o empregador esclarece com razoável precisão as tarefas essenciais realizadas pelo empregado, agora reclamante, nos limites da função desenvolvida. E a doutrina e a jurisprudência jamais se encaminharam no sentido de exigir as indicações pormenorizadas e precisas dos afazeres contratados ao empregado.

Mas considerando que pode haver questionamento na referência à função desempenhada, as classificações ocupacionais colaboram para estabelecer padrões razoavelmente aceitos pelos atores sociais.

¹¹⁴ VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência*. São Paulo: LTr, 1996, p. 222.

Essa experiência é dada pelos contratos coletivos de trabalho, de utilização bastante restrita no Brasil, mas amplamente exercitados em países europeus.

Manoel-Carlos Palomeque López¹¹⁵ explica:

La determinación del trabajo y del salario adeudado, por el carácter normado del contrato de trabajo, apenas se requiere de una genérica indicación (categoría o grupo profesional) del trabajo a prestar. La determinación suficiente es, o puede ser, objeto de normas legales o convencionales.

Palomeque López, ao explorar um pouco mais sobre as balizas de uma classificação ocupacional, informa:

La clasificación profesional obedece, en primer lugar, a un sistema objetivo, predeterminado, pactado en convenio o acuerdo de empresa, de determinación de funciones para la prestación de trabajo. [...] En efecto, por grupo profesional hay de entenderse el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales.¹¹⁶

A Classificação Brasileira de Ocupações – CBO é um método de análise ocupacional, publicado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, e apresenta a nomeação, codificação de títulos e o conteúdo das ocupações encontradas no mercado brasileiro de trabalho.¹¹⁷

A CBO também tem sido utilizada em algumas decisões do TST que a acolhem como classificação para efeitos de fixação de função, em especial sobre o tema de acúmulo de função:

¹¹⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, Manoel-Carlos et al. *Derecho del Trabajo*. 12. ed. Madrid: Ramón Areces, 2003, p. 667.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 720.

¹¹⁷ A explicação mais completa do método da pesquisa pode ser visualizada nos três livros que compõem a CBO. Disponível em: <www.mtecbo.gov.br>. Acesso em: 01 maio 2013.

JORNALISTA - ACÚMULO DE FUNÇÕES - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEGISLAÇÃO DO RADIALISTA NO CAPÍTULO QUE PREVÊ O PAGAMENTO DE ACRÉSCIMO SALARIAL PELA ACUMULAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES.

1. Discute-se a possibilidade de invocação, por analogia, da legislação do radialista, especificamente o art. 16, I, do Decreto nº 84.134/79, para efeito de conferir ao jornalista profissional que acumula funções a gratificação de acréscimo salarial, dada a ausência de legislação específica para os jornalistas.

2. Embora o dispositivo em questão volta-se para a profissão de radialista, porque é decreto regulamentador da Lei nº 6.615/78, não há como afastar a possibilidade de aplicação, por analogia (CLT, art. 8º), de tal preceito à categoria de jornalista, dada a semelhança das profissões.

3. Cotejando-se as descrições sumárias inscritas na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) de ambas as categorias profissionais (jornalista e radialista), conclui-se que as atividades se assemelham, na medida em que tanto o jornalista quanto o radialista prestam os seus serviços em empresas que produzem o mesmo efeito prático, que é a transmissão de notícias. Tal conceito, inclusive, fica mais evidenciado para os empregados que trabalham para a Rádio CBN (Central Brasileira de Notícias), empresa de radiodifusão que possui âncoras, repórteres e jornalistas.

4. No caso, era incontroverso que a Reclamante, jornalista profissional do Jornal Zero Hora, acumulava as funções de editor "c" e repórter, ficando patente a alteração contratual sem a respectiva contraprestação por esse acréscimo de atribuições, devendo ser aplicada, por analogia, o art. 16, I, do Decreto nº 84.134/79.

Recurso de revista desprovido.

Processo: E-ED-RR - 312100-94.2003.5.12.0018. Data de Julgamento: 30/11/2005, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 03/03/2006.

A título de visualização da especificação da CBO, apresentamos em anexo (ANEXO) exemplos de análise ocupacional de profissões comuns. A primeira ocupação indicada, com exigência de nível superior, foi a função de "secretária". A segunda, com exigência de nível técnico, foi a função de "técnico de laboratório industrial". A terceira, como ocupação com exigência de nível médio, a função de "almoxtarifista e armazenista".¹¹⁸

Como se observa, a CBO indica de forma razoavelmente aproximada e suficientemente precisa a descrição de funções, pela nomenclatura usual, bem como

¹¹⁸Classificação Brasileira de Ocupações: CBO - 2010 – 3. ed. Brasília: MTE, SPPE, 2010, Livro 1, p. 355-431-707.

as tarefas mais usuais, tomadas a partir da consulta a organizações profissionais de cada área de atuação.

Pelo seu exame, é perfeitamente possível averiguar e estabelecer uma baliza para determinação de atividades e funções afins, correlatas, típicas, relacionadas a uma função ou ocupação determinada.

Ajustes específicos para cada contratação podem e devem ser feitos, de modo a conciliar os interesses do empregador e as exigências das atividades produtivas.

A CBO também fornece um elemento pedagógico na indicação de atividades de cada ocupação, indicando, por meio dos exemplos, o grau de precisão de descrição que se exige para constatar um determinado perfil profissional.

Esse componente pedagógico da CBO é relevante para tranquilizar as partes contratantes quanto ao tipo de detalhamento que um contrato de trabalho deve exigir, não requerendo que sejam arroladas todas as tarefas contratadas, pois, no limite, chegaríamos a dois absurdos: - *primeiro*- tarefas mínimas não são previstas, portanto, não devem ser realizadas pelo empregado por força da descrição do contrato ou, - *segundo*-, um empregador se dedicaria a colocar na descrição das tarefas um detalhamento que colocaria a atividade do empregado em risco, sob argumento de que deixou de realizar as tarefas constantes no contrato.

O uso do bom senso na descrição de funções não pode ser menosprezado pela importância prática que possui na vida laboral.

A experiência de foro ordinária habilita a afirmar que, salvo para as empresas mais profissionais, nas quais há descritivos de funções, com quadro de cargos e salários, as indicações ocupacionais feitas pela CBO são mais precisas que a maioria das indicações de funções apresentadas pelas empresas reclamadas, em suas defesas, nas hipóteses de demanda por diferenças salariais em razão de função.

Acreditamos que o mais relevante do tópico seja demonstrar que a realização de contratos de trabalho que determinem com maior precisão suas obrigações, desde que adequada à modulação típica trabalhista, é perfeitamente possível de ser feita pelo empregador brasileiro.

CAPÍTULO 3

3. 1 Alteração do contrato de trabalho: exame da doutrina

A doutrina trabalhista nacional enfrenta a questão do acúmulo de função de forma pontual, sempre fazendo relação com o poder diretivo do empregador na adequação das tarefas do empregado, a bem de servir a empresa no desempenho de atividades e alcance dos objetivos do empregador.

São poucas as obras que se debruçam mais extensamente sobre o tema.

Destacamos a obra “Alterações Contratuais Trabalhistas” de Maurício Godinho Delgado¹¹⁹ e especialmente a obra “Alterações do Contrato de Trabalho. Função e Local”, de Carla Teresa Martins Romar¹²⁰.

Delgado apresenta um apanhado minucioso das alterações de trabalho em todas as suas tipologias.

No livro, Delgado declara que “a alteração de função é a mais importante e recorrente alteração qualitativa apreendida pelo Direito do Trabalho”¹²¹.

O autor esclarece que há três regras aplicáveis ao tema. A primeira, diz o autor, que a função exercida verdadeiramente pelo empregado prevalece sobre sua qualificação profissional, exemplificando com o caso de um engenheiro que é contratado para a função de vendedor; a segunda regra diz respeito à prevalência da função exercida sobre a mera denominação do cargo, exemplificando com o caso dos “falsos gerentes; a terceira regra, que nos interessa mais proximamente, declara que na interpretação do parágrafo único do art. 456, da CLT, a doutrina e a jurisprudência têm compreendido que a lei pretende valorar a “qualificação profissional” do empregado quando menciona a “condição pessoal” do trabalhador e

¹¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Alterações Contratuais Trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.

¹²⁰ ROMAR, Carla Teresa Martins. *Alterações do Contrato de Trabalho. Função e Local*. São Paulo: LTr, 2001.

¹²¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Alterações Contratuais Trabalhistas* São Paulo: LTr, 2000, p. 53.

diagnostica que a norma em comento é um dos raros exemplos de norma estatal dispositiva do Direito do Trabalho pátrio.

Amauri Mascaro Nascimento explica que “normas dispositivas” são as leis que não vedam ajustes decorrentes da autonomia privada¹²².

Sobre esse aspecto da classificação da norma, a liberdade de contratar disponível ao empregado e ao empregador não qualifica a norma dispositiva como capaz de não estabelecer um contorno do objeto do contrato de trabalho. Em outras palavras: a liberdade de contratar não significa deixar de estabelecer qual o objeto, o bem ou a utilidade contratada, caso contrário, estaríamos diante de um conflito interessante de normas em face do disposto no art. 104, inciso II, do CC/2002, que declara: “A validade do negócio jurídico requer objeto lícito, possível, determinado ou determinável”.

E outro aspecto que enfrenta questão proposta por Delgado, com apoio na doutrina e jurisprudência afirmada pelo autor, é que o próprio parágrafo único do art. 456, da CLT, estabelece a questão da previsão contratual ou da prova relativa ao objeto do contrato, para só depois, apresentar a presunção legal de que “o trabalhador se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal”. A leitura que fazemos, portanto, é ligeiramente distinta da exposta por Delgado.

Na obra de Carla Romar, merece destaque a limitação que a autora faz ao objeto do contrato como diretriz da exigência de prestação laboral:

O trabalhador deve ser contratado para serviço certo e determinado. Como consequência, o empregador só pode exigir do empregado serviços contidos nos limites de suas funções.

...

O ideal, portanto, é que se tenha uma determinação expressa das obrigações contratuais e, dentre elas, a que se refere à função a ser exercida pelo empregado.¹²³

¹²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 427.

¹²³ ROMAR, Carla Teresa Martins. *Alterações do Contrato de Trabalho. Função e Local*. São Paulo: LTr, 2001, p. 89/90.

Essas duas passagens da lavra de Carla Romar expressam bem a tensão existente sobre o tema do acúmulo de função no âmbito da alteração contratual: o ideal de um contrato explícito sobre a função contratada do empregado e seu limite de obrigação laboral.

3. 2 Exame da CLT

A CLT não possui previsão para a figura jurídica do “acúmulo de função”. A norma celetista faz menção somente à ausência de especificação da função no contrato de trabalho, ou ausência de prova do pactuado como motivação para rejeição de pedidos de pagamento de adicionais por acúmulo de função.

O tema relativo à função contratada do empregado é limitada ao parágrafo único do art.456, da CLT.

Art. 456.

...

Parágrafo único. A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

A doutrina e a jurisprudência retiram do sistema os indicativos para fundamentar posições antagônicas relativas ao tema. Os principais argumentos contrários ao reconhecimento de um direito de adicional salarial, em razão do acúmulo de função, são a disponibilidade do empregado às ordens do empregador durante sua jornada, o princípio de máxima colaboração (ou sentido de máxima cooperação) do empregado com o empregador, o princípio da boa-fé ligado à dinâmica do trabalho e ao princípio da primazia da realidade. Os argumentos favoráveis ao reconhecimento do direito são as características sinalagmática e comutativa do contrato de trabalho, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, a redução salarial.

Importante salientar que alguns decretos estabelecem a necessidade de haver contrato de trabalho expresso no qual conste detalhadamente a natureza da função profissional, com definição das obrigações respectivas, tal como o Decreto nº

82.385¹²⁴, de 05.10.1978, que regulamenta a Lei nº 6.533, de 24.05.1978, que dispõe sobre as profissões de Artista e de Técnico em Espetáculos de Diversões. Esse Decreto vai mais adiante, estabelecendo em seus artigos 49 e 50, um adicional por acúmulo de função de 40% do salário da função melhor remunerada e vedação à cumulação de mais de duas funções para um mesmo contrato de trabalho.

3. 3 Exame de profissões regulamentadas

A legislação brasileira infraconstitucional é rarefeita ao abordar o tema acúmulo de funções em profissões regulamentadas. As normas que determinam alguma incidência sobre o tema são relativas às profissões regulamentadas, a exemplo dos radialistas, aeroviários, aeronautas e vendedores viajantes ou praticistas.

Faremos uma breve avaliação dessas normas supra indicadas, já que contém dispositivos que tratam mais especificamente do tema.

A lei n 6.615, de 16.12.1978, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Radialista e dá outras providências, em seu art.4º, dispõe que:

A profissão de Radialista compreende as seguintes atividades: I - Administração; II - Produção; III - Técnica.

§ 1º - As atividades de administração compreendem somente as especializadas, peculiares às empresas de radiodifusão.

§ 2º - As atividades de produção se subdividem nos seguintes setores: a) autoria; b) direção; c) produção; d) interpretação; e) dublagem; f) locução; g) caracterização; h) cenografia.

§ 3º - As atividades técnicas se subdividem nos seguintes setores: a) direção; b) tratamento e registros sonoros; c) tratamento e registros visuais; d) montagem e arquivamento; e) transmissão de sons e imagens; f) revelação e copiagem de filmes; g) artes plásticas e animação de desenhos e objetos; h) manutenção técnica.

§ 4º - As denominações e descrições das funções em que se desdobram as atividades e os setores mencionados nos parágrafos anteriores constarão do regulamento.

¹²⁴Decreto nº 82.385, de 05.10.1978 Art. 49. Na hipótese de exercício concomitante de funções dentro de uma mesma atividade, será assegurado ao profissional um adicional mínimo de 40% (quarenta por cento), pela função acumulada, tomando-se por base a função melhor remunerada. Art. 50. É vedada a acumulação de mais de duas funções em decorrência do mesmo contrato de trabalho.

Sobre a hipótese de acúmulo de função, a Lei do radialista indica as seguintes disposições, autoexplicativas:

Art. 13 - Na hipótese de exercício de funções acumuladas dentro de um mesmo setor em que se desdobram as atividades mencionadas no art. 4º, será assegurado ao Radialista um adicional mínimo de:

I - 40% (quarenta por cento), pela função acumulada, tomando-se por base a função melhor remunerada, nas emissoras de potência igual ou superior a 10 (dez) quilowatts e, nas empresas equiparadas segundo o parágrafo único do art. 3º;

II - 20% (vinte por cento), pela função acumulada, tomando-se por base a função melhor remunerada, nas emissoras de potência inferior a 10 (dez) quilowatts e, superior a 1 (um) quilowatt;

III - 10% (dez por cento), pela função acumulada, tomando-se por base a função melhor remunerada, nas emissoras de potência igual ou inferior a 1 (um) quilowatt.

Art. 14 - Não será permitido, por força de um só contrato de trabalho, o exercício para diferentes setores, dentre os mencionados no art. 4º.

Art. 15 - Quando o exercício de qualquer função for acumulado com responsabilidade de chefia, o Radialista fará jus a um acréscimo de 40% (quarenta por cento) sobre o salário.

Note-se que a lei expressamente prevê os casos de acúmulo de função e, inclusive, o acúmulo de função de chefia.

A título de mero registro: na atualidade, uma busca informal na internet permite o acesso gratuito a programas de computador que possibilitam o estabelecimento de uma pequena rádio, com o emprego mínimo de pessoas¹²⁵; considerando que a clandestinidade operação, constituindo uma empresa de fato, não retira direitos trabalhistas aos empregados (que provavelmente não são registrados), e considerando a extensa lista de funções indicadas na lei, é razoável imaginar que o acúmulo de funções nessa atividade econômica deva representar um volume expressivo de lesões de direito identificando, provavelmente, a necessidade de revisão da legislação, que foi concebida em 1978, portanto, afastada das introduções tecnológicas recentes. Note-se ainda que, agravando a situação não abrangida pela ANATEL, as "rádios", na atualidade, podem ser difundidas por internet e não por radiodifusão.

¹²⁵Segundo o Relatório de Atividades da ANATEL, em 2012, foi interrompido o funcionamento de 1308 estações de telecomunicações ou radiodifusão, sendo 1189 delas não outorgadas (clandestinas). As rádios clandestinas responderam por 55, total de estações não outorgadas. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br> >

A importância da norma dos radialistas é seu caráter integrativo para todo o sistema, visto que é utilizada com certa frequência como mecanismo isonômico de fixação de percentual de indenização nos casos de acúmulo de função, submetidos ao Poder Judiciário¹²⁶.

A Lei nº 6615/1968 estabelece pagamento de adicional por acúmulo de função quando o trabalhador radialista acumula atividades em um mesmo setor, indicando que há uma noção de limite ao acúmulo de função, por expressa determinação legal, nos termos do art. 14, acima citado.

Verificamos que a lei estabelece setores bem definidos de atividade, tal como administração, produção e técnica. Interessa-nos sobremaneira a ideia de acumulação de função no setor de produção técnica, pois nelas, podem se instalar os maiores problemas de entendimento da norma.

Percebe-se nitidamente a ideia de concentração de atividades que a norma pretende limitar. A produção ligada a autoria de obras ou produções não tem necessária relação com a direção do próprio trabalho ou questões relacionadas à produção específica e muito menos com cenografia, relacionada à instalação de cenários para espetáculos artísticos. A própria norma citada, art. 4º, § 2º, traz as figuras de interpretação, dublagem e locução que também não são necessariamente ligadas. No caso de interpretação há um trabalhador que assume uma identidade, trabalhando sua característica artística; na dublagem o trabalhador possui outras características artísticas, notadamente ligadas à voz e sua articulação, sem assumir nenhuma identidade, enquanto que na locução apesar de assumir uma característica de identidade própria, não há necessariamente identidade pessoal. A acumulação de funções, portanto, que exige essa desconcentração, acaba repercutindo na ideia de intensidade do trabalho, que não está ligada à ideia de produtividade da tarefa originalmente contratada.

¹²⁶Jurisprudência TST, RR 3121009420035120018,312100-94.2003.5.12.0018. O texto integral ementa da decisão está colacionada a fls.

A profissão de aeroviário, regulamentada pelo Decreto No 1.232, de 22 de junho de 1962, também indica que o aeroviário, profissional exercente de serviços terrestres de Empresa de Transportes Aéreos, tem previsão expressa relativa ao desvio de função que possui uma inteligência ligada à figura do acúmulo de função.

Art. 16 Os aeroviários só poderão exercer outra função diferente daquela para qual foram contratados quando previamente e com sua anuência expressa, for procedida a respectiva anotação na Carteira Profissional.

Art. 2º O aeroviário só poderá exercer função, para a qual se exigir licença e certificado de habilitação técnica, expedidos pela Diretoria de Aeronáutica Civil e outros órgãos competentes, quando estiver devidamente habilitado.

Art. 3º Os ajudantes são os aeroviários que auxiliam os técnicos, não lhes sendo facultada a execução de mão de obra especializada, sob sua responsabilidade quando for exigido certificado de habilitação oficial para o técnico de quem é auxiliar.

Pela norma, a realização de outra tarefa, em função distinta, que pode ser acumulada com outra, não é permitida ao aeroviário, salvo se está habilitado formalmente para tanto, vedando ainda a atividade regular por ajudantes não habilitados. E a norma em comento repete, no modo afirmativo, a expressão contida na CLT, prevendo a anotação expressa das funções contratadas.

As questões salariais relativas às funções desempenhadas por aeroviários são estabelecidas em instrumentos coletivos da categoria, que nada ressaltam sobre a questão do acúmulo de função.

O aeroviário é regido pela Lei No 7.183, de 5 de abril de 1984, que regula o exercício da Profissão de Aeronauta, assim considerados os exercentes de atividade a bordo de aeronave civil nacional, mediante contrato de trabalho; é atividade extensamente regulamentada e para a qual as funções exercidas pelos trabalhadores são reguladas por autorizações próprias, que impedem o desvio de função.

Art. 4º - O aeronauta no exercício de função específica a bordo de aeronave, de acordo com as prerrogativas da licença de que é titular, tem a designação de tripulante.

Por outro lado, há situações em que pilotos e copilotos revezam-se em suas funções, ou que comissários de bordo organizados em quadros de cargos e salários também realizam revezamento de funções sem qualquer ilícito para a lei específica. Nesses casos, aplica-se a regra geral trabalhista, que não prevê a acumulação de função, mas prevê os casos de equiparação salarial (art. 461, CLT).

Das normas relativas a profissões regulamentadas, vistas acima, somente a do radialista tarifa o acúmulo de funções, especificamente em 10, 20 ou 40 por cento, conforme a potência de difusão da emissora empregadora. Essa tarifação tem servido de base para pedidos de diferenças por acúmulo de função e são usados de forma analógica em vários julgados que reconhecem o direito, não considerando a natureza das atividades profissionais, mas tão somente a ausência de norma legal sobre o tema.

ACÚMULO DE FUNÇÕES. CABIMENTO DE FIXAÇÃO DE ADICIONAL. O contrato de trabalho é sinalagmático, caracterizando-se pela reciprocidade entre as obrigações contratuais. Deve haver um equilíbrio entre as prestações, sob pena de se causar o enriquecimento ilícito do empregador. Outrossim, devem ser observados os princípios da boa-fé contratual e da equivalência das prestações. O exercício de tarefas alheias àquelas inerentes à função do empregado deve ser remunerado, consoante disposto nos artigos 884 e 422 do Código Civil. Hipótese em que, nos termos do art. 8º da CLT, é aplicável, por analogia, o art. 13 da Lei 6615/78, que prevê o direito ao recebimento de adicional de acúmulo de funções de 10%, 20% ou 40%, para o radialista, conforme os critérios definidos em lei. Cabe ao magistrado, com base no princípio da razoabilidade, e considerando os elementos probatórios de cada caso concreto, fixar o adicional. RECURSO ORDINÁRIO. RELATOR(A): IVANI CONTINI BRAMANTE. PROCESSO Nº: 01446-2007-317-02-00-1 DATA DE PUBLICAÇÃO: 05/11/2010 PARTES: RECORRENTE(S): MARCOS VICENTE DE SOUZA DA SILVA; RECORRIDO(S): EMPRESA DE ONIBUS GUARULHOS S.A.

Vendedores viajantes ou praticistas possuem lei profissional específica. A Lei No 3.207, de 18.07.1957, regulamenta as atividades de vendedores viajantes ou praticistas, e seu art.8º indica a figura de acúmulo da função básica de vendas à prestação de serviço de inspeção e fiscalização.

Art. 8º Quando for prestado serviço de inspeção e fiscalização pelo empregado vendedor, ficará a empresa vendedora obrigada ao pagamento adicional de 1/10 (um décimo) da remuneração atribuída ao mesmo.

Interessante a leitura da seguinte decisão, que reforça alguns aspectos já explorados até esse momento:

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSPEÇÃO E FISCALIZAÇÃO - LEI Nº 3.207/57 - VENDEDOR QUE PERCEBE SALÁRIO FIXO - ADICIONAL INDEVIDO.

Da análise do artigo 8º da Lei nº 3.207/57 e do próprio diploma legislativo em sua inteireza, verifica-se que o seu objetivo é de estabelecer regras acerca da remuneração do empregado vendedor comissionista, tanto que os artigos 2º, 4º, 5º, 6º e 7º da referida lei tratam da forma de cálculo das comissões, inclusive nas hipóteses de cessação das relações de trabalho ou de insolvência do comprador. Especificamente no que tange ao adicional de inspeção e fiscalização, é inegável que o objetivo da lei é assegurar ao vendedor comissionista remuneração pela prestação de serviços diversos ao de venda, pois, enquanto executa estas tarefas, deixa de atuar na área para a qual recebe contraprestação financeira. Ou seja, enquanto o vendedor comissionista está ocupando seu tempo com obrigações de fiscalização e inspeção, está, na prática, laborando -de graça-, razão pela qual faz jus à percepção do adicional de 1/10 sobre a sua remuneração. O mesmo não se pode dizer em relação ao empregado vendedor mensalista que desempenha as atividades de inspeção e fiscalização, já que o seu salário é fixado em função da duração do trabalho, sem levar em consideração o percentual de vendas efetuadas durante o mês. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR 962005120055030110 96200-51.2005.5.03.0110. Relator Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, Julgamento: 09/02/2011, Publicação: DEJT 18/02/2011.

A rarefeita doutrina que faz menção à norma do vendedor viajante ou praticista, pode ser enriquecida com a leitura jurisprudencial acima citada¹²⁷.

Concluimos, sobre este ponto, que a legislação nacional ainda trata de forma tímida a questão do acúmulo de função, nada estabelecendo inclusive quanto a empregados polivalentes ou multifuncionais, demonstrando que há espaço para atividade legislativa.

¹²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 674

3. 4 Exame da jurisprudência sobre acúmulo de função

Realizada pesquisa jurisprudencial nos repositórios autorizados pelo TST¹²⁸ bem como os sítios de internet oficiais de Tribunais Regionais do Trabalho, verificamos que a jurisprudência brasileira caminha em dois sentidos bem claros sobre o tema “acúmulo de função”.

Um primeiro conjunto de decisões superiores indica a impossibilidade jurídica de reconhecimento e acumulação de funções em razão da ausência de norma que determine a obrigação do empregador no pagamento de adicional a esse título.

Essa linha jurisprudencial acentua o parágrafo único do art. 456, da CLT, como base da rejeição dos pedidos de reconhecimento e cominação.

Os fundamentos dessa linha jurisprudencial são:

a. Ausência de previsão legal: Defende que não há norma que determine a realização de uma só função na empresa, condição necessária ao comando condenatório pecuniário.

b. Aplicação do princípio de trabalho como tempo à disposição: Apropriação da expressão do tempo do trabalhador à disposição do empregador como o fator definidor do contrato e todos os trabalhos realizados nesse interregno estão amparados pelo próprio contrato. A realização de trabalhos sem a qualidade necessária não é responsabilidade do trabalhador se as tarefas foram solicitadas pelo empregador e, caso cumulado, inclusive com prejuízo para a qualidade, essa situação é gravosa para o empregador, que assume o risco da contratação do empregado, e não do empregado, que está, por excelência contratual, à disposição do empregador no curso da jornada de trabalho.

¹²⁸Nos termos do GP Ato Nº 421, de 01/12/1999. Disponível em: < <http://aplicacao.tst.jus> >. Acesso em: 10 fev. 2013.

c. Aplicação do princípio de máxima colaboração do empregado ao empregador na realização de suas tarefas e no alcance dos objetivos do empregador.

d. Aplicação do princípio da boa-fé na realização do contrato de trabalho que presume a realização de tarefas de acordo com o pactuado com o empregador, não havendo que se tomar as funções adicionais como externas ao contrato, na medida em que o empregado se obriga às tarefas que são compatíveis com sua condição pessoal e, recebendo salários em razão do tempo à disposição para o trabalho não pode deixar de cumprir as ordens lícitas do empregador.

e. Ausência de exigência de realização de tarefas e funções acima do contratualmente ajustado, sem previsão legal ou coletiva em contrário, que não geram prejuízo ao empregado.

f. Correção de tarefas adicionais às tarefas regulares da função que não implicam em acúmulo de função, inexistindo norma legal, coletiva ou mesmo contrato formal em contrário.

g. Ausência de atribuições adicionais de funções que levem ao desequilíbrio do contrato de trabalho.

h. Não comprometimento da função originalmente realizada com o acréscimo de função adicional que não gera qualquer direito a acréscimo salarial por acúmulo, pois há obrigação do empregado exercer todas as funções compatíveis com sua condição pessoal.

Pelo prisma da jurisprudência que admite o acúmulo de funções, ressaltamos os argumentos:

a. Enriquecimento sem causa do empregador em razão de recebimento de prestação do trabalhador qualitativamente diferente do contratado, sem contraprestação equilibrada, com base nos arts. 422 e 884 do CC, princípios da probidade e boa-fé, e da reparação de danos no art. 927, do CC.

b. Desequilíbrio do contrato com passe na característica de sinalagmático, comutativo e oneroso do contrato, gerando um direito a um adicional salarial.

c. Realização de acumulação de funções não especificadas no contrato.

Vejamos algumas decisões que abordam esses fundamentos, tanto a favor como contrários às postulações sobre “acúmulo de função”:

VIGILANTE. ACÚMULO DE FUNÇÕES DIFERENÇAS SALARIAIS MATÉRIA INTERPRETATIVA NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE DISSENSO PRETORIANO. 1. O Regional consignou, com base na prova dos autos, especialmente a testemunhal, que o Reclamante, contratado para o cargo de vigilante, efetuava o transporte de botijas de gás. Entendeu que referida atribuição não se inseria nas atividades pertinentes à segurança de pessoas e do patrimônio da empresa. Diante desse contexto, declarou que o Autor acumulava funções, fazendo jus, portanto, às diferenças salariais. TST PROC: AIRR - 35142/2005-004-11-40. Ministro Relator IVES GANDRA MARTINS FILHO. Brasília-DF, 09 de abril de 2008.

Nesse caso, aparentemente, a questão não é de acúmulo de funções, mas tão somente um desvio de funções, mais precisamente.

ACÚMULO DE FUNÇÃO. SUPERVISOR DE VENDAS E COBRADOR. Provado que o reclamante fora contratado para exercer a função de vendedor e, posteriormente, a de supervisor de vendas, acumulando-a com as tarefas de cobrador, por determinação da empresa, assiste-lhe o direito de receber o pagamento de salários atinentes à atividade de cobrador, máxime quando as convenções coletivas de trabalho vedavam ao vendedor o exercício de qualquer outra atividade. Ficou esclarecido, até pelo depoimento do preposto, que o reclamante desempenhou a função de supervisor acumulada com a de cobrador, no período de maio/97 a maio/2000, fazendo jus ao pagamento dos salários desta última, não tendo a embargante provado que a atividade de cobrança é inerente ao cargo de supervisor. Pelo que ficou demonstrado, as atribuições do supervisor de vendas é de acompanhar e treinar os vendedores na realização das vendas, fazer visitas a clientes com o objetivo de saber da satisfação dos mesmos pelo produto oferecido, bem como proceder ao atendimento dos vendedores, consoante constou do acórdão. Além disso, ficou ainda dito que nas CCT's de 1996/2001 há vedação expressa ao vendedor para exercer outros serviços estranhos à função. TST PROC: AIRR - 12378/2002-012-11-40. Ministro Relator Caputo Bastos. Brasília, 09 de abril de 2008.

A prova da acumulação de função que contraria a cláusula contratual originária é a base da decisão ("*ratio decidendi*"). Todavia é interessante notar a vedação da cumulação expressa convencionalmente, fato que merece reconhecimento como movimento progressista sobre o tema.

ACÚMULO DE FUNÇÃO "PEDIDO DE PAGAMENTO DO ADICIONAL DE 50%, MEDIANTE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 7º, XVI, da CF. IMPOSSIBILIDADE". Não é cabível a aplicação analógica do dispositivo constitucional pertinente às horas extras, em se tratando de alegado acúmulo de funções, porquanto os seus fundamentos jurídicos são completamente distintos. Enquanto o adicional de 50% previsto na Constituição Federal tem por finalidade remunerar as horas trabalhadas além da jornada contratual do empregado, o plus pretendido pelo recorrente decorre de acúmulo de funções as quais, a princípio, podem ser perfeitamente desenvolvidas dentro do horário de trabalho, sem implicar necessariamente em sobrejornada. Considerando-se, ainda, a inexistência de previsão legal ou convencional da categoria para amparar a pretensão e que a outra tarefa imputada ao reclamante era compatível com a sua área de atuação e não importou modificação na jornada habitualmente prestada, esta alteração encontra-se abrangida pelo jus variandi empresário. TRT 3ª REGIÃO Processo 00815-2005-134-03-00-0. Relator Deoclecia Amorelli Dias. Belo Horizonte, 03 de julho de 2006.

Verifica-se, pela decisão acima, que o pedido confunde institutos distintos e aplica o critério de extensão do tempo, para a realização de segunda tarefa acumulada. Nota-se também o fundamento da decisão pela ausência de previsão legal ou convencional e pela ausência de transbordo da jornada de trabalho na realização das tarefas alegadas na inicial.

3. 5 Análise de alguns instrumentos coletivos

Pesquisando nos bancos de dados do Judiciário Trabalhista, especialmente em face de ações individuais e dissídios coletivos, encontramos e examinamos os instrumentos normativos das profissões de jornalistas, síndicos e zeladores, empregados em condomínios e edifícios, empregados em conservação e limpeza.

3.5.1 Jornalistas

A profissão de jornalista é considerada, notoriamente, como de alta capacidade intelectual, com capacidades políticas bastante relevantes. A observação de que nessa atividade profissional o fenômeno do acúmulo de função é nota presente, vem da indicação convencional que trata do tema.

A Convenção Coletiva de Trabalho 2012/2013 do Sindicato de Jornalistas de São Paulo, registrada no MTE: SP012128/2012, traz os seguintes dispositivos protetores do acúmulo de função.

Cláusula vigésima terceira - remissão às leis que regem a profissão

As empresas se comprometem a cumprir rigorosamente o que dispõem os artigos 302 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, o Decreto Lei 972/69 e suas regulamentações posteriores, especialmente o Decreto 83.284 de 13 de março de 1979 e as respectivas decisões do STF.

Parágrafo único: Além das funções previstas no Decreto desta cláusula, ficam incorporadas as seguintes funções: Pauteiro, Chefe de Pauta, Redator-Chefe, Diretor de Redação, Editor, Diretor de Arte, Designer, Web Designer e Infografista, desde que o profissional desempenhe trabalho jornalístico nas redações.

Cláusula décima quinta - acúmulo de função

As empresas pagarão ao jornalista profissional que acumular o exercício de mais de uma função, e pelo período em que o fizer, um adicional de **40%** (quarenta por cento) aplicado sobre o seu salário nominal.

3.5.2 Síndicos e Zeladores

Síndicos e Zeladores, nas grandes cidades, constituem um universo relevante de trabalhadores. O Sindicato de Empregados de Edifícios de São Paulo, Zeladores, Porteiros, Cabineiros, Vigias, Faxineiros, Serviços Gerais e Outros de São Paulo, por sua Convenção Coletiva de Trabalho 2012/2013, registrada no MTE: SP011799/2012, traduz uma realidade típica da atividade:

Cláusula décima sétima - adicional por acúmulo de cargo

Desde que devidamente autorizado pelo empregador, o empregado que vier a exercer cumulativa e habitualmente outra(s) função(ões) fará jus ao percentual de adicional correspondente a 20% (vinte por cento) do respectivo salário contratual, no mínimo.

Parágrafo Primeiro - O pagamento do adicional aqui previsto cessará no momento em que o empregado deixar de exercer a função que estiver acumulando.

Parágrafo Segundo - O pagamento do referido adicional poderá ser feito de forma proporcional, levando-se em consideração a quantidade de horas mensais durante as quais o empregado ocupou-se nos acúmulos das outras funções.

Parágrafo Terceiro - Na hipótese de aplicação do parágrafo anterior, fica o empregador obrigado a discriminar, por escrito e com antecedência, os períodos da jornada que o empregado se ocupará da(s) outra(s) função(ões).

Relevante notar que a negociação coletiva acerta um adicional de, no mínimo, 20%, calculado sobre o salário do empregado, para o acúmulo de qualquer função, desde que habitual e não esteja limitado somente à jornada de trabalho, evoluindo na concepção desse fenômeno trabalhista.

3.5.3 Trabalhadores em Edifícios e Condomínios

Na Convenção Coletiva de Trabalho 2011/2013 dos trabalhadores em edifícios e condomínios do município de São Vicente, registrado no MTE: SP012411/2011, há disposição equivalente ao aplicável à cidade de São Paulo, mas traz uma disposição específica para o caso do "ajudante geral".

Cláusula oitava - adicional por acúmulo de função:

Quando devidamente autorizado pelo empregador, os empregados que venham a exercer função diferente da contratual, em caráter cumulativo, terão direito à percepção do adicional correspondente a 20% (vinte por cento) do respectivo salário vigente, independente do número de funções acumuladas.

Parágrafo 1º - A revogação da referida autorização cessa, como consequência, a obrigatoriedade do pagamento a que se refere o - caput desta cláusula.

Parágrafo 2º - No caso do auxiliar de serviços gerais, por ter em sua função a prerrogativa de auxiliar os demais funcionários, não será devido o respectivo adicional.

Os auxiliares de serviços gerais, também conhecidos por ajudantes gerais, pelos termos da convenção, não teriam direito a adicionais por inerentes à sua função a incumbência de auxiliar outros empregados. É razoável supor que essa atividade, geralmente a mais básica em qualquer estrutura produtiva, acaba por não

ter um perfil de trabalho estritamente definido, exceto se deixar de ajudar e realizar a própria tarefa adicional, momento em que deixará de incidir na figura de “acúmulo de função” para incidir em outras, mais especialmente na equiparação salarial, desde que preenchidos os requisitos legais.

3.5.4 Conservação e Limpeza

O SIEMACO-SP – Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Prestação de Serviços de Asseio e Conservação e Limpeza Urbana de SP, em sua Convenção Coletiva de Trabalho 2012/2012, registrada no MTE: SP001386/2012 indica que o acúmulo de funções deve ser autorizado formalmente pelo empregador, para incidir na figura convencional:

Cláusula nona - adicional por acúmulo de funções

Acúmulo de função diz respeito à remuneração de empregados que acumulam mais de uma função no trabalho.

Desde que devidamente autorizado pelo empregador¹²⁹, o empregado que vier a exercer cumulativa e habitualmente outra função terá direito ao percentual de adicional correspondente a 20% (vinte por cento) do respectivo salário contratual.

No caso específico, a norma convencional não afastou a formalidade de autorização do empregador, permitindo que a ausência formal do consentimento patronal seja óbice do reconhecimento do direito a adicional. Note-se que esse dispositivo pode, com certo grau de certeza, reproduzir o problema básico que tratamos neste trabalho, remetendo a questão à ausência de norma legal, ou, o que nos parece mais precário, à existência de norma convencional cujo cumprimento fica ao critério do empregador.

Passamos a tecer algumas considerações sobre esses instrumentos coletivos.

¹²⁹O texto convencional enuncia que: “Desde que devidamente autorizado pelo empregador”. A questão, eventualmente judicializada, permitira ao judiciário interpretar a expressão “devidamente autorizado” de modo mais ou menos formalista. De todo modo, temos que considerar para o exame da norma que um dos principais objetivos do instrumento normativo deve ser o esclarecimento razoável de questões rotineiras encontradas no dia a dia trabalhista.

Como se observa pelas disposições coletivas apresentadas, a natureza profissional dos sindicatos não é relevante para o estabelecimento de cláusulas relativas a acúmulo de função. Nota-se que a motivação para a previsão convencional de cláusulas relativas a acúmulo de função está presente nas categorias profissionais que aparentemente se ressentem mais desse fenômeno e possuem canais de pressão para conquistas coletivas.

Não há, portanto, uma indicação precisa de que o fenômeno ocorra somente com trabalhadores de dada natureza, seja ela atividade mais operacional ou atividade mais intelectual.

Registramos, a título de exemplo, que a lei nº 12.619, de 30.04.2012, que dispõe sobre o exercício da profissão de motorista, incluiu o art. 235-H, da CLT, que estabelece que "Outras condições específicas de trabalho do motorista profissional, desde que não prejudiciais à saúde e à segurança do trabalhador, incluindo jornadas especiais, remuneração, benefícios, atividades acessórias e demais elementos integrantes da relação de emprego, poderão ser previstas em convenções e acordos coletivos de trabalho, observadas as demais disposições desta Consolidação."

Todavia, não encontramos, lamentavelmente, até o momento, instrumentos coletivos que amparassem casos possíveis e já vistos na jurisprudência, tal como acumulação de atividades de motoristas e carregador, motoristas e despachantes etc. Debitamos essa situação ao surgimento recente da lei, em abril/2012, mas podemos aguardar alguns resultados no futuro, pois há casos que se assemelham a acúmulo de função nessa área de atividade (motorista e faturista, motorista e cobrador que não de ônibus urbano, motorista e vigilante/segurança, motorista e roteirista etc).

Há convenção coletiva que trate do tema de forma negativa, ou seja, proíbe certos tipos de acúmulo de função, tal como a Convenção dos Empregados em Fretamento de Transportes de Estudantes de Escolas Públicas e Privadas do

Paraná¹³⁰, 2012/2014, cuja cláusula “Décima Nona: Limpeza de Veículos” estabelece que “o motorista fica desobrigado de qualquer serviço de limpeza de veículo da empregadora”. Dessa forma, por via oblíqua, o instrumento denuncia alguma situação que concorre na realidade dessa categoria profissional e que, de alguma forma é suficientemente relevante para ser vedada convencionalmente.

Há também casos interessantes de atividades tal como a de motoristas de ônibus urbanos que acumulam a função de cobradores em linhas com introdução de catracas eletrônicas ou ainda linhas de menor expressão econômica, casos estes que podem ser objeto de leis municipais (v.g. lei nº 363; 2012, da cidade de Natal, RN, que vedaram a prática da dupla função); instrumentos coletivos que excluem o direito expressamente (v.g. CCT 2013/2014, Sind. Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Cargas e Passageiros de Magé- RJ, registrado no MTE RJ001103/2013). Todos esses casos deverão ser temas de profundas discussões que envolvem inclusive a saúde e segurança dessa categoria de trabalhadores.

Algumas categorias profissionais preconizam em seus instrumentos normativos o recebimento de adicionais específicos por função. Nesses casos, é inapropriado discorrer sobre “acúmulo de função”, visto que não há discussão sobre a realização de uma única função, e a questão se resume ao recebimento de uma parcela adicional em razão da realização de uma determinada atividade.

Os caixas, assim considerados aqueles que se ativam no pagamento e recebimento de numerários em bancos ou outras atividades, recebem um adicional que pode ser justificado por razões específicas, como a necessidade de atenção redobrada na contagem de valores que requer maior concentração e gera maior desgaste, ou ainda a parcela “gratificação de caixa” ou “quebra de caixa”, que se justifica pela possibilidade natural de erros do empregado na contagem de valores, sempre de forma não dolosa, risco que é do empregador.

Os vigilantes constituem categoria cuja incidência do reconhecimento convencional da dupla função é bem delineada, notadamente nos grandes Estados

¹³⁰ Não há informação sobre número de registro no MTE. O inteiro teor do instrumento está Disponível em: <http://www.sinttromar.org.br/_assets/convencoes/307_arquivo.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2012.

e Capitais. Os instrumentos coletivos dessa categoria já atentam para modalidades específicas de acúmulo de função, tal como a do vigilante/motorista, vigilante/conductor de animais, vigilante/monitor de Segurança Eletrônica etc. (vg.: Sindicato dos Vigilantes de São Paulo, Convenção 2013).¹³¹

¹³¹ Disponível em: < <http://www.vigilanciaseguranca.com.br/p/tabela-piso-salarial-2013-vig-sp.html> >
Acesso em: 15 jul. 2013.

CAPÍTULO 4

4.1 Questões coletivas: aproximação de campo

Primeiramente, esclarecemos que não intentamos realizar uma pesquisa de campo sobre o tema, na medida em que são suficientes, para nossos propósitos, algumas aproximações qualitativas que dessem alguma abertura para uma discussão temática.

Considerando ainda a natureza do tema, demos prioridade aos contatos com sindicatos de trabalhadores, buscando levantar problemas relativos especificamente ao acúmulo de função, pelo que passamos a relatar nossas impressões. Os contatos foram feitos com líderes sindicais e com membros do corpo jurídico de entidades¹³².

Nossa primeira impressão é a de certa imprecisão de reconhecimento das figuras jurídicas envolvidas: uma necessidade relevante de bem recortar o tema “acúmulo de função” em cotejo com o “desvio de função”. A figura da isonomia e da equiparação também requer, ainda que com menor intensidade, alguma melhora de percepção.

Ultrapassada a questão mais terminológica, e abordando as questões materiais, ficou evidente e confirmado que o principal aspecto enfrentado pelos trabalhadores está na situação de maior intensidade do trabalho, seja pela jornada extenuante, seja pela observação de alteração de funções em razão das demandas de várias empresas, notadamente as mais profissionalizadas e dotadas de maiores introduções tecnológicas e avançadas administrativamente.

O principal aspecto qualitativo percebido, relacionado ao nosso tema, foi a generalização da demanda por polivalência de funções dos trabalhadores, ou

¹³²Agradecemos às seguintes entidades que nos receberam: Confederação Nacional dos Trabalhadores do Setor Químico, Sindicato dos Eletricitários de São Paulo, Sindicato dos Comerciantes de Cotia e Região-SP, Sindicato dos Metalúrgicos de Osasco e Região – SP. Também tivemos um contato com o Sindicato dos Bancários de São Paulo, que nos forneceu material pertinente que muito colaborou com nosso interesse.

multifuncionalidade. Em seguida, o enxugamento de estruturas concentrando tarefas adicionais, em detrimento do estabelecido inicialmente nos contratos de trabalho e sem retribuição do empregador.

Relatamos quatro experiências mais ricas, lembrando que os fatos relatados, assim foram colhidos, a partir de entrevistas com as pessoas já referidas.

A primeira experiência relata que algumas empresas de metalurgia já alteraram os contratos de trabalho de seus empregados para introduzirem cláusulas que preveem a obrigação de realização de múltiplas tarefas pelos trabalhadores, ou polivalências funcionais, inclusive tarefas para as quais esses mesmos trabalhadores não estão qualificados; argumentam que haverá introdução de cursos profissionalizantes ou de aperfeiçoamento, ao longo do tempo, para dar suporte de competência às novas demandas funcionais. Não preveem qualquer alteração na estrutura salarial desse novo perfil funcional, especificamente no caso mais comum de acúmulo de função em razão das rotinas de produção eminentemente toyotistas, ou de suas formas mais evoluídas¹³³, usando-se células multifuncionais de produção industrial.

A segunda experiência ocorreu no setor dos eletricitários, no qual as equipes de campo, exercentes de atendimentos de urgências em linhas eletrificadas, vivas, foram alteradas. Inicialmente, a equipe mínima era composta basicamente de três pessoas, sendo um encarregado chefe, e mais dois eletricistas que exerciam atividade diretamente nas linhas eletrificadas. A partir do final da década de 1990, até o final da primeira década deste século, a equipe passou a ter somente duas pessoas. A função de encarregado da equipe, profissional mais experiente, que possuía a missão de supervisão geral do trabalho de campo, incluindo a segurança, foi extinta, com dispensa de grande número desses profissionais. Os dois eletricistas remanescentes que trabalham manuseando a linha eletrificada, viva, passaram a acumular a supervisão recíproca, de modo alternado: enquanto um eletricista sobe

¹³³A título de ilustração, verificamos que algumas das empresas mencionadas nas sondagens sindicais, e cujos nomes reservamos por irrelevantes ao trabalho, usam métodos bem sofisticados de administração de produção, tal como "benchmarking", "comakership", "células de produção", "just-in-time", "engenharia simultânea" etc.

nos postes de eletricidade e realiza tarefas, o outro, de igual qualificação, chamado de "anjo", fica à altura do chão, ajudando o colega que atua no alto dos postes. Os salários dos eletricitistas, com a modificação da estrutura da equipe não foram alterados¹³⁴. A quase totalidade das empresas de eletricidade enxugou a estrutura utilizando esse formato de equipe de campo.

A experiência com os eletricitários proporciona vantagens econômicas evidentes ao empregador, pelo enxugamento linear do quadro, impondo aos eletricitistas, agora, as tarefas de responsabilidade de supervisão dos demais colegas, dividindo atenções em prejuízo da segurança do trabalho. Os relatos sensibilizam com imagens de manutenção em linhas elétricas em dias de fortes chuvas, à noite, momentos em que a eletricidade é demandada com maior intensidade pela população consumidora, com razoável pressão por rapidez no trabalho e sem assistência de segurança no padrão anterior do trabalho, necessária diante das condições notoriamente perigosas da atividade.

No ramo do comércio, nossa terceira experiência, a polivalência exigida pelos empregadores também é relevante, na medida em que se torna comum à acumulação de funções de caixa e atendente de balcão, entre outras. A título de exemplo, no ramo de farmácias e drogarias é rotineiro encontrar casos em que o atendente de balcão também é responsável pela limpeza geral da loja, com limpeza inclusive de banheiros e estoques, não se restringindo, portanto, à manutenção de seu espaço de efetivo trabalho. Todas essas funções são agregadas sem o pagamento de contraprestação adicional.

Por fim, como quarta experiência, o Sindicato dos Bancários de São Paulo possui uma pesquisa relacionada à saúde do trabalhador bancário, apontando como uma das maiores causas de estresse entre os trabalhadores o acúmulo de funções dentro da dinâmica empresarial, imposta nesse ramo de atividade. Relatam que, atualmente, todo o pessoal de operação de agência, independente da atividade

¹³⁴ Não há espaço, nesse trabalho, para o elenco de críticas possíveis à decisão da empresa, do ponto de vista social, mas tão somente o foco na redução da estrutura, com evidente ganho interno pela economia de recursos, com aumento de atribuições e responsabilidades aos empregados remanescentes e sem qualquer alteração salarial para os empregados remanescentes.

específica, tal como caixa, foi transformado em vendedores de papéis, seguros, investimentos etc. E parcela considerável de bancários com funções operacionais dentro da agência foram transformados em "gerentes de contas", físicas ou jurídicas, devendo atender todas as necessidades bancárias dos clientes, incluindo informações e aconselhamentos técnicos, somado à cobrança por alcance e superação de metas, sem qualquer contrapartida salarial, tornando o trabalho do bancário, na atualidade, fonte de inúmeros e sérios problemas de saúde física e mental. Percebe-se, portanto, que entre os bancários, igualmente há situações relevantes de acúmulo de funções e o encaminhamento para a multifuncionalidade dos empregados como traço significativo de suas atividades produtivas.

Questionados sobre as atividades sindicais tendentes a enfrentar aquilo que se percebeu como problemas relativos a acúmulo de função e à estratégia de multifuncionalidade, foram apontadas saídas por via da negociação coletiva e a pressão de interesses dos trabalhadores. Igualmente foi percebida uma situação de certa conformidade com as decisões judiciais que desconsideram os pedidos de acúmulo de função, evidenciando que não há norma positiva que determine o direito a algum adicional específico, daí retornando à saída da pressão negocial sindical, ainda que sem grande entusiasmo.

Feita uma averiguação no sistema interno e uma aproximação de campo, passamos a realizar uma aproximação do tema em outros ordenamentos, para enriquecer nossos pontos de vista.

CAPÍTULO 5

5. 1 Aproximação do tema em outros ordenamentos

Nossa proposta, ao examinar alguns dispositivos de ordenamentos estrangeiros, não é a de esgotar o exame do tema na concepção de um estudo comparado mais detalhado. Tão somente fizemos algumas aproximações temáticas que nos parece interessantes como forma de ampliar nossa visão sobre o tema.

Demos um pouco mais de atenção ao texto português em razão da proximidade cultural, pela atualidade do texto, aprovado em 2003 e revisado em 2009, assim como por estarem seus institutos alinhados com as principais diretivas europeias sobre a matéria laboral.

Portugal possui uma legislação trabalhista moderna, com amplas disposições sobre direitos tutelares dos trabalhadores e com forte reconhecimento de disposições contratuais coletivas.

Em sua redação, o Código do Trabalho de Portugal - CTP vigente pela Lei no. 7/2009, que substituiu o texto anterior da Lei n. 99/2003, e foi alterado pontualmente por outras leis posteriores¹³⁵, trata do tema com maior abrangência que a norma nacional, cujo exame interessa ao desenvolvimento de nossa pesquisa.

Primeiramente, e a título de contextualização, as normas laborais atuais em Portugal estão atualizadas com as normas e diretrizes sociais da Comunidade Europeia em razão da disposição constitucional portuguesa, cuja determinação, em seu artigo 8º/2 é de que "as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna, após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português".

¹³⁵O Código de Trabalho de Portugal foi aprovado pela Lei nº 7/2009, substituindo o texto anterior da Lei nº 99/2003, e foi alterado pontualmente pela Lei nº105/2009, pela Lei nº 53/2011 e pela Lei nº 23/2012, ressaltando que nenhuma dessas modificações do novo Código de 2009 alterou normas que interessam a este trabalho.

Acrescentamos a essas notas, um exame de outros aspectos da legislação daquele país que são pertinentes ao nosso estudo.

Primeiramente, a Constituição da República Portuguesa de 1976, já alterada pela VII Revisão Constitucional de 2005, estabelece, em seu artigo 59.º, do CTP (Direitos dos trabalhadores) que os empregados têm direito (inciso 1) letra “a”:
“À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna.”

O comando constitucional português, desde logo, estabelece um direito ao salário (retribuição do trabalho) que observa uma equivalência de quantidade, natureza e qualidade, resguardando um princípio de isonomia salarial amplo. Em cotejo com a legislação brasileira, não se encontra paralelo no diploma constitucional nacional, especialmente para o critério “natureza e qualidade” do trabalho prestado. A impressão que resta da leitura constitucional portuguesa é a de uma preocupação com o nível salarial que extrapola a dimensão da empresa, na medida em que só é possível aferir o critério de “natureza e qualidade” segundo uma noção de atividade, não prestigiada no ordenamento brasileiro.

Essa dimensão de “natureza e qualidade” da atividade, que tem relação direta com a especificação da função, permite entender a evolução possível do conceito juslaboral em nosso ordenamento brasileiro.

Nessa mesma linha de pensamento: apesar de o contrato de trabalho em Portugal não depender da observância de forma especial¹³⁶, salvo quando a lei determina o contrário¹³⁷, as responsabilidades formais pelos registros relativos ao contrato de trabalho, desde o momento em que o emprego é oferecido e se

¹³⁶Pedro Martinez Romano assevera que: “Mas forma não se identifica com formalidade, não são sinônimos [...]. A forma do negócio jurídico é a maneira com que ele se revela, como se exteriorizam as respectivas declarações de vontade, enquanto que as formalidades, que podem ser exteriores ao próprio negócio jurídico, servem para o complementar”. MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. Lisboa: Almedina: 2003, p. 413.

¹³⁷ Código de Portugal. Artigo 110.º Lei n.º 7/2009. **Regra geral sobre a forma de contrato de trabalho**. O contrato de trabalho não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei determina o contrário.

estabelece um procedimento de seleção e recrutamento, reforça a ideia de que a relação de emprego é fortemente formalizada em registros escritos.

A título de primeiro exemplo desse cuidado naquela legislação, o artigo 32.º do CTP determina que todas as entidades devem manter durante cinco anos o registro dos processos de recrutamento efetuados, devendo constar do mesmo, com desagregação por sexo, vários elementos, tal como convites para o preenchimento de lugares, anúncios de oferta de emprego, número de candidaturas para apreciação curricular, número de candidatos presentes em entrevistas de pré-seleção, número de candidatos aguardando ingresso, resultados de testes ou provas de admissão ou seleção e balanços sociais relativos a dados, que permitam analisar a existência de eventual discriminação de pessoas de um dos sexos no acesso ao emprego, formação e promoção profissionais e condições de trabalho.

O poder de direção do empregador, estabelecido no artigo 97.º do CTP, declara que “compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem.” A leitura do referido artigo indica que o conceito de prestação do trabalho é limitado aos termos em que deve ser prestado e, entendendo de forma sistemática de acordo com o artigo 106º,3,“c” do CTP, que estabelece um “dever de informação”¹³⁸ relativa à descrição sumária das funções correspondentes, essas informações sobre as atividades que são contratadas, mesmo que sumariamente descritas, devem ser prestadas por escrito, conforme artigo 107º, do mesmo CTP.¹³⁹

Passamos a examinar algumas das disposições expressas no texto da norma portuguesa, começando com o art. 118.º, do CTP, que está situado na Secção V – “Actividade do trabalhador” do Título II – “Contrato de Trabalho”.

¹³⁸CTP. Artigo 106.º **Dever de informação**

1 – O empregador deve informar o trabalhador sobre aspectos relevantes do contrato de trabalho.

...

3 – O empregador deve prestar ao trabalhador, pelo menos, as seguintes informações:

...

c) A categoria do trabalhador ou a descrição sumária das funções correspondentes;

¹³⁹Código de Portugal. Artigo 107º - Meios de informação:

1 – A informação prevista no artigo anterior deve ser prestada por escrito, podendo constar de um ou de vários documentos, assinados pelo empregador.

CTP, Artigo 118.º

Funções desempenhadas pelo trabalhador

1 – O trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à atividade para que se encontra contratado, devendo o empregador atribuir-lhe, no âmbito da referida actividade, as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional.

2 – A actividade contratada, ainda que determinada por remissão para categoria profissional de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno de empresa compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e que não impliquem desvalorização profissional.

3 – Para efeitos do número anterior e sem prejuízo do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, consideram-se afins ou funcionalmente ligadas, designadamente, as funções compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional.

4 – Sempre que o exercício de funções acessórias exigir especial qualificação, o trabalhador tem direito a formação profissional não inferior a dez horas anuais.

5 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

Examinando o artigo 118.º e seguintes do CTP, destacamos que a norma portuguesa indica a natureza comutativa e sinalagmática do contrato de trabalho com o uso da expressão "o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à atividade para que se encontra contratado, devendo o empregador atribuir-lhe, no âmbito da referida atividade, as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional".

Nota-se que a norma também declara que a aptidão para o risco da atividade é debitada explicitamente ao empregador no caso de atribuição de funções ao empregado que não sejam adequadas ao seu perfil profissional.

A lei lusitana remete as funções designadas do empregado à classificação de atividades ocupacionais estabelecidas em instrumentos regulatórios coletivos de trabalho ou no regulamento interno de empresa.

Frisamos que a lei estabelece que a noção de "função" compreende aquelas atividades que lhe seja afim ou funcionalmente ligada à função originalmente contratada, e para as quais o trabalhador tenha qualificação

adequada. A exigência de realização de tarefas afins ou funcionalmente ligadas não pode implicar na desvalorização profissional do empregado. Não se trata de um permissivo geral para o acúmulo de funções indiscriminado, mas tão somente um esclarecimento pedagógico para compreender que o empregado, ao realizar funções afins ou funcionalmente ligadas, compreendida em uma mesma categoria profissional, está cumprindo uma exigência natural da própria prestação; a norma concede, portanto, uma margem plástica de alterações de serviços, mediante os critérios expostos, permitindo ao empregador a determinação de realização de tarefas pertinentes de forma lícita.

O inciso número 2, do artigo 118.º do CTP, indica a noção de “funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas”, expressão que deve ser examinada em conjunto com o inciso n.º 3, do mesmo artigo, que considera funções “afins ou funcionalmente ligadas” aquelas designadamente compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional; o objetivo do dispositivo é destacar as profissões classificadas no ambiente de trabalho do empregador, e que, no bojo dessas classificações gerais (instrumentos coletivos), ou específicas (regulamentos de empresa) já estão contidos os comandos que indicam os contornos funcionais de cada profissão.

Pedro Romano Martínez¹⁴⁰ explica que os conceitos de funções afins ou funcionalmente ligadas possuem “conceitos indeterminados, mas se se verificar uma complementariedade de tarefas pode concluir-se pela existência desse requisito”.

Mas o inciso n.º 2, do artigo 118.º do CTP, deve ser examinado em consonância com o disposto no seu artigo 267.º, que rege a retribuição por exercício de funções afins ou funcionalmente ligadas. Diz o inciso I do artigo 267.º do CTP, que “o trabalhador que exerça funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, referidas no n.º 2 do artigo 118.º, ainda que a título acessório, tem direito à retribuição mais elevada que lhes corresponda, enquanto tal exercício se mantiver.”

¹⁴⁰MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 588.

O dispositivo do artigo 267.º do CTP encontra certo paralelo axiológico na ordem brasileira, pela inteligência da Súmula 159¹⁴¹, do TST.

O n.º 4 do artigo 118.º, do CTP, determina que funções acessórias desempenhadas por trabalhadores, que exijam qualificação especial, dão direito ao trabalhador de receber formação profissional não inferior a dez horas anuais. O conceito de "acessoriedade, na norma, é entendido em conjunto com os termos "afins" e "funcionalmente ligados".

Pedro Romano Martinez¹⁴² explica que as funções acessórias devem ser exercidas sem afastamento do trabalhador daquelas definidas como seu núcleo das tarefas correspondentes à sua categoria. Enquanto que funções afins ou ligadas funcionalmente estão dentro das capacidades profissionais do empregado, as acessórias podem ser diversas a ponto de necessitar capacitação especial, daí surgindo a ideia de função secundária, meramente anexa à categoria principal de serviços contratados.

A determinação legal de realização de funções adicionais não tem relação direta com o exercício de mais de uma função na jornada de trabalho, ou seja, a permissão da alteração é temporária, revelando mais a intenção do legislador de proteção do trabalhador em face de alterações tecnológicas que interfiram na forma da execução das funções laborais contratadas, também conhecida na legislação portuguesa como "inadaptação ao posto de trabalho"¹⁴³. Relembramos que a Convenção nº 158 da OIT, da qual Portugal é signatário, determina que a relação de

¹⁴¹TST SÚMULA 159 SUBSTITUIÇÃO DE CARÁTER NÃO EVENTUAL E VACÂNCIA DO CARGO Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha carácter 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. (ex-OJ nº 112 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997).

¹⁴²Ibid., p. 588.

¹⁴³ O artigo 373º, do CTP, permite o "despedimento fundamentado na "inadaptação" ao posto de trabalho, fundado em sua redução continuada de produtividade ou de qualidade; em avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho; por riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, se afecto a cargo de complexidade técnica ou de direcção quando não se cumpram os objectivos previamente acordados, por escrito, em consequência do seu modo de exercício de funções e seja praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho". Na legislação portuguesa, essa dispensa é permeada de procedimentos específicos bem indicados no artigo 37º e ss, do CTP, de forma a proteger o empregado, buscando inclusive, antes de sua dispensa, sua requalificação profissional.

emprego é protegida em face da dispensa imotivada, salvo motivos disciplinares, econômicos, estruturais, tecnológicos (frisamos) ou análogos (art. 13 da Convenção). Essas disposições da OIT não exigem, do empregador, providências outras que a comunicação formal da dispensa ao representante dos trabalhadores (art. 13.1 "a" e "b", da Convenção) e à autoridade competente (art. 14.1, da Convenção), amparadas em razões para a tomada de decisão da demissão.

Artigo 119.º

Mudança para categoria inferior

A mudança do trabalhador para categoria inferior àquela para que se encontra contratado pode ter lugar mediante acordo, com fundamento em necessidade premente da empresa ou do trabalhador, devendo ser autorizada pelo serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral no caso de determinar diminuição da retribuição.

A norma trabalhista portuguesa também prevê, em seu artigo 119.º, a mudança do trabalhador para "categoria inferior"¹⁴⁴ àquela para a qual foi contratado, alterando suas funções.

Trata-se de alteração excepcional da cláusula de objeto, fundado em necessidade real e premente da empresa ou do trabalhador¹⁴⁵ e não pode atingir o salário do empregado.

A modificação da função, para outra, inferior, exige acordo e caso haja diminuição salarial deve ser autorizada pela autoridade ministerial trabalhista competente.

¹⁴⁴ As categorias profissionais são classificadas em acordos coletivos ou nos estatutos da empresa e possuem relação direta com a importância salarial devida.

¹⁴⁵ Não encontramos na doutrina consultada caso de interesse do trabalhador na modificação de função menor.

Artigo 120.º

Mobilidade funcional

1 – O empregador pode, quando o interesse da empresa o exija, encarregar o trabalhador de exercer temporariamente funções não compreendidas na atividade contratada, desde que tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador.

2 – As partes podem alargar ou restringir a faculdade conferida no número anterior, mediante acordo que caduca ao fim de dois anos se não tiver sido aplicado.

3 – A ordem de alteração deve ser justificada, mencionando se for caso disso o acordo a que se refere o número anterior, e indicar a duração previsível da mesma, que não deve ultrapassar dois anos.

4 – O disposto no n.º 1 não pode implicar diminuição da retribuição, tendo o trabalhador direito às condições de trabalho mais favoráveis que sejam inerentes às funções exercidas.

5 – Salvo disposição em contrário, o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções temporariamente exercidas.

6 – O disposto nos números anteriores pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

7 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n.º 1, 3 ou 4.

O artigo 120.º, do CTP estabelece a mobilidade de funções equivalente à alteração da cláusula de objeto do contrato de trabalho, autorizando-a mediante certas condições.

O texto da norma em vigor guarda relação de similaridade com o antigo art. 22/2 da Lei do Contrato de Trabalho de Portugal, muito polémico, pois admitiu a “multifuncionalidade” ou “polivalência” do trabalhador por disposição do *jus postulandi*, como explica Luiz Miguel Monteiro¹⁴⁶.

A leitura sistemática da norma em combinação com o art. 118.º, do CTP, supra, sugere que as modificações são possíveis somente para atividades com afinidade ocupacional. Se a nova ocupação determinada contiver condições de salário mais favoráveis, o empregado tem direito a elas. Ressalve-se que a negociação coletiva pode alterar essas normas de câmbio de função.

Se houver diminuição salarial, a alteração deve ser autorizada pela autoridade ministerial trabalhista competente.

¹⁴⁶ MONTEIRO, Luiz Miguel. A Polivalência Funcional na Contractação Coletiva. In: MARTINEZ, Pedro Romano. (Coord.). *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*. Lisboa: Almedina, 2002, v. 3, p. 49.

No Brasil, a redução salarial, em alguns casos, pode ser realizada mediante acordo sindical, nos termos constitucionais, obedecendo a alguns limites, como, por exemplo, a impossibilidade de reduzir o salário a valor menor que o salário mínimo (art.7º,IV)¹⁴⁷.

Note-se ainda que, na norma portuguesa, a alteração acordada e não levada a efeito caduca em dois anos, impedindo assim o uso fraudulento da cláusula documentada, em desfavor do empregado.

A norma portuguesa preconiza que o empregador pode, quando o interesse da empresa o exija, encarregar o trabalhador de exercer temporariamente funções não compreendidas na atividade contratada, desde que tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador.

O tema encontra paralelo no sistema brasileiro que prevê o direito do trabalhador que substitui outro de forma não eventual, ainda que não permanente, esclarecido pela Súmula Nº 159, do TST.

A lei portuguesa admite a pactuação de desempenho de função diferente da contratada, que deve ser exercida, sob pena de caducidade, no prazo de dois anos se não tiver sido aplicada.

O mesmo artigo 120.º do CTP ainda indica, em seu inciso 3, que a alteração de função deve ser justificada, expressando, se for o caso, o acordo convencional e deve indicar a duração previsível da alteração, que não deve ultrapassar dois anos, jamais diminuindo o salário; e o trabalhador possui, no caso, o direito às condições de trabalho mais favoráveis que sejam inerentes às funções exercidas adicionalmente ou substitutivamente.

¹⁴⁷CRFB/1988, Art. 7º, IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

O inciso 5 do mesmo artigo 120.º do CTP, assenta que, salvo disposição em contrário, que é situação mais benéfica, o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções temporariamente exercidas.

Pedro Romano Martinez¹⁴⁸ esclarece muito apropriadamente a respeito de nosso tema de “acúmulo de função” que:

Pelo facto do trabalhador passar a exercer, acessoriamente, uma actividade não compreendida na sua categoria não decorrerá qualquer desvalorização profissional, nem diminuição da retribuição (art. 22º, nº 3 LCT). E, na eventualidade de a actividade acessória corresponder a uma remuneração mais elevada, o trabalhador terá direito a esse acréscimo (art. 22º, nº 5 LCT), determinado de modo proporcional. [...] a norma deverá ser interpretada no sentido de que o aumento ser devido na proporção da acessoriedade, sob pena de violar o princípio de trabalho igual salário igual.

Como vimos, são diversos os elementos constantes na norma portuguesa que podem colaborar no amadurecimento da compreensão do nosso tema, especialmente as relativas à polivalência, que nada mais é que a alteração de funções, que pode ou não ser exercida cumulativamente, sempre protegendo o salário e determinando pagamento de diferenças se a função alterada representar salário maior a favor do empregado.

Passando a examinar algumas disposições da Argentina, verificamos que a Ley de Contracto de Trabajo - LCT, lei 20.744/1976, indica uma importante nota para nosso tema:

Ley de Contracto de Trabajo

Art. 37. —Principio general.

El contrato de trabajo tendrá por objeto la prestación de una actividad personal e infungible, indeterminada o determinada. En este último caso, será conforme a la categoría profesional del trabajador si se la hubiese tenido en consideración al tiempo de celebrar el contrato o en el curso de la relación, de acuerdo a lo que prevean los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo.¹⁴⁹

¹⁴⁸MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho. Lisboa: Almedina, 2002, p. 589.

¹⁴⁹Tradução livre: “Artigo 37. Princípio geral. O contrato de trabalho terá por objeto a prestação de uma atividade pessoal e infulgível, indeterminada ou determinada. Neste último caso, deve ser conforme a categoria profissional do trabalhador como se a tivesse levado em consideração no momento da assinatura do contrato ou no curso da relação, de acordo com os estatutos profissionais e convenções coletivas de trabalho”.

Como se observa, a lei argentina dá a oportunidade de fixação do objeto do contrato feito na modalidade “por atividade indeterminada”.

A indeterminação do objeto do contrato de trabalho na Argentina, consentida por lei, de certa forma tem relação com nosso parágrafo único do art. 456, da CLT.

Por sua vez, indicado um objeto de prestação de serviço pelo empregador, esse conteúdo é remetido à descrição feita pelas normas profissionais da categoria ou ainda as convenções coletivas de trabalho a eles aplicável.

Art. 46. —Enunciación del contenido esencial. Suficiencia.
Bastará, a los fines de la expresión del consentimiento, el enunciado de lo esencial del objeto de la contratación, quedando regido lo restante por lo que dispongan las leyes, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas de trabajo, o lo que se conceptúe habitual en la actividad de que se trate, con relación al valor e importancia de los servicios comprometidos.¹⁵⁰

Pelo art. 46 da LCT, basta a denominação essencial da função para fins de comprovação de consentimento do empregado, e o conteúdo da função, como já vimos, é disposto na lei, nas convenções coletivas ou ainda nos hábitos ou costumes da atividade, relacionando a contraprestação devida.

A CTPS brasileira contém espaço somente para a designação do “cargo”, como já examinamos anteriormente, havendo, sobre esse tema em particular, alguma aproximação com a norma argentina.

A cláusula de conteúdo do contrato argentino também pode ser entendida pelo exame dos hábitos ou costumes da atividade, relacionando a contraprestação devida, permissivo que vai moldando o contrato conforme o local e o tempo em que ele é celebrado.

¹⁵⁰Tradução livre: Artigo 46. - Enunciação da substância. Suficiência. Bastará para fins de expressar o consentimento, o enunciado do essencial do objeto da contratação, ficando regido o restante do objeto pelo que disponha a lei, os estatutos profissionais ou acordos coletivos, ou o que é conceituado como habitual ou costumeiro na atividade em questão, em relação ao valor e importância dos serviços contratados.

Nosso entendimento é que a norma argentina não colabora suficientemente para a melhoria de nosso ordenamento ou das inteligências jurídicas sobre a cláusula de função, salvo pela orientação de integração do contrato individual com os instrumentos legais ou coletivos que prevejam o tema, restando claro ainda que a indeterminação do objeto é porta aberta para a aplicação do *jus variandi* de forma voluntariosa e praticamente absoluta.

Na França, o contrato de trabalho é regido em suas bases mínimas no Código de Trabalho, mas seu desenvolvimento maior ocorre nos contratos coletivos, a exemplo de outros países europeus.

O Code du Travail francês estabelece que o contrato de trabalho se submete às regras do direito comum (Artigo L1221-1 "Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter). Em razão do princípio da força obrigatória dos contratos civis, inscrito no Código Civil Francês (Artigo 1134) o empregador não pode modificar unilateralmente o contrato de trabalho.

A justiça francesa distingue entre modificações substanciais, que requerem a concordância do empregado, e modificações não substanciais do contrato de trabalho, que podem ser determinadas unilateralmente. As decisões francesas tem caminhado no sentido de maior rigor em face das alterações contratuais após o conhecido Acórdão Raquin (Camara Social, 8 outubro 1987), conforme referido por Yenisey¹⁵¹

O autor ainda indica que "a ausência de uma cláusula clara e precisa, atualmente, é muito provável o julgamento que levará em conta o alcance das mudanças realizadas" confirmando, assim, o encaminhamento da jurisprudência francesa mais rigorosa.

¹⁵¹YANISEY, Kubra Dogan. La modification Du contrat de travail. Zurique: Schulthess Verlag, 2005

Em face da intensa atividade sindical francesa e da existência de contratos coletivos de trabalho, esses instrumentos se incumbem de cuidar das questões relativas à alteração das cláusulas contratuais nos casos individuais, reforçando nosso argumento de que um sistema coletivo fortalecido pode ser importante para a solução de situações envolvendo nosso tema.

Examinando o regramento na Espanha, verificamos que o contrato de trabalho individual por tempo determinado, que também deve ser escrito [...], pode prever legalmente duas ou mais funções específicas na cláusula de objeto.

Art. 10. El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

...

3. determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse.

El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias;¹⁵²

O interessante na norma espanhola alude à contratação de funções específicas, portanto, delineadas minimamente, sejam estas alternativas ou complementares.

A conclusão deste tópico, com relação ao nosso tema, indica que as normas dos países relacionados admitem a multifuncionalidade ou polivalência, ou seja, o acúmulo de função, mas, ao mesmo tempo, determinam que os contornos das funções sejam especificamente delineados. E, pontualmente, as normas examinadas possuem características que podem interessar bastante à construção de uma proposição legislativa adequada à situação brasileira.

Com base, portanto, em todos os elementos já examinados até aqui, passamos a enfrentar os principais argumentos que refutam o reconhecimento do direito ao acúmulo de função, no Brasil. Os argumentos foram colhidos na doutrina e jurisprudência.

¹⁵² Em tradução livre: Artigo 10. O contrato de trabalho deve conter, pelo menos, as seguintes disposições: ... 3. Determinar a natureza dos serviços e do local ou cidade em que serão prestados. O contrato pode especificar duas ou mais funções específicas, sejam elas alternativas ou complementares;

CAPÍTULO 6

6.1 Argumentos que refutam o direito ao acúmulo de função

Com base no exame do material documental pesquisado, examinamos os principais argumentos utilizados para refutar o reconhecimento do fenômeno do acúmulo de função e, por conseguinte, rejeitar demandas realizadas por trabalhadores com base nesse tema.

Primeiramente, a ausência de previsão legal, convencional ou contratual é o argumento mais utilizado para refutar o direito a qualquer adicional ou alteração salarial decorrente da alteração qualitativa do trabalho prestado.

Alice Monteiro de Barros, referindo-se à ausência de previsão contratual, assegura que:

[...] se as partes não fizerem referência à qualificação profissional no contrato, tampouco conseguirem comprová-la, presume-se que o “empregado obrigou-se a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal (art. 456, parágrafo único, da CLT) o que significa que o serviço deverá ser compatível com sua habilitação, se possuir, ou, caso contrário, com a habilidade profissional de que dispuser”.¹⁵³

Na verdade, há norma que regule a indicação da função contratada ao empregado. Todavia, a norma não produz qualquer efeito prático, pois ela mesma implica uma presunção de contratação ilimitada de todos os serviços para os quais o empregado tenha condições pessoais de realização.

O grande problema na redação da lei é que ela permite ao empregador uma dimensão do *jus variandi* que pode alterar o foco do objeto específico da contratação para a condição pessoal do trabalhador. Permite que o foco centrado no objeto do contrato seja ampliado para focar a disponibilidade do empregado.

¹⁵³BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 667.

A título de nota, a norma argentina já examinada é mais explícita permitindo a contratação do trabalhador com um objeto indeterminado.

Um segundo argumento usado é o do enriquecimento sem causa para o acúmulo de função.

Locupletamento é o enriquecimento sem causa de um agente, em razão do prejuízo de outro. Essa conduta é vedada em nosso Código Civil, conforme indica o art. 884: "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."

Segundo Eduardo Gabriel Assad¹⁵⁴, a avaliação do enriquecimento ilícito só incide nos casos de nulidade contratual, na qual o empregador deixa de pagar salários por trabalho recebido, sob fundamento de que o trabalho foi considerado proibido. Importante ponderar que na figura do "acúmulo de função", como entendemos, não há qualquer nulidade do contrato, mas tão somente ausência de pagamento equivalente ao trabalho prestado.

A determinação de realização de outras funções além daquelas contratadas originalmente pode ser causa de ruptura contratual, nos termos do art. 483, "a", parte final, da CLT, ao permitir que o contrato seja considerado rescindido, postulando a devida indenização quando forem exigidos serviços alheios ao contrato. Aqui, a expressão "alheios" indica adequadamente não a compatibilidade dos trabalhos com a condição pessoal do empregado, mas a referência ao próprio serviço ou função contratada. Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento¹⁵⁵ estabelece que a alteração de função é causa de rescisão indireta, de onde podemos concluir que o acúmulo de função, por decorrência lógica, pode ser entendido da mesma maneira.

¹⁵⁴ ASSAD, Eduardo Gabriel. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 186.

¹⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1224.

Uma questão interessante que surge é a eventual diferença entre "enriquecimento ilícito" e o "enriquecimento sem causa", expressões que, nos parece, são usadas muitas vezes como sinônimas.

Limonge França¹⁵⁶ afirma que "enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico". Dessa forma, a figura jurídica do locupletamento ilícito, ou enriquecimento sem causa, previsto no art. 876¹⁵⁷ do Código Civil, parece ter uma nítida feição patrimonial ligada a relações civis.

Importante ponderação faz Marcus Cláudio Acquaviva¹⁵⁸, afirmando que enriquecimento ilícito é o "aumento de patrimônio de alguém, pelo empobrecimento injusto de outrem", fato jurídico que justifica a ação de indenização, e entende também que é figura diferente de enriquecimento sem causa, afirmando que "embora não necessariamente ilegal, [o enriquecimento sem causa] configura o abuso de direito, ensejando uma reparação".

Porém, a aplicação simples do dispositivo legal não permite relacionar diretamente o acúmulo de função com a locupletação. Examinando a norma civil em conjunto com o parágrafo único do art. 456, da CLT, podemos distinguir outras tonalidades interpretativas.

A norma civil aduz que o enriquecimento é ilícito se não houver justa causa, ou justa motivação. Além da questão ideológica do sistema capitalista, já examinada, a ausência de previsão legal, convencional ou contratual contrária ou limitadora do acúmulo de função coloca a atividade do empregador como legal, por aplicação do art. 5º, II, da CRFB/1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

¹⁵⁶FRANÇA, R. Limongi. **Enriquecimento sem Causa**. São Paulo: Saraiva, 1987. (Enciclopédia Saraiva de Direito).

¹⁵⁷CC/2002, Art. 876 Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição

¹⁵⁸ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. 9ª ed., ver., atual e ampl. - São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998.

Portanto, não havendo prova do pactuado, a situação real se submete à presunção legal e mesmo que haja prova da dupla função acumulada exercida pelo empregado, não há enriquecimento ilícito.

A questão que se apresenta é saber se ao julgador é dado aplicar ao caso concreto, no qual haja prova da realização de mais de uma função e ausência de prova da pactuação, o exame de isonomia ou de equivalência. Surge a contradição entre haver a prova da realização de mais de uma função, que, por dedução lógica está dentro das capacidades derivadas das condições pessoais do trabalhador (caso contrário ele não as desempenharia), e a ausência de pagamento adequado pela simples ausência de previsão contratual (pois se houver previsão legal ou convencional, a base jurídica é determinada).

Em síntese, se há norma legal ou contratual, a questão se resolve na prova. Se não há previsão contratual, a questão se soluciona no direito, mesmo havendo prova da acumulação. E, como no plano do direito trabalhista a questão da “mais-valia” é permitida por lei, não há qualquer locupletamento ilícito.

Além disso, mesmo que haja prova de que o trabalhador iniciou sua prestação de trabalho em uma determinada função e uma prova dessa alteração contratual, a presunção da realização de tarefas na mesma jornada, em consonância com as condições pessoais do trabalhador, leva à conclusão jurídica, fundada na presunção legal, que o acréscimo da função está implicitamente autorizada no contrato. Vejamos uma decisão típica:

Quanto ao plus salarial, inexistindo previsão legal de salário diferenciado, é de entendimento desta Relatora que o exercício de múltiplas tarefas pelo empregado dentro da mesma jornada de trabalho não configura acúmulo de função. Em consequência, não gera direito a acréscimo salarial, exceto se a tarefa exigida tenha previsão legal de salário diferenciado, o que não é o caso dos autos...[omissis]...

Portanto, aplicável à espécie a norma contida no parágrafo único do art. 456 da CLT, no sentido de que à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. Não resta caracterizado nos autos afronta ao art. 7.º, inciso VI, da Lei Maior. AIRR - 73240-61.2002.5.04.0019. DEJT - 25/02/2011. MARIA DE ASSIS CALSING, Ministra Relatora.¹⁵⁹

Um terceiro argumento, de disponibilidade do empregado às ordens do empregador durante sua jornada de trabalho é outra leitura corrente nas decisões judiciais.

O parágrafo único do art. 456, da CLT, determina uma presunção legal cuja inteligência advém da lógica que o empregador aplica ao seu negócio jurídico com o empregado.

A condição impeditiva da presunção legal é a expressão contratual explicitadora das funções pactuadas ou, na sua ausência, prova do pactuado.

Contra a prova do pactuado há a aplicação do princípio da razoabilidade, afirmando que não é razoável o empregado conviver com a alegada obrigação, na medida em que o tempo revela a conformação das funções ao contrato.

O argumento é interessante, pois diz respeito à dinâmica das relações trabalhistas. Todavia, como crítica ao argumento, ponderamos que há um embaraço conceitual entre a dinâmica das relações laborais, que determina certa flexão de tarefas de um empregado do desempenho de suas funções, e a acumulação de funções de forma permanente. Interessa-nos examinar as alterações contratuais permanentes, que determinam lesões relevantes ao contrato, e não a mera

¹⁵⁹Disponível em: <<http://goo.gl/06ghTx>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

modulação de atividade pontual, emergencial, excepcional com que os empregados, portadores de confiança ordinária laboral, devem dedicar ao empregador.

Outra questão diz respeito à condição pessoal do empregado para a realização das funções que a ele são determinadas.

Se o empregador determina funções a um empregado, funções estas que estão fora do padrão de compatibilidade pessoal do empregado, o empregador assume o risco de que as tarefas não sejam realizadas a contento. Por outro lado, se a determinação de realização de uma função é compatível com as condições pessoais do empregado, e essas funções encontram-se desempenhadas por outros empregados da própria empresa, seja em identidade ou equivalência, a norma legal protege esses empregados com direitos de equiparação e isonomia, respectivamente.

Ressaltamos que o empregado que realiza atividade agregada à atividade originalmente contratada não pode ser responsabilizado por danos cometidos na realização do trabalho. A lei, em Portugal, determina, nos casos de alteração de funções para as quais o empregado tenha necessidade de formação especial, que o empregador providencie a qualificação (v. legislação em Portugal, art. CTP, Artigo 118.º/4).

A *contrario sensu*, razoável supor, ainda, que a alteração do contrato de trabalho demandando formação ou aperfeiçoamento do empregado, implica em maior complexidade do serviço, fato que justifica o acréscimo salarial. E, sem dúvida, ficará facilitada a realização de prova, seja para efeito de equiparação salarial de qualquer natureza, seja para caracterizar, se for o caso, o acréscimo de função à originalmente contratada.

Mas outra reflexão interessante é que o acúmulo de funções, mesmo que compatível com a condição pessoal do empregado, não tendo previsão contratual que fundamente, ou prova do pactuado, implica em presunção de ilicitude da determinação ou da alteração contratual.

A contradição é revelada na seguinte reflexão: tanto nas figuras de equiparação salarial, quanto na isonomia, o empregado desempenha funções compatíveis com sua condição pessoal, e a norma prevê o direito a diferenças salariais caso haja prova da realização da função.

Todavia, se a questão for o pedido de diferenças salariais em razão da acumulação da função, a prova da realização de mais de uma função não é considerada, salvo se houver previsão contratual, legal ou convencional em contrário. As figuras da equiparação, da isonomia e da presunção de funções contratadas receberam da norma pesos diferentes no tratamento de questões de prova e de conformidade à ordem jurídica.

Outro argumento interessante, ainda que menos utilizado, faz menção à máxima colaboração do empregado na empresa.

As relações de trabalho, e mais especificamente as de emprego, possuem um conflito essencial que deriva das condições antagônicas nas quais se encontram seus contraentes.

De uma parte, os empregadores são possuidores dos meios de produção, notadamente com maior poder econômico e visando precipuamente ao lucro, também obtido com a compra do trabalho e a venda da mercadoria "lato sensu"; de outro, os empregados, cuja riqueza repousa na força de trabalho, atrelados a um sistema que não dá alternativa de alienação verdadeiramente livre de sua força de trabalho, e que buscam precipuamente a sobrevivência.

Esse conflito é amenizado na modernidade com inúmeros argumentos e mecanismos e, sem dúvida, o avanço das legislações sociais, para além de institucionalizar o conflito e, portanto, mantê-lo dentro do sistema político-econômico, ainda usa o mote da máxima colaboração para a diminuição de resistências do trabalhador no desenvolvimento da empresa.

O princípio da máxima colaboração do trabalhador na empresa é pouco referido na doutrina e na jurisprudência e situa-se mais como repercussão do

princípio de boa-fé no empregado¹⁶⁰, na prestação de seu trabalho, como também consequência da confiança genérica que o empregador possui no empregado, em razão de sua vinculação subordinada juridicamente.

Por seu turno, sem a existência de uma colaboração mínima do empregado, diversas pequenas tarefas impregnadas de urbanidade deixariam de ser realizadas; mais recentemente, a ideia de respeito ecológico, o simples ato de colocar papel usado no lixo poderia ser recusado pelo empregado sob a justificativa de não ser de seu interesse a economia que o empregador terá.

Mas nos interessa a exigibilidade da conduta oposta, ou seja, da máxima colaboração ou cooperação do empregado com a empresa.

Enquanto a "colaboração mínima" tem um forte sentido de razoabilidade, a "colaboração máxima" poderia experimentar uma experiência de trabalho muito além daquilo que é razoável supor e exigir do empregado.

Colaboração máxima que visa realizar trabalho sem receber contraprestação não é juridicamente defensável no plano da relação de emprego¹⁶¹.

Tomemos o caso da substituição de um empregado em função gerencial, por outro, subalterno seu, em duas hipóteses: (1) em períodos de ausência breve, tal como o horário de refeição e (2) em período de férias.

¹⁶⁰Nesse sentido, Leonel Maschietto, ao referir, em conjunto com Otavio Pinto e Silva que é um pressuposto básico que as partes devem negociar de boa-fé e a proceder com lealdade em todos os seus entendimentos, assim como na execução do que vier a ser acordado. A lição, ainda que dedicada ao direito processual, tem dimensão axiológica suficiente para ser aplicada à própria realização do contrato de trabalho. MASCHIETTO, Leonel. **O Trabalho aos domingos como elemento de Dissolução do Núcleo Familiar e Social e Restrição ao Direito ao Lazer**. 2013. 248 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

¹⁶¹Amauri enuncia que: "O trabalho gratuito, o religioso, o do bom vizinho, não profissional, fica fora da esfera do direito do trabalho." NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 299.

O TST, por meio da Súmula 159¹⁶², já decidiu que “enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído”. (Res. TST 121/2003, DJ 21.11.2003).

Portanto, é reconhecida pela jurisprudência que a substituição não eventual, tal como a das férias, dá direito ao substituto de receber o salário do substituído.

A colaboração máxima que o empregado deve como obrigação relacionada ao contrato é a de não se recusar a substituir o seu superior, seja nos casos meramente eventual ou nos casos permanentes, excetuadas na hipótese de vacância definitiva do cargo (Súmula 159, do TST, inciso II).

O empregado que exerce função de superior em substituição eventual não tem direito, nos termos da Súmula 159, do TST, ao pagamento de qualquer diferença salarial, pois, na prática, a substituição eventual não ocorre com assunção total das atividades e responsabilidades do substituído.

Portanto, o princípio ou sentido de “máxima colaboração” não significa que o empregado tenha que realizar trabalho considerado comparativamente “mais caro”, tal como é típico em uma função superior, sem que receba paga salarial correspondente.

Por esse argumento, entendemos que já perde um pouco de sentido o não reconhecimento de diferenças salariais por acúmulo de função em razão do princípio ou sentido de máxima colaboração do empregado com o empregador.

¹⁶²TST - SÚMULA 159 SUBSTITUIÇÃO DE CARÁTER NÃO EVENTUAL E VACÂNCIA DO CARGO (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 112 da SBDI-1) -Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005; I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído. (ex-Súmula nº 159 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003); II - Vago o cargo em definitivo, o empregado que passa a ocupá-lo não tem direito a salário igual ao do antecessor. (ex-OJ nº 112 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997).

Por fim, há muitas decisões que utilizam o princípio da boa-fé ligado à dinâmica do trabalho e ao princípio da primazia da realidade para negar o reconhecimento do acúmulo de função.

A prestação do trabalho pelo ser humano é um bem protegido pela legislação brasileira, a exemplo de normatizações históricas no mundo ocidental. Essa proteção, que reafirma o direito do trabalho, tem fundamento relevante na boa-fé das partes contraentes, situação reafirmada também pelo Código Civil em vigor, Lei nº 10.406/2002, em seu art.113.¹⁶³

A noção das condutas de boa-fé pelas partes contraentes do contrato de trabalho já foi examinada pela doutrina e dela retiramos três subprincípios¹⁶⁴:

(I) Boa-fé como lealdade: São os limites éticos da conduta das partes em relação umas às outras. A lealdade, como princípio, está relacionada às normas aplicadas à dissolução do contrato de trabalho por justa causa laboral de empregados e empregadores.

(II) Boa fé como não-alegação da própria torpeza: Trata-se de princípio ético geral, com implicação no direito, na medida em que qualquer das partes não pode se defender alegando conduta desonesta do outro, mas que não observa para si mesmo.

(III) Boa-fé como efeito lícito do exercício regular do próprio direito: Trata-se do uso e do abuso de direito como forma de mascarar uma ilicitude.

Logo, o argumento de que o empregado, ao se ajustar cotidianamente às tarefas e funções que lhe vão sendo demandadas, dentro de sua condição pessoal, sem que lhe seja retribuído qualquer adicional salarial, expressam a boa-fé objetiva com que os contraentes se conduziram. Não fosse o desequilíbrio real dessa relação

¹⁶³CC/2012. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 191/192.

de prestação e contraprestação subordinada, o empregado não admitiria aceitar ou permanecer no emprego sem qualquer ganho adicional.

O Código Civil em vigor, em seu art. 157, assenta que "ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta."

Se o princípio da boa-fé pode ser usado para recusar qualquer adicional salarial em razão da gama de tarefas prestadas pelo empregado, sob alegação de acúmulo de função, é certo que a leitura sistemática da norma, à luz da doutrina, admite outra interpretação.

Sob o pressuposto básico de hipossuficiência do trabalhador em face do empregador, a imposição de outras funções, diferentes daquelas originalmente contratadas é uma situação frequente, aceita não pela inexperiência do empregado, mas pela própria natureza alimentar da relação laboral, e considerando que ao não formalizar as funções do empregado no contrato de trabalho e, adiante, usando o parágrafo único do art.456 da CLT para defender-se com a alegação de que o empregado se obrigou a realizar toda e qualquer tarefa compatível com sua posição pessoal, o empregador tem uma conduta típica de má-fé pelo abuso de direito. E, sendo o contrato de trabalho tendente à formalização, com iniciativa legal obrigatória do empregador, a ausência de uma descrição mais precisa das funções ou conjunto de tarefas que serão contratadas implica na lesão da boa-fé por não utilização da própria torpeza como defesa.

Os argumentos favoráveis ao reconhecimento do direito são as características sinalagmática e comutativa do contrato de trabalho, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, a redução salarial.

Todavia, as decisões típicas revelam ainda o grande relevo que os argumentos que refutam o acúmulo de função adquiriram como padrão de exame do tema.

RECURSO ORDINÁRIO PROCESSO TRT/SP Nº:
01390200606502003

Acúmulo de função. Não configuração. O exercício de vários misteres dentro da jornada laboral caracteriza-se como acúmulo de atribuições e não de funções, pois as atividades do autor se coadunam com a função de coordenador, restando claro que todos os afazeres que descreveu, inclusive as aulas que ministrava, eram exercidos dentro do horário estabelecido contratualmente, não constituindo função cumulativa, mas multiplicidade de funções associadas ao seu labor, conduta esta não repudiada no direito do trabalho, decorrente do *jus variandi*...[omissis]...Relatora Desembargadora Marta Casadei Momezzo

RECURSO ORDINARIO. Acúmulo de função. Vigilante que eventualmente entregava vale-transporte e recibos de pagamento para empregados e emitia notas fiscais de produtos da empresa. Exercício conjunto de misteres que não caracteriza acúmulo de função, mas se situa no sentido da máxima colaboração que o empregado deve ao empregador. Inexistência de indeterminação do salário (CLT, art. 460) que faz entender que o empregado se obrigou, desde o início do contrato, a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal (CLT, art. 456, parágrafo único). VU - RO - TRT 2ª Região. Processo nº 00761200800902003 - 6ª Turma - Relator Desembargador Rafael E. Pugliese Ribeiro.

CAPÍTULO 7

7.1 Projetos de lei em curso no legislativo brasileiro

Como já examinamos, não há razão objetiva que confunda as figuras do acúmulo de função com outras próximas, porém distintas, tais como o desvio de função, a isonomia, a equiparação salarial etc.

O PL No 2.746, de 2011, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, PMDB/MT, propõe uma alteração da redação do parágrafo único do art. 456 da Consolidação das Leis do Trabalho, para dispor que o empregado está obrigado a desempenhar apenas a função para a qual foi contratado, salvo cláusula contratual expressa em contrário.

Pela proposta do Projeto de Lei No 2746/2011, o parágrafo único do art. 456 da CLT passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 456
Parágrafo único. Inexistindo cláusula contratual expressa a respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou exclusivamente à prestação de serviços na função para qual foi contratado.

Na exposição de motivos do PL, o autor Deputado Carlos Bezerra afirma que com a redação atual do parágrafo único do art. 456 da CLT, "deixou um caminho aberto para os empregadores abusarem do seu poder diretivo e cometerem ao empregado um sem-número de atividades que não pertencem à função para a qual ele foi contratado." Continua o texto afirmando que os abusos são cometidos sob argumento de que o acréscimo de funções não passa de funções correlatas e não constituem, por isso, acúmulo ou desvio de função.

Percebe-se que o Projeto de Lei deixou a desejar na precisão dos termos que utiliza, especialmente porque, aparentemente, usa indistintamente a noção de "tarefa" como "função". Como já explanamos anteriormente, "tarefas correlatas", estão em linha e afinadas em uma mesma função, enquanto conjunto, não se confunde com "funções correlatas", que são agregados mais complexos.

Outra questão exposta nas razões do PL, diz respeito à “segurança jurídica que a alteração pode trazer às partes e inibe a prática sistemática de abusos”. Examinando o texto proposto, à luz da hermenêutica jurídica, a expressão “entender-se-á que o empregado se obrigou exclusivamente à prestação de serviços na função para qual foi contratado” traduz uma presunção lógica equivalente ao texto atual, em módulo negativo, ou seja, o texto proposto é restritivo na mesma medida em que o texto atual da lei é ampliativo.

A troca, portanto, em nosso entendimento, não traz vantagem social relevante, não atende aos pressupostos básicos do direito do trabalho em sua natureza protetiva e promocional, e nem traduz segurança jurídica às partes, pois, não havendo possibilidade de alteração de funções, o empregador acabará por rescindir o contrato de trabalho, especialmente em ocasiões de oferta de mão de obra.

Podemos antever, com base em nossa experiência prática, que o texto legal pode ser usado justamente para demitir empregados sob fundamento de “inadequação”, que é fundamento da Convenção No. 158, da OIT. Portanto, o efeito seria mais amplo ainda, servindo como mais um argumento contrário à adoção da Convenção No. 158, da OIT, pelo Brasil.

Por fim, as razões do PL afirmam que, com a adoção do texto legal, favoreceria a abertura de postos de trabalho, vez que, “ao ser impedido de lançar mão de forma indiscriminada do acúmulo e do desvio de função, o empregador terá, necessariamente, que contratar novos colaboradores.” A afirmação é temerária, pois, à vista do enrijecimento da contratação, novamente teríamos a possibilidade de rescisão de um empregado para contratação de outro que aceitasse fazer as funções delineadas na nova contratação. O argumento, portanto, fica prejudicado, por inconsistência.

Correta a alegação nas razões do PL ao afirmar que a redação proposta não elimina a possibilidade de prestação de atividades correlatas à função de contratação, desde que prevista em cláusula contratual específica.

Porém, bastante temerosa a alegação de que a redação favorece a abertura de postos de trabalho, pois, "ao ser impedido de lançar mão de forma indiscriminada do acúmulo e do desvio de função, o empregador terá, necessariamente, que contratar novos colaboradores"

O relator designado do PL foi o Deputado Silvio Costa, da Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço.

Não sem motivo o PL recebeu voto pela rejeição do Deputado Relator designado Deputado Silvio Costa, da Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público, encarregado de apreciar e encaminhar o texto.

Em seu relatório, o Deputado Relator designado para apreciar o Projeto apresentado, afirma que "a proposição está na contramão do atual dinamismo e evolução das relações do trabalho, além das exigências de mercado e das necessidades dos empregados e das empresas".

Continua o Sr. Relator afirmando que a proposta contraria o *jus variandi*, princípio básico do Direito do Trabalho, "que possibilita o empregador fazer, exemplificativamente, alterações em cargo/função como as previstas nos art. 450 e 468, parágrafo único, ambos da CLT". O art. 450, da CLT, permite que o empregador determine que o emprego chamado a ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, retorne ao cargo anterior. E o art. 468, da CLT, permite a alteração lícita dos contratos individuais de trabalho mediante mútuo consentimento, e desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

O relatório afirma que a alteração da prestação do serviço decorrente do poder diretivo do empregador "tem como finalidade a adequação do trabalho do seu empregado às transformações sociais e econômicas pelas quais a empresa passa." Afirma que as alterações sociais e econômicas atingem a todos e, "muitas vezes independem dos envolvidos diretamente na relação de emprego, mas que nela

interferem profundamente”, e que “não é possível prever os acontecimentos que, posteriormente, originariam as mudanças nas relações empregatícias.”

O relatório afirma também que “não é possível impedir o crescimento profissional de um trabalhador que, por exemplo, é contratado como “mensageiro” e, desenvolve-se rapidamente, destacando habilidades para “auxiliar de escritório”, mas que não poderia prestar serviços como auxiliar de escritório e ser promovido, simplesmente porque não houve cláusula contratual expressa a respeito, como constou na proposição.”

E continua o relatório em sua exposição afirmando que as empresas seriam atingidas, “vez que suas atividades não poderiam ser expandidas, já que haveria muitas dificuldades de remanejamento de seus empregados, mesmo que compatíveis com a condição pessoal dos mesmos, o que inclusive, impediria o desenvolvimento profissional, impedindo os trabalhadores.”

Por fim, o Deputado Relator afirma que a proposta está na direção oposta à da própria CLT que, “já nos idos de 1943, identificou a necessidade de partir da regra para a exceção”, com a redação do art. 456, parágrafo único, e que ela “se coaduna perfeitamente com a sociedade moderna e as relações de emprego que nela se desenvolvem, propiciando a evolução profissional dos trabalhadores, assim como o crescimento das empresas e o progresso do país.”

Nesse sentido, o relatório do Deputado Relator, a exemplo do texto de exposição das razões do PL, merece apreciação mais detida.

Primeiramente, o relatório acerta ao afirmar que “não é possível impedir o crescimento profissional de um trabalhador”. A tônica do direito do trabalho alinhado com o desenvolvimento nacional é de qualificação, não de engessamento profissional.

O mesmo ocorre com a afirmação quanto ao alcance ou afetamento das empresas, ao dizer que “suas atividades não poderiam ser expandidas, já que

haveria muitas dificuldades de remanejamento de seus empregados, mesmo que compatíveis com a condição pessoal dos mesmos”.

Porém, o Sr. Deputado Relator excede em seus argumentos ao afirmar que, “já nos idos de 1943”, a CLT “identificou a necessidade de partir da regra para a exceção”, com a redação do art. 456, parágrafo único, e que ela “se coaduna perfeitamente com a sociedade moderna e as relações de emprego que nela se desenvolvem, propiciando a evolução profissional dos trabalhadores, assim como o crescimento das empresas e o progresso do país.”

A questão histórica poderia ser melhor considerada, pois a CLT, ainda que tenha 70 anos no momento em que este texto foi escrito, só se mantém atualizada às custas de inúmeras e bem vindas intervenções legislativas, não podendo dizer que a boa vontade do legislador de 1943 seja equivalente aos seus poderes de previsões futurísticas, especialmente porque foi escrita para um modelo fordista e estamos em uma atualidade conhecida como “pós-industrial”.

Há uma certa identidade de motivações que são expostas no PL do Deputado Carlos Bezerra com a preocupação temática deste trabalho e isso anima a refletir sobre a oportunidade legislativa com alguma proposta de discussão.

CAPÍTULO 8

8.1 Crítica aos parâmetros “tempo” e “função” no contrato de trabalho

Tradicionalmente, o contrato de trabalho possui uma atenção concentrada no “tempo de trabalho” como um critério bastante relevante para estabelecimento da remuneração do empregado, ou seja, a quantidade de horas de trabalho que o trabalhador esta à disposição do empregador.

Essa atenção tem sua razão de ser na medida em que a jornada de trabalho foi o primeiro grande critério de quantificação salarial.

Evaristo de Moraes¹⁶⁵ declara que “na regulamentação do trabalho não há questão mais intimamente ligada aos interesses vitais da criatura humana do que a que diz respeito ao tempo ou duração da atividade profissional”.

Reforça essa noção de importância, o fato de que o critério de tempo ou jornada de trabalho é o tema da Convenção nº 1, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, decidida na 1ª Conferência Geral da OIT, na reunião da Sociedade das Nações (ou Liga das Nações), realizada em Washington, em 20.10.1919¹⁶⁶.

Essa atenção é histórica, advinda dos primeiros desenvolvimentos fabris capitalistas, desde a Revolução Industrial ocorrida em meados do século XVIII, visando à regulação da presença do empregado no local de trabalho e a extensão do tempo despendido para a produção, eminentemente fabril, realizado em um local próprio de trabalho, sob subordinação direta e pessoal de um empregador.

¹⁶⁵MORAIS, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. São Paulo: LTr, 1971, p. 83.

¹⁶⁶ Projeto de Convenção internacional da OIT de 29.10.1919. Washington, EUA. “Artigo 2. Em todos os estabelecimentos industriais, públicos ou particulares, e suas dependências, de qualquer natureza que sejam, e com exclusão daqueles em que se achem apenas empregados de uma mesma família, o período de trabalho do pessoal não poderá exceder oito horas por dia e quarenta e oito por semana, salvo as exceções abaixo previstas.” Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portuguese/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_1.pdf>. Acesso em: 01 set. 2013.

Apesar da ideia de tempo do trabalhador à disposição do empregador ser histórica, ainda representa uma preocupação essencial para o direito do trabalho, pois há um rol significativo de atividades econômicas que exigem a presença do trabalhador em um determinado local de trabalho, prestando serviço em determinados parâmetros de tempo.

Porém, com o avanço da economia moderna, transformadora dos métodos de produção, a prestação do trabalho vai se deslocando fisicamente, não mais estabelecendo o local tradicionalmente disponibilizado pelo empregador, como um local necessário à prestação do serviço pelo empregado.

Essa realidade já foi reconhecida pela norma trabalhista por meio do reconhecimento do trabalho subordinado no domicílio do empregado e do uso de meios telemáticos, como suficientes para gerar a subordinação típica da relação de emprego, mitigando a importância da presença física do empregado no local de trabalho, a saber:

CLT Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011).

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011).

A consequência é clara: se o comparecimento do trabalhador ao local de trabalho não é mais tão relevante, e se era no local tradicional de trabalho que o critério de contratação por tempo era mais central, agora, podendo haver trabalho em domicílio do empregado- *ou em qualquer outro local onde deseje e possa-*, com todas as vantagens que o fato possibilita para a saúde do empregado, fica evidente que o centro da atual atenção do empregador é a produção realizada por esse trabalhador. Mudou o paradigma.

E, do ponto de vista jurídico, é impossível entender qualquer produção laboral realizada sem uma definição mais adequada do objeto da contratação.

Vimos que o contrato de trabalho brasileiro, no que toca à regulação pelas normas de caráter público, apresenta uma singularidade quando em cotejo com outros contratos observados no ordenamento jurídico, relativo ao objeto, a saber: é o único contrato no qual seu objeto não requer que seja definido com maior precisão pelo contratante, e, de fato, essa circunstância o beneficia, em detrimento da parte contrária.

As outras limitações legais à prestação do serviço igualmente previstas na CLT referem-se a condutas das partes relativas ao contrato que não propriamente a limitações de seu objeto, ou função a desempenhar pelo empregado.

Até agora, a questão posta em termos de definição da “função” destinada ao trabalhador adquire maior vulto quando é apreciada em termos de alteração da cláusula de objeto do contrato de trabalho e, mais especificamente para nosso tema, a alteração do objeto pelo acréscimo de nova função à função originalmente contratada, ou “acúmulo de função”.

Em face de todo o exposto até o momento, e considerando que a redação do parágrafo único do art. 456, da CLT, não mais dá conta de fenômenos modernos que verificamos no mundo do trabalho, especialmente a intensidade do trabalho e o acúmulo de função do empregado, passamos a examinar as questões jurídicas que se apresentam em face do parágrafo único da CLT, especialmente a questão da sua constitucionalidade.

8. 2 Exame da constitucionalidade do parágrafo único do art. 456, da CLT

8. 3 Primeira inconstitucionalidade

Argumento muito pouco utilizado, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, pelo menos de forma explícita, e que prestigia a função exercida pelo trabalhador no âmbito da prestação do seu trabalho, é a encartada no comando constitucional do art. 7º, inciso V:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...
V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

A grande maioria da doutrina e da jurisprudência brasileira prestigia claramente o critério "tempo" a qualquer outro critério, nas definições mais relevantes do contrato de trabalho. E essa preocupação diz respeito à noção de trabalho, como o trabalhador "estar à disposição" do empregador, no centro de produção, aguardando e executando as ordens de seu serviço.

O critério "função", em nossa percepção, recebe um nível de atenção em seu estudo que não compatível com a estatura conferida pela Constituição.

Com nova redação do art. 6º e seu parágrafo único, da CLT, há possibilidade de melhor compreensão do fenômeno, pois o caráter quantitativo da jornada de trabalho deverá perder um pouco do foco de interesse, revelando novas situações nas quais a própria prestação do serviço seja realçada. Como exemplo, vale a pena examinar a Resolução nº 1499, de 01.02.2012, regulamentou o teletrabalho no âmbito daquele Tribunal ¹⁶⁷.

A reflexão inovadora e crucial sobre o tema deste trabalho foi revelada por Pedro Paulo Teixeira Manus, ao ponderar sobre as introduções trabalhistas na Constituição de 1988, e discorrer sobre o tema "piso salarial".

¹⁶⁷O TST, por meio da Resolução nº 1499, de 01.02.2012, regulamentou o teletrabalho no âmbito daquele Tribunal. A resolução indica que há estabelecimento de metas de produção e que o trabalho em domicílio deve gerar produtividade de pelo menos 15% superior à desenvolvida no local original, possibilitando o entendimento de que a questão da jornada, no ambiente de teletrabalho, é menos importante que o volume de produção do trabalhador. In verbis: Art. 3º A estipulação de metas de desempenho diárias, semanais e/ou mensais, alinhadas ao Plano Estratégico do TST, é requisito para a implantação do teletrabalho na unidade. Art.4º. Meta de desempenho do servidor em regime de teletrabalho será, no mínimo, 15% (quinze por cento) superior à estipulada para os servidores que executarem as mesmas atividades nas dependências do TST.

Assevera Manus, sobre o inciso V, do art.7º da CRFB/1988:

Como se vê, a redação do texto constitucional a respeito remete à necessidade de disciplinar o que venha a ser "extensão e complexidade do trabalho, de modo a permitir, efetivamente, a fixação de piso salarial às várias categorias".¹⁶⁸

CRFB/1988

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

Manus, ao afirmar que o art. 7º, V, que estabelece que o piso salarial deve ser proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, já adiantava a importância que o critério de complexidade das tarefas ou funções possui em relação à contraprestação equilibrada e para que o instituto fosse bem aplicado.

A conclusão que surge do esclarecimento de Manus é a de que no sistema jurídico brasileiro já há a base principiológica sobre a qual a contraprestação mínima não pode mais ser estabelecida somente com referência à extensão do trabalho, tomado precipuamente pelo tempo do empregado à disposição de seu empregador, mas, igualmente, com referência à complexidade do trabalho prestado, ou seja, sua função.

A noção de "complexidade" remete naturalmente ao conhecimento mínimo dos contornos do serviço, das tarefas que compõe a função contratada, ou mesmo das funções que são assumidas por um empregado e que constituem a cláusula de objeto de seu contrato.

Se o argumento de Manus nos parece irrefutável para o contrato de trabalho ordinário, no qual o trabalhador é contratado para exercer uma só função, torna-se mais poderoso ainda para a hipótese de acúmulo de função, pois o trabalho assim prestado por um trabalhador que desempenha uma função "A" cumulada com a função "B" é, *de per si*, mais complexo em comparação com o de outro trabalhador que presta unicamente a função "A" ou a "B".

¹⁶⁸ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 283.

Natural, portanto, que, em razão de exercer uma função mais complexa juridicamente, o trabalhador que acumula função deve ter contraprestação adequada¹⁶⁹.

Considerando que há condição jurídica de desenvolver um entendimento mais adequado sobre o tema, nossa tarefa, agora, é estabelecer uma reflexão consistente e mais precisa sobre a extensão da expressão “piso salarial”, referida acima por Manus, e para tanto examinaremos a questão de sua interpretação constitucional.

Parece-nos mais interessante, tecnicamente, estabelecer inicialmente que a expressão inserida no art. 7º, V, possui, segundo a teoria de Alexy¹⁷⁰, uma natureza de “mandamento de otimização”, uma “norma-princípio”, que inspira à sua leitura inicial.

A prova da consistência da afirmação é realizada usando-se um mecanismo de questionamento pelo seu entendimento contrário: na concepção interpretativa de Alexy, o texto constitucional do art. 7º, V pode ser uma “norma-regra”?

Se o art. 7º, V, da CRFB/1988, fosse uma “norma-regra”, exigiria uma determinada medida de cumprimento pelo destinatário, em detrimento de sua própria expressão. A regra concederia uma resposta em forma de disjunção exclusiva: ou a norma é satisfeita ou não é satisfeita. Se a questão fosse meramente satisfazer ou não satisfazer a norma, acreditamos que sua aplicação já estaria resolvida pela simples observância prática e imediata do comando constitucional. Mais precisamente, sua não observância seria visível, e haveria, quase que imediatamente, a exigência de sua aplicação. Não é o caso.

Passados, hoje, mais de 25 anos de promulgação constitucional, este trabalho discute justamente as condições nas quais é possível a aplicação do art. 7º,

¹⁶⁹ A noção de complexidade jurídica, aqui, não tem relação com a complexidade ocupacional de um determinado objeto profissional.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86 e ss.

VI, da CFRB/1988, e em que medida, questiona sua oportunidade de observação como um princípio regente.

Retornando à operação criteriosa de verificação da natureza da norma, segundo a teoria de Alexy, é o momento de examinar se art. 7º, V é consistente como “mandamento de otimização”, tentando confirmar sua natureza.

Um “mandamento de otimização”, também chamado de “exigência de otimização”¹⁷¹ pode ser satisfeito em graus variados, pois requer condições fáticas e jurídicas para sua plena eficácia. E a eficácia é percebida na medida da existência de outros princípios colidentes ou de regras conflituosas.

O contrato de trabalho, como relação jurídica, é um negócio jurídico bilateral, oneroso, consensual, comutativo e de trato sucessivo¹⁷², no qual o valor do bem da vida dado por uma parte (*a prestação do trabalho*) deve corresponder ao preço aceito pela outra (*a contraprestação direta do salário*).

Ao examinar a matéria “remuneração”, Magano¹⁷³ lembra que a suficiência é um elemento inerente à contraprestação, indicando que a Constituição italiana, em seu art. 36, enuncia que “o trabalhador tem direito a retribuição proporcionada à quantidade e à qualidade de seu trabalho e, em qualquer caso, em quantidade suficiente para assegurar a si e a sua família uma existência livre e digna”¹⁷⁴

Ora, o salário pago como contraprestação, como visto, deve ser proporcional à qualidade do trabalho prestado. O enunciado, extraído da norma italiana, ao admitir uma proporcionalidade, já apresenta seu caráter de fixação em um critério que não é objetivo, pois provoca uma tensão entre interesses opostos e que requer uma operação de definição na qual os agentes econômicos participam

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.168.

¹⁷² MAGANO, Octavio Bueno. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993, v. 2, p. 29.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 221.

¹⁷⁴ No original: La Costituzione Della Republica Italiana 1948. Art.36. Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

ativamente, cada um em sua lógica comportamental, nos limites da lei: o empregador pressiona para pagar menos, o trabalhador pressiona para ganhar mais.

Se o salário é modulado pelas circunstâncias de qualidade inerente, há que haver uma diretriz que encaminhe a questão, razão pela qual, considerando a metodologia de Alexy, fica demonstrado que o inciso VI, do art. 7º, da CF/1988 deve ser classificado como norma-princípio, ou “mandamento de otimização” que vai requerer, em sua aplicação, como um direito social fundamental, a aplicação da máxima de proporcionalidade, assim entendida em sua divisão em máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O valor utilitário do método de exame surge na seguinte equação: o “mandamento de otimização” constitucional em comento, para ser aplicado em sua máxima eficácia de direito social fundamental, requer que haja possibilidades fáticas suficientes para suportar as máximas de adequação e de necessidade, que, em nosso caso, é dada pela noção de um ambiente de trabalho, especialmente em uma sociedade de informação, que exige cada vez mais reconhecimento em face da qualidade do serviço que presta. Por sua vez, a máxima parcial de proporcionalidade em sentido estrito, ou a noção de um sopesamento mais acurado, refere-se às condições jurídicas da aplicação da norma-princípio e aqui reside nossa alegação de conflituosidade da norma constitucional com o parágrafo único do art. 456, da CLT, na medida em que esta é norma infraconstitucional que não observa materialmente o critério constitucional de complexidade do trabalho como parâmetro de contraprestação.

Porém, observando o percurso que fizemos, ainda não é possível afirmar que a regra do parágrafo único do art. 456, da CLT, padece de alguma inconstitucionalidade, pois pode parecer, usando o critério *prima facie*, que o “mandamento de otimização” do art. 7º, VI da CF/1988 destina-se a negociações coletivas, enquanto a norma celetista é destinada ao contrato individual de trabalho.

A conclusão possível que se extrai do estabelecimento do raciocínio realizado até este momento é que a interpretação na norma constitucional como

“norma de otimização” permite uma ponderação ampla, pela aplicação das máximas da proporcionalidade.

Alexy firma que o “mandamento de otimização” somente encontra limites de resistência ou baliza a eventual (i) colidência com algum outro princípio constitucional ou (ii) conflito com alguma regra jurídica presente no sistema¹⁷⁵.

Passamos a conferir a existência dessas limitações de princípios e regras, tal como prescrito per Alexy.

Gilmar Mendes¹⁷⁶ indica que a ciência da hermenêutica jurídica tem se elevado consideravelmente nas transformações necessárias e exigidas da interpretação de textos jurídicos, especialmente a leitura dos comandos e princípios constitucionais. Continua o autor indicando a atualidade do método normativo-estruturante, de Muller, que acrescenta a realidade ao conteúdo dos textos constitucionais.

Das teorias de interpretação jurídica, apresentadas por Canotilho¹⁷⁷, podemos dizer que a regra básica da hermenêutica clássica é a de que a lei não contém palavra ou expressão inútil, ou que as palavras devem ser entendidas como possuindo alguma eficácia, dessa forma só é verdadeira se a conclusão não levar ao absurdo, que também é outra regra clássica. Ou ainda se a interpretação da norma se confronta com o contexto em que se apoia o problema jurídico, na lógica normativa-estruturante.

Examinando com cuidado¹⁷⁸ a expressão “complexidade do trabalho”, não nos parece, à primeira vista, que ela padeça de qualquer traço de inutilidade, pois

¹⁷⁵ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁷⁶MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.122.

¹⁷⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 200.

¹⁷⁸ Carlos Maximiliano, em sua conhecida obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ao comentar sobre a eficácia das palavras e expressões contidas na lei, assegura que: “Entretanto o preceito não é absoluto. Se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apegam o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 204.

expressa uma preocupação constitucional alinhada com a dignidade da pessoa do trabalhador, cujo esforço de aperfeiçoamento pessoal ou coletivo deve receber justa retribuição do empregador.

Realizando uma prova, submetemos a expressão a uma interpretação a *contrario sensu*, para verificar se o resultado leva a algum absurdo de interpretação.

Fazendo a operação lógica contrária, chegaríamos à conclusão de que os trabalhos mais complexos e, por decorrência, mais difíceis e de maior responsabilidade deveriam receber salários sem qualquer distinção de valor, conclusão que não se coaduna com o sistema econômico capitalista.

E, consequência ainda mais absurda, é que a interpretação consistiria em um mecanismo de desmotivação, individual ou coletiva, pois, não havendo reconhecimento de atividades mais complexas, seja pela compensação de natureza material ou moral, a possibilidade, no contexto cultural de nosso sistema, haveria sério risco de perda de valores e vocações individuais ou coletivas, situação que seria verdadeiramente absurda.

Fica provado, em nosso entendimento, que a expressão “complexidade do trabalho”, prevista constitucionalmente, não é inútil.

Necessário ainda realçar que sequer é possível indicar a expressão “complexidade do trabalho” como inconstitucional, aplicando-se a figura de “inconstitucionalidade por infração de direito constitucional consuetudinário”, prevista por Bachoff¹⁷⁹.

Mesmo forçando a interpretação para o art. 5º, II, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, combinado com as diversas decisões judiciais denegatórias da figura do acúmulo de função, a expressão “complexidade do trabalho” tem uma natureza de “norma de

¹⁷⁹ BACHOFF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais. Coimbra: Almedina, 1994, p. 66.

otimização” que só é aplicada respeitando-se os mecanismos de ponderação e razoabilidade.¹⁸⁰

A busca no sistema do STF - Supremo Tribunal Federal não apresenta qualquer ação contestando a constitucionalidade do inciso VI do art.7º, da CRFB/1988.

A aplicação dessa conclusão pontual, no que toca ao nosso tema, é de que a expressão “complexidade do trabalho” não é inútil e nem leva a qualquer absurdo de interpretação, guarda pertinência constitucional e não enfrenta nenhum questionamento na corte constitucional.

Ficam ultrapassada essas três questões incidentais - a utilidade da expressão constitucional, a sua constitucionalidade principiológica e a ausência de qualquer contestação constitucional por meio de ação própria, no STF, podendo então prosseguir em seu exame como “mandamento de otimização”.

Passamos a verificar se há alguma colidência, prevista no inciso VI do art. 7º da CRFB/1988 com algum outro princípio contido no sistema ou ainda algum possível conflito com alguma regra já posta no ordenamento. A resposta a essa questão é negativa, não havendo na revisão da literatura nenhuma reflexão que aponte colidência principiológica ou conflito com qualquer regra do sistema.

Como entendemos que a regra constitucional em exame (art. 7º, VI, da CRFB/1988) se trata de um “mandamento de otimização”, não havendo qualquer limitação, sua interpretação se amplia justamente para dar eficácia à sua prescrição. A segurança jurídica do sistema assim o exige¹⁸¹.

¹⁸⁰Sobre o tema o STF, na ADI 815-3, de 28/03/1996, relator Ministro Moreira Alves, decidiu que não se sustenta, no sistema brasileiro, a possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais, desde que elas sejam as decididas pelo poder constituinte originário, sendo o STF guardião da integridade do texto constitucional original, não cabendo, portanto, a figura de controle de constitucionalidade do poder originário. A mesma tese é sustentada na ADI 466 / DF, julgado em 03/04/1991.

¹⁸¹Nesse sentido, a expressão “segurança jurídica” contém uma noção bifásica, ligada à previsibilidade de aplicação da norma. Trata-se do confronto entre “o que é” e “o que deve ser”. No caso, nossa posição se alinha com o entendimento de que “segurança jurídica” é a garantia de cumprimento de princípios e direitos constitucionais fundamentais, admitindo que estes se expandem e são as normas de restrição que implicam alguma “estabilidade” no sistema. A exposição mais

Prosseguindo no exame da norma constitucional do art. 7º, V, entendemos que, do ponto de vista hermenêutico, a expressão "piso salarial" refere-se a "mínimo salarial", que não tem relação com o conceito de "salário mínimo" indicado no art. 7º, IV:

CRFB/1988
Art.7º.

...
IV: "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

O "salário mínimo", como explicado por Pedro Paulo Teixeira Manus¹⁸², tem por objetivo assegurar o suprimento de "necessidades básicas do trabalhador" e, à vista de seu valor irrisório, não atende sequer as necessidades básicas pretendidas. Já o "piso salarial", segundo Manus, "consiste em um salário superior ao mínimo legal, de aplicação específica a determinado grupo de trabalhadores"

Em síntese: a expressão "salário mínimo", referindo-se a uma contraprestação mínima, é aplicável a todos que não possuem o direito a um "piso salarial" específico.

O critério de "especificidade" do salário é tema ligado à noção de qualificação do trabalho e, por decorrência, do trabalhador, como já vimos na observação anterior assinalada por Magano.

Por outro lado, a doutrina brasileira¹⁸³, de modo geral, entende que a expressão "piso salarial" faz referência ao salário normativo.

completa encontra-se em: COUTINHO FILHO, Gabriel Lopes. Limites aos Limites dos Direitos Fundamentais, in ALMEIDA, Renato R. de. **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p.47.

¹⁸² MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho na Nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 25/26.

¹⁸³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 812.

Entendemos que não há conflito entre o entendimento que aplica à expressão "piso salarial" ao plano coletivo e nossa proposição de entendimento e aplicação da noção de "piso salarial" ao plano individual. Fundamentamos o argumento na conjunção de dois aspectos relevantes: o primeiro, é que vários instrumentos coletivos no Brasil já estabelecem salários base por classe de atividade ou função e, o segundo, é que havendo uma classificação de funções ou ocupações, seja por instrumento legal, seja por instrumento convencional, a massa salarial tenderá a ser regulada, em seu piso ou limite inferior, pelo critério de homogeneidade salarial, fato corriqueiro em outros sistemas laborais.

Sublinhamos o entendimento de Jesus Garcia Ortega, Juan M. Ramirez e Tomas Sala Franco¹⁸⁴ sobre o tema:

Una manera sencilla de determinar la prestación laboral – y salarial – es hacerlo indirectamente, dando al trabajador una determinada clasificación profesional. A todo trabajador, en momento de celebrar el contrato de trabajo, se le asigna una determinada categoría profesional (o un determinado grupo o un nivel retributivo, como luego veremos), derivando de ella no solo sus derechos básicos (el salario base, el tipo de jornada, el número de días de vacaciones) sino también, y sobre todo, las concretas funciones a desempeñar.

Curioso examinar a seguinte exposição de motivos de um projeto de lei brasileiro:

¹⁸⁴ORTEGA, Jesus Garcia; RAMIREZ, Juan M. Ramirez; FRANCO, Tomás Sala. **Curso de Derecho del Trabajo**. 4. ed. Valência: Tirant lo Branch, 1995, p. 362.

Tradução livre: Uma maneira simples de determinar a prestação laboral – e salarial – é fazê-la indiretamente, dando ao trabalhador uma determinada **classificação profissional**. A todo trabalhador, no momento de celebrar o contrato de trabalho, lhe confere uma determinada categoria profissional (ou um determinado grupo ou nível de retribuição como logo veremos), derivando dela não somente seus direitos básicos (o salário base, o tipo de jornada, o número de dias de férias) senão também, e, sobretudo, as concretas funções a serem desempenhadas.

Talvez não haja exagero na afirmativa de que é esse, na prática, um dos capítulos mais complexos e difíceis na legislação social contemporânea. A parte XIII do Tratado de Paz de Versalhes estabelece, no art. 427, os princípios gerais de organização do trabalho, reconhecendo que "O bem estar físico, moral e intelectual dos trabalhadores é de essencial importância no ponto de vista internacional". O de número 3, entre esses princípios gerais, refere-se aos salários que devem garantir aos que aceitam trabalho um nível de vida em relação com as exigências do tempo e do meio:

"Le payement aux travailleurs d'un salaire leur assurant un niveau de vie convenable tel qu'on le comprend dans leur temps et dans leur pays".¹⁸⁵

A legislação dos nossos dias é ainda extremamente defeituosa, hesitante e incompleta no que se refere à determinação de salários.

O Código do Trabalho francês (Titulo III, cap. I, "Da determinação do salário"), na verdade não fixa nenhuma regra geral atinente à matéria. A legislação francesa, como a de quase todos os países, procura resolver a questão dos salários fragmentariamente, ocupando-se de fixação de salario industriais por profissão ou classe, sem atenção ao problema inicial dos salários mínimos.

O texto acima é a Exposição de Motivos que Justificou o Projeto de Decreto do Salário Mínimo, no Brasil, datado de 02.09.1931.

Nele se verifica claramente que há quase um século, a Europa, por meio de contratos coletivos, fixa salários de categorias profissionais.

A título de exemplo, apresentamos o contrato coletivo entre a Associação do Comércio e Serviços do Distrito de Setúbal e o CESP — Sindicato dos Trabalhadores do Comércio, Escritórios e Serviços de Portugal. Esse contrato coletivo foi extraído de forma aleatória na rede mundial de computadores. Nesse documento são feitas indicações de todos os trabalhadores abrangidos pelo Contrato Coletivo, e observamos que são especificados os níveis salariais dos empregados por classificação de cargos/funções e o respectivo indicativo de salários, demonstrado a seguir:

¹⁸⁵Em tradução livre: "O pagamento aos trabalhadores de um salário que lhes proporcione um padrão de vida decente tal como ele é entendido em seu tempo e em seu país."

ANEXO I

Definição de categorias

Grupo A — Caixeiros

Praticante. — É o trabalhador que no estabelecimento está em regime de aprendizagem.

Servente. — É o trabalhador com mais de 18 anos a que não se exige formação especial e que trata da limpeza, faz o transporte de mercadorias e embalagens e outros serviços semelhantes.

Rotulador ou etiquetador. — É o trabalhador que aplica rótulos ou etiquetas nas embalagens para a sua conveniente identificação, utilizando métodos manuais ou mecânicos.

Grupo H — Trabalhadores da construção civil e ofícios correlativos

Polidor mecânico e à pistola. — É o trabalhador que dá brilho a superfícies revestidas com verniz de poliéster, celulose ou outro, utilizando ferramentas mecânicas; recebe a peça ou móvel e espalha sobre a superfície a polir uma camada de massa apropriada; empunha e põe em funcionamento uma ferramenta mecânica dotada de pistola e lixa e esponjas animadas de movimento de rotação; percorre, friccionando com estes dispositivos, a superfície da peça ou móvel.

Grupo B — Trabalhadores de escritório

Programador. — É o trabalhador que estabelece programas que se destinam a comandar operações de tratamento automático da informação por computador. Recebe as especificações e instruções preparadas pelo analista de sistemas, incluindo todos os dados elucidativos dos objectivos a atingir, repara os ordinogramas e procede à codificação dos programas; escreve instruções para o computador, procede a testes para verificar a validade do programa e introduz-lhe alterações sempre que necessárias, apresenta os resultados obtidos sob a forma de mapas, cartões perfurados, suportes magnéticos ou por processos (pode fornecer instruções escritas para o pessoal encarregado de trabalhar com o computador).

ANEXO III-A

Enquadramento das profissões e retribuições mínimas (de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro de 2010)

NÍVEL I - Praticante do 1.º ano (com.), aprendiz do 1.º ano (elect.), aprendiz do 1.º ano (met.), paquete do 1.º ano (vig. limp.), aprendiz do 1.º ano (marc.), aprendiz do 1.º ano (hot.) e praticante do 1.º ano (reloj.) **475 Euros**

...

NÍVEL IX - Distribuidor, embalador, operador de máquinas de embalar, rotulador, etiquetador e servente (com.), pré-oficial do 1.º ano (elect.), praticante do 2.º ano (met.), costureira e bordadora (cost.), contínuo, porteiro, guarda e vigilância (vig. limp.), servente (c. civil), auxiliar de cozinha e copeiro (hot.) **530 Euros**

...

NÍVEL XVI - Chefe de vendas, chefe de compras, encarregado geral (com.), chefe de serviços, chefe de contabilidade, tesoureiro (esc.), analista de informática, programador de informática e monitor de informática (inf.) **805 Euros**

NÍVEL XVII - Gerente comercial (com.) e chefe de escritório (esc.)..
.....870 Euros.

O mesmo nível de detalhamento ocorre nos contratos coletivos franceses, alemães, belgas etc. A preocupação coletiva com a fixação de salários é histórica, como demonstra a exposição de motivos do Decreto brasileiro, acima apresentada.

Portanto, nossa tarefa é demonstrar que “piso salarial” no Brasil, tem potencial para assumir o sentido que salário mínimo tem para toda uma categoria profissional.

O amadurecimento das relações sindicais no país irá chegar aos patamares vistos em outras economias mais desenvolvidas, nas quais os contratos coletivos indicam pormenorizadamente funções e salários, sendo que pelo princípio da suficiência, os salários correspondem à qualidade ou complexidade dos trabalhos prestados pelos empregados.

Considerando, portanto, que a expressão “piso salarial” demonstra uma potencialidade não limitadora, entendemos que ela pode ser lida como mínimo pagamento proporcional à qualidade, ou complexidade, do trabalho prestado.

Ressaltamos que já são conhecidas, como veremos mais adiante, convenções coletivas brasileiras que definem salários já por algumas classes distintivas. E os contratos coletivos nos países em que essa tradição está mais avançada trazem amplas tabelas de classificação profissional que abrangem quase que a totalidade dos trabalhadores a eles submetidos¹⁸⁶.

Portanto, no limite da interpretação possível e razoável, a expressão “piso salarial” amplia-se de seu conceito limitado a um “piso normativo” para ganhar os contornos mais amplos de “piso salarial” por categoria, profissão ou ainda em razão da função exercida pelo empregado dentro do âmbito laboral que ela atinge.

¹⁸⁶ Para exemplo de contrato coletivo que indica funções e salários, por favor, veja parte do contrato coletivo entre a Associação do Comércio e Serviços do Distrito de Setúbal e o CESP — Sindicato dos Trabalhadores do Comércio, Escritórios e Serviços de Portugal, a fls.

E não é possível argumentar que esse entendimento limita o poder de negociação salarial por duas razões básicas: (i) a lógica do sistema econômico capitalista é de pagamento salarial o menor possível, tendo em vista que é fator de resultados diretos em seus lucros e (ii) o sistema, por meio do *caput* parte final do art. 7º, da CRFB/1988, faculta a melhoria salarial para além dos limites mínimos salariais, tanto o salário mínimo nacional (inciso IV, do art. 7º, CFRB) quanto do próprio piso normativo (inciso V, do art. 7º, da CFRB/1988).

Salvo se determinada por norma legal em profissões regulamentadas, ou ainda previstos em instrumentos coletivos, a expressão "piso" remete ao reconhecimento do equilíbrio que deve haver entre prestação e salário. A sofisticação das negociações coletivas poderá levar à definição de salários por função, dentro das categorias profissionais ou atividades econômicas, sem que essa atividade seja limitadora de liberdade negocial, dentro dos limites estabelecidos pelo direito do trabalho.

A conclusão geral a que chegamos é a de que o parágrafo único do art. 456, da CLT, por não se submeter ao critério de estabelecimento de salário compatível com a complexidade do trabalho, permitindo que a contratação seja feita sem a determinação explícita de seu objeto, de forma a bem identificar a aplicação da norma constitucional, não foi recepcionado pela Carta de 1988.

Se a norma é inconstitucional para o sistema, atinge diretamente o nosso tema de "acúmulo de função", requerendo a necessidade de revisão urgente do dispositivo legal.

8. 4 Segunda inconstitucionalidade

Uma leitura atenta do próprio *caput* do art. 7º declara que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:", explicitando o sistema aberto de melhoria das condições dos trabalhadores.

Considerando que o parágrafo único do art. 456, da CLT, estabelece na prática, a possibilidade de uma cláusula de objeto contratual sem delimitação, essa disposição contraria o *caput*, parte final, do art. 7º, da CRFB/1988, pois é norma que precariza o contrato de trabalho.

Desse modo, há que se examinar a natureza da alteração da cláusula de objeto do contrato de trabalho.

Como já expusemos, a doutrina estabelece que o *jus postulandi* pode ser ordinário e extraordinário.

Ocorre que o parágrafo único do art. 456, da CLT não faz distinção de limitação do *jus postulandi* e a jurisprudência sobre o tema é pendular, ora entendendo que a alteração da função é possível ilimitadamente, entendendo que supremacia do critério tempo como elemento central do contrato de trabalho, ora reconhecendo a limitação e concedendo direitos com base em analogias, arbitramento etc.

Essa situação legal implica insegurança geral dos dois atores sociais destinatários da norma, empregado e empregador. Mas, com certeza, não tendo como intervir na decisão, o empregado é quem mais é prejudicado com a regra do parágrafo único do art. 456, da CLT.

A regra do parágrafo único do art. 456, da CLT, portanto, precariza a relação de emprego, e afronta o *caput*, parte final, do art. 7º, da CRFB/1988, que estabelece o princípio da condição normativa mais benéfica ao trabalhador, sendo, por conseguinte, inconstitucional.

8. 5 Terceira inconstitucionalidade

Como já verificamos nos capítulos anteriores, a ausência de estabelecimento de uma cláusula de objeto contratual minimamente precisa, coloca o trabalhador em situação absolutamente precária na rescisão do contrato de trabalho pela demanda de serviços alheios ao contrato, assim como o coloca em

situação igualmente precária na hipótese de dispensa por justa causa por insubordinação, em razão de resistência à realização de tarefa que considere alheia ao contrato de trabalho. Essa precariedade significa verdadeira afronta ao direito de segurança jurídica.

A disposição do parágrafo contraria a hipótese constitucional contida no art. 5º, caput (parte), e seu inciso LV, diretamente relacionados:

CRFB/1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Como já referenciado por Cesarino Júnior, anteriormente, a ausência de maior definição do objeto do contrato de trabalho é inadequada diante do sistema laboral.

Com a regra atual da CLT, o empregado reclamante, em processo próprio, tem totalmente fragilizada sua segurança jurídica na realização de prova que lhe beneficia. E não há condições técnicas de aplicação do instituto da inversão do ônus da prova, em decorrência da necessidade de informação dos destinatários da norma para os cuidados necessários à aplicação do instituto, fato que beneficia os empregadores.

Portanto, a regra do parágrafo único do art. 456, da CLT também padece da inconstitucionalidade acima apontada.

8. 6 Quarta inconstitucionalidade

Podemos estabelecer que o inciso XIV do art. 5º da CFRB/1988 tem natureza de direito fundamental ligado à relação de trabalho e emprego. estabelece a norma que:

CRFB/1988

Art.5º.

...

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

É absurda a conclusão de que a norma constitucional garante ao cidadão o direito à informação, só resguardando o sigilo de fonte se necessário ao exercício profissional, mas o empregado não tem acesso às informações sobre sua função originalmente contratada, cláusula de objeto que deve constar em qualquer contrato mínimo que estabeleça um perfil profissional de sua atividade.

A falta de um documento profissional que declara as funções exercidas pelo trabalhador, na constância do contrato de trabalho, incluindo as alterações significativas de funções, bem como os eventuais acúmulos de função operados em seu histórico profissional prejudica o empregado até na comprovação de sua experiência em face de outras propostas de emprego.

Entendemos então que a regra do parágrafo único do art. 456, da CLT também padece da inconstitucionalidade ora apontada.

A expressão “exercício profissional”, contida na norma constitucional, não tem aplicação limitadora se a informação é relativa à própria pessoa do profissional, fato que supera a exceção.

O Código do Trabalho de Portugal, a título de exemplo, prevê o direito do trabalhador à informação sobre seu contrato:

CÓDIGO DO TRABALHO DE PORTUGAL

Lei nº 7/2009

Artigo 3.º

Relações entre fontes de regulação

...

3 — As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias:

a)

...

f) Dever de informação do empregador;

Artigo 106.º

Dever de informação

1 — O empregador deve informar o trabalhador sobre aspectos relevantes do contrato de trabalho.

...

3 — O empregador deve prestar ao trabalhador, pelo menos, as seguintes informações:

a)

...

c) A categoria do trabalhador ou a descrição sumária das funções correspondentes;

...

4 — A informação sobre os elementos referidos nas alíneas f) a i) do número anterior pode ser substituída pela referência às disposições pertinentes da lei, do instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável ou do regulamento interno de empresa.

Retiramos claramente do direito português, na expressão da norma constitucional revisada em 2009, e já alinhada à *Directiva Europeia* de Normalização de Legislações Domésticas relativas ao trabalho e emprego estabelecida no Tratado da União Europeia. Maastricht, 1992¹⁸⁷, que o direito à informação sobre o objeto do contrato de trabalho é norma principiológica (art.3º) e regra de aplicação efetiva (art.106).

Todavia, a norma brasileira, vista pela prática cotidiana, não fomenta, e até mesmo bloqueia, por não ser obrigatória, o fornecimento ao trabalhador de informação relativa a uma cláusula básica em qualquer contrato civil, e, sem justificativa racional, não estabelece qualquer direito do trabalhador sobre o tema,

¹⁸⁷Tratado da União Europeia. Maastricht, de 07/02/1992. Artigo 45.o (ex-artigo 39.o TCE)
2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

em confronto com o disposto no inciso XIV, do art. 5º, da CRFB/1988, argumento que também imputa à norma um caráter inconstitucional.

Por todos esses motivos, o parágrafo único do art. 456, da CLT, merece ser entendido como inconstitucional, e devem ser realizadas gestões legislativas para preenchimento desse tema, no ordenamento laboral brasileiro.

8.7 Quinta inconstitucionalidade

Emmanuel Kant é o formador de certas regras de natureza filosófica, imperativas e categóricas, que determinam a noção de dignidade humana como um direito fundamental. Assevera Kant, em sua Introdução à *Metafísica da Moral*¹⁸⁸:

Ora digo eu: — O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.

No contrato de trabalho há duas pessoas, um objeto e uma contraprestação. O objeto, no caso do contrato de trabalho, é a prestação de trabalho humano. Homens negociando um contrato, em nosso sistema, delimitam seis contornos de modo firme: o objeto, ou “coisa” é delimitado, e o preço é o valor pelo qual o detentor da “coisa” se interessa em aliená-la. A delimitação do objeto do contrato serve para que o comprador tenha uma prestação subjetivamente equivalente, qual seja, o quanto alguém está disposto a pagar pelo objeto.

¹⁸⁸KANT, Immanuel. *Introdução à Metafísica dos Costumes*. Lisboa: EDIÇÕES 70, 2007, p. 68.

Alfredo Motoya Melgar¹⁸⁹, em passagem bem ilustrativa, destaca que:

Si como diseña la teoría general de las obligaciones, por objeto de un contrato debe entenderse la substancia económica – bienes y utilidades – que se cae bajo la voluntad de las partes, es evidente que la "materia" del contrato de trabajo está constituida por los bienes que se desean intercambiar los contratantes mediante la celebración del pacto o contrato.

La concreta pregunta que de cuál sea el objeto del contrato de trabajo suele responderse, de un modo simplista, con la afirmación de que tal objeto es el trabajo prestado en ciertas condiciones (personal, voluntario, dependiente o por cuenta ajena).¹⁹⁰

Maria Inês S.A. Alves da Cunha, examinando o parágrafo único do art. 456, da CLT, assevera que:

De fato, o empregado é contratado para prestar certos e determinados serviços ao empregador, serviços estes compatíveis com sua qualificação profissional. Isto porque o empregado não pode ficar inteiramente a mercê de seu empregador.¹⁹¹

Uma cláusula contratual que coloca o trabalho humano como indefinido, inteiramente a mercê, permite ao comprador transferir o interesse de um objeto definido para todos os objetos que o vendedor tenha à alienação. A questão é agravada na medida em que o comprador tem a liberdade de escolher, e exigir, todo e qualquer dos objetos que desejar comprar do vendedor e só retribui com uma contraprestação fixa. Esse quadro afasta o vendedor da figura de possuidor do objeto, para ele mesmo, homem, ser o objeto do negócio, cujo objetivo será seu uso como meio arbitrário da vontade do outro. O trabalhador deixa de ser fim do seu trabalho para ser meio do lucro do empregador. O homem torna-se escravo, coisa.

De forma mais elegante, por sucinta: Ao ver tratar o objeto do seu contrato sem qualquer limitação, o trabalhador não coloca seu trabalho à disposição do empregador, mas coloca a si mesmo como objeto do contrato.

¹⁸⁹ MELGAR, Alfredo Motoya. *Derecho del trabajo*. 19. Ed. Madrid: Tecnos, 1998, p.301.

¹⁹⁰ Em tradução livre: "Se, como indica a Teoria Geral das Obrigações, por objeto de um contrato deve ser entendida a substância econômica - bens e utilidades - que estão submetidas à vontade das partes, é claro que a "matéria" do contrato de trabalho é constituída por bens que os contratantes desejam trocar mediante a celebração de um pacto ou contrato.

A pergunta concreta sobre o que é o objeto do contrato de trabalho, costuma ser respondida, de um modo simplista, com a afirmação de que tal objeto é o trabalho prestado em certas condições (pessoal, voluntário, dependente e por conta alheia).

¹⁹¹ CUNHA, Maria Inês S. A. Alves da. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.76.

Ao tratar o homem como meio, a norma brasileira infringe um imperativo categórico kantiano, que possui um conteúdo hermenêutico explícito.

Na Constituição Federal de 1988, o inciso III, do art. 1º, estabelece a dignidade humana como fundamento da República e o inciso I, do art. 3º, declara que um dos objetivos fundamentais da República é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Não há dignidade humana que resista a um comando que coloca o homem como meio.

José Affonso Dallegrave Neto sinaliza, sobre o parágrafo único do art.456, da CLT, que “a melhor exegese é aquela que sistematiza o dispositivo legal à luz dos princípios constitucionais proeminentes da Constituição Federal”.¹⁹²

Não se pode construir uma sociedade livre, se o trabalhador não tem direito de exigir a definição do objeto de seu contrato, e essa ausência de direito de exigência de um registro de liberdade implica em injustiça flagrante.

Por essas infrações, a regra do parágrafo único do art. 456, da CLT, merece reprimenda rigorosa.

¹⁹²DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Acúmulo e desvio funcional. Há amparo legal para deferir a indenização equivalente ao prejuízo?** In: Suplemento Especial de “O Trabalho”. Curitiba: O Trabalho, janeiro de 2009, p.4898.

8. 8 A prova processual do parágrafo único do art. 456, da CLT

Um aspecto adicional que merece exame no contexto de crítica ao parágrafo único do art. 456, da CLT, diz respeito à sua compatibilidade principiológica com a formação da prova processual no contexto juslaboral. Esse aspecto, de natureza adjetiva, só é trazido ao debate como um elemento adicional de reflexão.

Ao descrever o princípio protetivo, Alfredo J. Ruprecht estipula que o princípio protetivo “implica a uma violação do tradicional princípio de igualdade jurídica entre as partes, inclinando-se a favor de uma delas para compensar certas desvantagens”.¹⁹³ Prossegue o ator afirmando que “para que o princípio seja realmente eficaz, como norma positiva, deve ser estabelecido em leis”.

Com efeito, o princípio protetivo inspira toda normogênese laboral, admitindo que o trabalhador possui muito mais dificuldades no manejo do contrato de trabalho, e sua decorrência natural que é a modelagem do ônus da prova, na hipótese de a resistência às suas pretensões jurídicas forem encaminhadas ao Poder Judiciário.

Entendemos que há uma contradição principiológica do parágrafo único do art. 456, da CLT com o microsistema juslaboral na medida em que, nos termos da norma, é do trabalhador o ônus da prova da precisão dos contornos do contrato de trabalho no critério “função”. A presunção legal, nesse caso, é prejudicial ao trabalhador, contrariando os demais modelos inseridos na CLT.

Evaristo de Moraes Filho¹⁹⁴ já identificou essa questão de ausência de cláusula há mais de meio século, ao estabelecer que:

¹⁹³RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p.10.

¹⁹⁴MORAES Filho, Evaristo de. *Tratado Elementar do Direito do Trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965, p. 446.

A explicitude do conteúdo do contrato vêm dar maior segurança jurídica às partes, com nítida diferenciação de direitos e deveres, mas a lei, elaborando cautelosamente uma espécie de contrato mínimo obrigatório, de ordem pública, regulou esta ausência de cláusulas expressas. [...] Por sua vez, esclarece o art. 456, parágrafo único: "à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa e tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal". Acudiu-se com essa disposição uma das cláusulas mais necessárias do contrato de trabalho, infelizmente, nem sempre expressa: a qualificação profissional.

Essa observação de Moraes Filho tem o potencial de ampliar-se para além da questão processual, nitidamente.

A regra tradicional de conduta do empregador, em nosso entendimento, é de ausência de definição mínima relativa à função do empregado no contrato de trabalho, diferindo de outros momentos nos quais a regra trabalhista é de formação e obrigação documental, determinada legalmente como ônus de produção debitado ao empregador.

A título de argumento exemplificativo sobre a necessidade documental imposta ao empregador tomemos os casos de (i) pagamentos salariais, (ii) controle de jornada, (iii) comunicação de aviso prévio, (iv) pagamento de verbas rescisórias, entre outras. Em todos esses casos, o ônus da prova, não havendo prova documental que minimamente registre as alegações do autor empregado, impõe-se ao empregador o dever de provar, demonstrando os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito¹⁹⁵.

Se a questão proposta diz respeito à demonstração dos contornos das funções contratadas, os mais precisos possíveis, a bem do entendimento adequado do contrato, a ausência da mínima formalização, seja na contratação original, seja na modificação do contrato com as funções agregadas, importa um ônus da prova

¹⁹⁵ Acreditamos que não é o caso de aplicação da teoria da aptidão da prova, incorporada em nosso ordenamento, ainda que de forma não explícita, por meio do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor; trata-se de determinação legal de comprovação de cumprimento de obrigação pelo réu, em face de alegações do autor, tal como, a título de exemplo, entendeu a Súmula 338, I, do TST, que determina ser obrigação do empregador a apresentação de controles de jornada. Não é o caso de inversão do ônus da prova, típico da norma do CDC supra comentada, mas aplicação de ônus direto de prova pelo réu.

debitado ao trabalhador, cuja dificuldade é notória, aproximando-se do que os medievais chamavam de “prova diabólica”¹⁹⁶.

Sobre a questão de prova e a própria definição do bem da vida, adquirido pelo empresário, relativo à força de trabalho de seu empregado, relembre-se, a leitura do art. 1011, do Código Civil de 2002, já examinada, que determina que “o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.”

Por si só esse poderoso comando legal inserido no art.1.011, do CC, de aplicação subsidiária ao direito do trabalho, totalmente compatível com a CLT, determinaria que todos os empregados deveriam ter seus contratos bem definidos, não só quanto à jornada e salário, eixos centrais da contratação ordinária, mas também com relação à questão da função, tendo em conta sua conduta necessariamente cuidadosa e proba.

Aqui cabe uma reflexão: no momento da contratação, é lícito supor que as partes efetivamente concordam com uma prestação cujos contornos da função contratada são conhecidos, ainda que não expressos ou documentados. Além da apresentação retórica da função, não raro há alguma apresentação prática das tarefas destinadas ao empregado, tal como a apresentação do local de trabalho, a indicação de equipamentos ou de pessoas com quem o trabalhador irá desempenhar suas atividades etc.

Se no decorrer do contrato, a qualquer momento, o empregador agregar funções ou tarefas essencialmente distantes da função contratada, mantendo a mesma compensação (geralmente salarial), sem reconhecimento, haverá sério risco de desmotivação do empregado, com sensação negativa de exploração real pelo empregador, tendo por fundamento o prejuízo da continuidade da prestação de um trabalho sabidamente mais precioso sem o devido reconhecimento.

¹⁹⁶MARKY, Thomas. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 167.

Acrescente-se a esse quadro de perturbação emocional a ciência do conteúdo do parágrafo único do art. 456, da CLT, cuja sensação por parte do empregado é desagradável em face da noção de direito protetivo do trabalho.

Em razão desse quadro de impossibilidade, *prática de aplicação do princípio protetivo, a regra do parágrafo único do art. 456, da CLT deve ser seriamente questionada, pois* representa, em suma, uma perda de qualidade de cidadania do trabalhador na empresa pela ausência de respeito a seus direitos fundamentais.

CAPÍTULO 9

9. 1 Razões necessárias para uma proposição legislativa

Todo nosso desenvolvimento, até o momento, serviu para coletar conclusões pontuais para estabelecer uma base juridicamente científica e mais responsável para encaminhar uma proposta de reflexão.

Desde logo, devemos registrar que não há qualquer pretensão além de fornecer argumentação séria para um debate fundado na honestidade de propósitos e na tentativa de transformação de nossa realidade sob a ótica dos princípios fundamentais da pessoa humana e dos direitos sociais fundamentais, razão pela qual se faz a defesa intransigente do direito do trabalho como um direito de transformação do mundo. Todo direito posto, feito pelos homens, é social, como afirma Ulpiano¹⁹⁷. Porém direito do trabalho, em razão de sua própria natureza, assume a posição, tal como defendida por Cesarino Júnior¹⁹⁸, de "o mais social de todos os direitos".

Repassamos, portanto, nossas principais conclusões, sempre ressaltando que se trata de nosso entendimento, ainda que fundamentado da melhor forma possível ao nosso alcance:

- a. O contrato de trabalho tem um conteúdo que exige formalização mínima e cuja essência não pode se afastar da defesa dos direitos do empregado;
- b. Que o contrato de trabalho é, por essência, mutável, mas que qualquer alteração deve respeitar o limite do art. 468, da CLT, não podendo resultar, direta ou indiretamente, em prejuízos ao empregado¹⁹⁹;

¹⁹⁷"Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus". Ulpiano no "Corpus Iuris Civilis"

¹⁹⁸CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social*. São Paulo: LTr, 1980, p. 37.

¹⁹⁹MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 114

- c. A formalização do contrato de trabalho deve ser feita mediante conduta de boa-fé, como pressuposto de todo negócio jurídico, e do qual mesmo as ideologias dominantes no sistema capitalista não se afastam, inclusive nos ordenamentos de outros países economicamente mais desenvolvidos;
- d. O sistema jurídico brasileiro possui mecanismos que permitem estabelecer níveis mínimos de definição de funções regularmente contratadas e regularmente registradas, porém com pouca eficácia para o tema “acúmulo de função”.
- e. O panorama econômico de competitividade imprime às relações laborais maiores exigências de intensidade de trabalho, que se refletem no aumento de atividades quantitativas e qualitativas do trabalhador, incluindo necessidades de “polivalência” funcional, mas que não justificam a ausência de mínima descrição da função contratada ao empregado para esquivar-se de pagar contraprestação adequada pelo serviço que recebe;
- f. O aumento de produtividade tomado em seu âmbito microeconômico, quando conseguido pela alteração contratual qualitativa, em regra, não recebe contraprestação equivalente ao que recebe, desequilibrando o contrato a favor do empregador;
- g. O ordenamento brasileiro atual impõe que o atual Poder Judiciário brasileiro adote uma presunção legal de contratação do trabalhador para realização de todas as tarefas que estiverem dentro das condições pessoais do empregado, desde que realizadas no interregno da jornada de trabalho;
- h. O contrato de trabalho é o único caso no sistema pátrio que não obriga maior especificação do efetivo objeto contratado, ou seja, uma mínima definição do serviço prestado pelo empregado;

- i. A presunção legal do parágrafo único do art. 456 é prejudicial ao empregado, seja pela sua incompatibilidade principiológica com o sistema laboral, seja pela sua própria inconstitucionalidade em face dos artigos 7º, VI, do caput, parte final do art. 7º, e do art. 5º, CRFB/1988, e implica em grande dificuldade do trabalhador produzir prova das atividades originais para as quais foi contratado;
- j. A redação do parágrafo único do art. 456, da CLT, afronta diversos dispositivos constitucionais, em especial o art. 7º, VI, , o art. 7º, *caput*, parte final, o art. 5º, caput (parte), e seus incisos LV e XIV, art. 1º, III e art. 3º, I, todos da CRFB/1988 e representa uma perda de qualidade de cidadania do trabalhador na empresa.
- k. A tradição jurídica brasileira dedica relevante importância à lei, em detrimento dos princípios constitucionais, que confere capacidade de controle de constitucionalidade difuso, contudo, deixando o juiz sem um parâmetro mais preciso de decisão sobre o tema.
- l. Há visível divisão na jurisprudência quanto à presunção indicada no parágrafo único do art. 456, da CLT, que, por sua vez, é unânime da declaração de ausência de especificação das funções do empregado no contrato de trabalho como forma de rejeitar os pedidos de diferenças salariais por acúmulo de função;
- m. O acúmulo de função produz um real desequilíbrio e prejuízo financeiro no contrato, e que esse desequilíbrio tem também uma faceta moral ou psicológica²⁰⁰ que revela de forma mais exacerbada o interesse precipuamente financeiro do empregador no empregado, desrespeitando o contrato²⁰¹;

²⁰⁰MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 113.

²⁰¹As lesões de natureza moral , assim como as psicológicas, sofridas pelo trabalhador em casos de acúmulo de função são dignas de grande atenção pela sua importância; só não as desenvolvemos neste trabalho por falta de espaço para tratamento adequado do tema.

- n. Que o trabalhador acaba por se conformar à situação de desequilíbrio em razão de vários argumentos, mas que essas motivações não alteram o desequilíbrio do contrato, pois não se estabelece um novo equilíbrio real;
- o. Que a ausência obrigação de determinação de função no contrato está arraigada na cultura laboral do país e qualquer alteração de conduta deve ser precedida de ampla comunicação aos jurisdicionados, de natureza pedagógica, como determina principiologicamente o CDC.
- p. Desde já existe condições legais de as decisões judiciais acolherem a tese de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 456, da CLT. Nesse caso, a decisão será pela imposição do ônus da prova ao empregador reclamado. Todavia, a ausência de um critério mais firme para a fixação do adicional pelo acúmulo da função dependerá do livre convencimento do magistrado: arbitragem, analogia com outras normas etc. A alteração legislativa poderia ser uma etapa muito interessante para estabelecer um critério geral mínimo.

Considerando todos esses aspectos podemos inferir que há condições de explorar uma alteração relevante na legislação laboral de forma a diminuir a incidência da lesão, em razão da ausência de retribuição mínima pelo acúmulo de funções, além de permitir uma melhoria no amadurecimento das relações laborais mediada por uma função formalizadora (ou documentadora) de interesse civilizatório.

A proposição básica desde trabalho é a modificação legislativa que modifique a presunção legal inserida no parágrafo único do art. 456, da CLT, presunção esta que prejudica o trabalhador material e processualmente, substituindo-a por outra, que estabeleça algum critério de responsabilidade do empregador na manutenção da contratação laboral com um cunho mais cidadão.

9. 2 Fundamentos adicionais para o debate de uma alteração legislativa sobre o acúmulo de função

Além dos argumentos expostos acima, que qualificam a discussão sobre uma proposta legislativa relativa à questão da função contratada aos empregados, e atinge o objetivo de nosso tema, relativo ao “acúmulo de função”, podemos adicionar outros argumentos, pertinentes ao melhor entendimento da matéria.

Inicialmente, uma proposta legislativa trabalhista não deve ter por objetivo principal qualquer aumento significativo de formalização burocrática do contrato de trabalho, em razão de sua histórica e benéfica ausência de formalidade.

Já examinamos e, assim nos parece, que o sistema brasileiro já determina uma série de documentações relativas ao contrato de trabalho e, comparado a outros países, a formalização em nosso país é mais mitigada, exigindo muito menos do empregador.

A documentação relativa ao contrato de trabalho, considerando a dignidade própria do trabalho humano, deve ser realçada como fator de civilidade, e de proteção ao empregado, na medida em que impõe ao empregador uma responsabilidade adequada à responsabilidade social da empresa.

A discriminação mais clara, ou a mais precisa possível relativa às funções contratadas, incluindo as principais tarefas pertinentes, tornará igualmente clara a relação entre a prestação do empregado devida em cotejo com a remuneração recebida. Qualquer alteração posterior das funções do empregado, de forma permanente e significativa, forçará alguma revisão do contrato, dando chance mínima ao empregado, durante o contrato, de reestabelecer o equilíbrio necessário entre a sua prestação e contraprestação recebida.

O reequilíbrio contratual repercute positivamente na moral do empregado, que se vê protegido em sua exposição pessoal em face do empregador, na medida em que é considerado em suas atribuições, e com vantagens no caso de ocorrer acumulação de função que justifique acréscimo salarial.

Do ponto de vista processual, a existência de uma expressão formal relativa às funções contratadas, seja ela expressa em contrato individual, ou inserida na CTPS, na forma da lei já examinada, temos uma composição processual mais equilibrada para a parte autora reclamante. Apresentada a alegação de acúmulo de funções, e refutada em defesa, ainda será do autor empregado a prova dos fatos constitutivos do direito, no caso, o exercício das funções alegadas. Porém, para o empregador réu, estará encerrada a possibilidade de argumentar que adquiriu do empregado toda força de trabalho disponível durante a jornada de trabalho. Os demais argumentos revisados na jurisprudência, para efeito de rejeição do pedido de diferenças salariais por acúmulo de função igualmente ficam afastados, especialmente a noção de contratação de “tempo à disposição”, critério que tenda a não ser mais centro do contrato de trabalho.

Como já vimos, o empregador, no âmbito do seu *jus variandi*, tem todo o direito de demandar de seu empregado a realização das tarefas que são conexas, pertinentes, correlatas, acessórias, de apoio etc, que a prestação demandar.

Os casos concretos continuaram a exigir uma avaliação casuística, especialmente pela Justiça do Trabalho, sobre as alegações das partes, na eventual definição do verdadeiro acúmulo de funções, e na eventual definição de diferenças salariais dela decorrente. Porém, documentadas as cláusulas de objeto do contrato de trabalho, haverá algum maior grau de segurança das decisões.

Relevante, numa proposta, é entender que não há impedimento algum para que as ordens do empregador, - *guardados os limites legais especialmente os do art. 483, "a", da CLT, já examinado*, - não sejam obedecidas pelo empregado.

No que se refere a ordens lícitas comandadas pelo empregador, acrescidas permanentemente ao rol de funções originalmente contratadas, o empregado terá um instrumento real de renegociação do contrato, ou, se lhe for até mais interessante, um instrumento de rescisão indireta do contrato nos termos da lei.

O *jus variandi*, na leitura da norma em vigor aplicada à demanda de acréscimos salariais, em decorrência de acúmulo de função permanente e, em

regra, sem qualquer cuidado de formalização no contrato de trabalho, significa ordens lícitas sem limites, verdadeira desvirtuação do instituto jurídico.

Márcio Túlio Viana²⁰², explicando de modo mais dramático do poder do *jus variandi* do empregador, aduz que:

[...] em outras palavras, a empresa pode comandar as regras do direito assim como dirige o trabalho. Do mesmo modo que ela diz ao trabalhador: "quero que você faça isso, faça aquilo, faça assim, faça de outro modo!" ela "diz" à CLT: "quero aplicar você hoje, mas amanhã não, eu vou aplicá-la assim, do meu jeito, e não de outro modo". A empresa pode, na prática, regular até a quantidade de CLT que vai fornecer ao empregado, do mesmo modo que regula, às vezes, um prato de comida que lhe dá ou a quantidade de energia que exige dele.

Por seu turno, Alice Monteiro de Barros²⁰³ afirma que as promoções, de modo geral, são benéficas ao trabalhador, de modo que entende que pode haver aceite tácito da melhoria proposta. Todavia, a mesma autora filia-se à corrente de entendimento que faculta ao empregado o direito de rejeitar a promoção, nesse caso, a questão da prova será avaliada com instrumental de melhor qualidade, sem desconsiderar nenhum outro meio de prova, se necessário.

Outra questão que chama atenção é a precarização do trabalho por meio de múltiplas práticas dos empregadores: terceirização, cooperativas fraudulentas, contratação de pessoas físicas como jurídicas (conhecida como "pejotização"), contabilidade fraudulenta etc. O IBGE, por meio do documento "Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira 2012" estima que de 2001 a 2011 o mercado de trabalho informal passou de 45,3% para 56% da população economicamente ativa com mais de 15 anos, de ambos os sexos²⁰⁴.

A situação de precarização, como já ressaltado, tem conteúdo social ideológico, pois especialmente a informalidade é conduta de desconstrução social,

²⁰²VIANA, Márcio Túlio. **70 Anos de CLT: uma história de trabalhadores**. Brasília: TST, 2013, p. 107.

²⁰³BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 673.

²⁰⁴IBGE – Síntese de indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira 2012. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2012/SIS_2012.pdf >. Acesso em: 17 ago. 2013.

impondo a concentração de custos, inclusive impostos, àqueles que cumprem suas obrigações legais, ao mesmo tempo em que persevera na constante lesão da classe trabalhadora.

Ponderando sobre a situação de informalidade enfrentada pelo país, cuja precarização das relações formais de trabalho é visível, Marcio Túlio Viana declara que “como se vê, as pressões para flexibilizar, no sentido de precarizar, são muito fortes, mesmo porque atinge praticamente todo mundo, inclusive os sindicatos. Aliás, o próprio trabalhador, muitas vezes, está se flexibilizando”²⁰⁵.

Acreditamos que a alteração do conteúdo do contrato de trabalho, com o acréscimo de função ou funções diferentes àquelas contratadas originalmente, sem justa compensação, representa uma lesão e torna-se uma demanda latente do empregado que silencia ou se conforma com a situação em razão da natural hipossuficiência econômica.

Razoável entender que a desproporção entre o conjunto de atividades contratadas originalmente, mediante certa contraprestação, e o conjunto de atividades prestadas, de forma acumulada, alterando o contrato, sem contrapartida remuneratória, no contexto da hipossuficiência econômica do ator social, incide a figura do art.157, do Código Civil em vigor:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

O operador do direito do trabalho pode subsumir a regra do §1º do art. 157, do CC/2002, posto que a apreciação do caso concreto é uma exigência natural da decisão técnica.

Outra questão relevante diz respeito ao engessamento do contrato de trabalho com a indicação mais precisa das funções contratadas ao empregado.

²⁰⁵VIANA, Márcio Túlio. 70 Anos de CLT: uma história de trabalhadores. Brasília: TST, 2013, p. 125.

A dinâmica trabalhista demonstra que as alterações contratuais promocionais podem ser de dois tipos: verticais ou horizontais. O primeiro equivale a promoções na hierarquia, fundado na condição do art. 62, II, da CLT; o segundo equivale à promoção salarial, fundado no art. 461, §§ 2º e 3º, da CLT²⁰⁶. Alice Monteiro de Barros as classifica em dois sentidos: o primeiro como elevação de direitos, com assunção de postos na hierarquia da empresa, e o segundo, como elevação na carreira. As alterações contratuais horizontais, tomadas como aquelas na qual o empregado passa a executar outras funções distintas às originalmente acumuladas, mantendo o mesmo salário, não é caso de acúmulo de funções, mas de mudança de funções, razão pela qual essa hipótese não é atingida pela inteligência de nosso trabalho, pois a figura da equiparação salarial ou da isonomia tenderá a proteger o trabalhador, se for o caso.

Nos casos de promoções verticais, podemos ter duas ocorrências típicas.

O primeiro caso típico, ocorre se o empregado altera sua função de forma permanente,- *que pode ser somatório de outra função à sua originalmente contratada*-, com assunção de maior responsabilidade e aumento salarial. A formalização contratual, sendo obrigatória, revelará a eventual negociação entre as partes e a boa-fé que deve estar presente nessa repactuação contratual, reservando o exame do caso concreto a outras esferas de resolução do eventual litígio. E ainda restarão os mecanismos de proteção ao empregado consistentes na isonomia ou equiparação salarial, se for o caso.

O segundo caso típico, em que pode haver promoção vertical com acumulação das atividades originalmente contratadas, mas com a manutenção da mesma contraprestação figurará, imediatamente, lesão ao equilíbrio do contrato, reconhecendo eventuais diferenças salariais.

Mais um aspecto que interessa ao tema é a possível fraude ao contrato, pelo lançamento, nos contratos de trabalho, de um rol de atividades que possuíram o objetivo de somente permitir que o empregado seja ativado em funções

²⁰⁶BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 672.

cumulativas sem contraprestação adicional. Todavia isso não terá validade se o objetivo for fraudar a norma.

Há o mecanismo estabelecido na lei portuguesa que é o de tempo de validade da previsão de atividade acumulada no contrato, que pode ser aproveitado em nosso ordenamento, tal como um prazo de dois anos para implementação das funções previstas.

Um prazo típico de dois anos encontra paralelo com alguns dispositivos já constantes no ordenamento brasileiro: O art. 445, da CLT, estabelece o prazo máximo de dois anos para o contrato de trabalho por tempo determinado. Outro exemplo é dado pelo art. 614, da CLT, para o prazo máximo de uma convenção ou acordo coletivo. Outros prazos²⁰⁷ contemplando a tarifação de dois anos são encontrados no ordenamento e na jurisprudência laboral, tornando esse valor numérico bem confortável para sua aceitação.

A ausência de exercício regular de funções ou tarefas previstas no contrato dentro do prazo de dois anos fixa a nulidade da cláusula.

Há uma hipótese que merece exame detido, e refere-se à função dos “ajudantes gerais”, ou qualquer cargo que não exige maior qualificação, que realiza atividades de base, de suporte, de apoio a outras atividades qualificadas e hierarquicamente superiores.

Pelo lado dos empregadores, a preocupação, procedente, pode surgir na dificuldade de definição do feixe de atividades do ajudante ou auxiliar geral. Pelo lado do empregado, surge a dúvida de, sendo uma função de apoio muito ampla,

²⁰⁷ São exemplos: (i) diferença de tempo na função aferível nos casos de equiparação salarial (art.461); (ii) prescrição para casos de reenquadramento em desvio de função (Súmula 275,TST); (iii) prescrição nuclear para direitos do trabalhador urbano (art.11,“I”, parte final, da CLT); (iv) prescrição para direitos do trabalhador rural (art.11,“II”, da CLT); (v) prazo para revisão do quadro de atividades e profissões perante a Comissão do Enquadramento Sindical (art. 575., da CLT); (vi) prescrição da ação para reaver a diferenças salariais de trabalhador que tenha recebido menos que o salário mínimo (art. 119, da CLT); equivalência de salários entre empregados brasileiros e estrangeiros (art.358, da CLT); prazo máximo do contrato de aprendizado (art.428, § 3º da CLT).

estaria aberta a possibilidade para a fraude da determinação de inúmeras funções não pertinentes.

Um ajudante geral sempre desempenha sua função com muito pouca autonomia, e sempre junto a outro colega de nível hierárquico mais superior, responsável real pela tarefa em que está sendo auxiliado. Como a própria expressão indica, ajudantes gerais, auxiliares gerais ou outra denominação equivalente, realizam tarefas menos relevantes e sempre sob supervisão profissional.

Portanto, mesmo para as funções mais básicas, não se apresenta dificuldade maior na especificação contratual de suas atividades rotineiras.

Por último, relembremos que o objetivo da formalização, por meio do contrato de trabalho, firmando o elenco de funções e tarefas contratadas, não pode ser o de prejudicar o trabalhador, e nem o empregador, por todos os aspectos que já foram apresentados.

9. 3 Proposição Legislativa

A pesquisa desse trabalho foi realizada com foco no tema “acúmulo de função”, mas o resultado legislativo proposto também pode colaborar nas questões afins ao tema.

Além de fornecer subsídios de exame mais profundo a todos os interessados no tema, apresentamos uma proposição de texto legislativo que mantém o “caput” do art. 456, da CLT, que modifica a redação do atual parágrafo único, renumerando-o para parágrafo primeiro, e acrescenta mais quatro parágrafos, revelando-se da seguinte forma:

Art. 456. A prova do contrato individual do trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprido por todos os meios permitidos em direito. (Vide Decreto-Lei nº 926, de 1969)

§1º À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado não se obrigou a todo e qualquer serviço, mesmo que compatível com a sua condição pessoal, além da indicada na CTPS ou instrumento escrito.

§2º As funções inseridas no contrato de trabalho, de forma expressa, que não forem exercidas no prazo de 2 (dois) anos da contratação presumem-se excluídas do contrato.

§ 3º O acúmulo de uma ou mais funções alheias ao contrato de trabalho dá direito ao pagamento de adicional desde logo de, no mínimo, 20% do salário base, salvo se não houver disposição normativa em contrário.

§ 4º O desvio de função para aquelas alheias às previstas no contrato de trabalho pode implicar na incidência do art. 460, desta lei.

§ 5º Não são abrangidos pelo regime deste artigo os empregados indicados no art. 62, II, desta lei e nem os empregados cujas tarefas não sejam qualificadas especificamente e se destinem à ajuda ou auxílio geral a outros empregados.

9. 4 Proposta de nova redação do atual parágrafo único do art. 456 da CLT

§1º À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado não se obrigou a todo e qualquer serviço, mesmo que compatível com a sua condição pessoal, além da indicada na CTPS ou instrumento escrito.

A "*ratio decidendi*" das soluções processuais que deferem diferenças salariais a trabalhadores que acumularam funções, refere-se unanimemente à especificação das funções contratadas no instrumento de celebração do contrato de trabalho, ou se suas alterações forem formalizadas. Por coerência, aquelas decisões que não reconhecem o direito, remetem à ausência de especificação das funções contratadas como razão de decidir.

Com a alteração legislativa, o empregador é obrigado a acatar o comando de formalização mínima do contrato no que diz respeito à definição, mesmo que breve e sucinta, da função contratada, e que pode ser lançada na própria CTPS.

A alteração também poderá fomentar o aperfeiçoamento de classificações ocupacionais, tal como a CBO- Classificação Brasileira de Ocupações, além de incentivar que os sindicatos, em seus âmbitos de atuação, procurem satisfazer de

modo consistente a necessidade de classificações profissionais, a exemplo da ação sindical em outros países com que o Brasil guarda afinidades culturais.

Com a introdução de outros parágrafos no mesmo artigo, o parágrafo único deve ser remunerado para parágrafo primeiro ("§ 1º").

9. 5 Proposta de acréscimo de um novo parágrafo (§2º)

§2º As funções inseridas no contrato de trabalho, de forma expressa, que não forem exercidas no prazo de 2 (dois) anos da contratação presumem-se excluídas do contrato.

A proposição tem o interesse de desestimular a realização de contratos de trabalho que prevejam, desde a sua celebração, extensos róis de funções com o simples objetivo de fugir a obrigações futuras, sob alegação de que a modificação ou o acréscimo de função obedeceu à disposição contratual.

Torna-se, dessa forma, alguma resistência à noção de multifuncionalidade precarizante dos contratos de trabalho, na medida em que as alterações que ocorrem em menos de dois anos podem ensejar a incidência do art. 461, da CLT, e aquelas que, previstas, não são exercitadas, são legalmente descaracterizadas, impondo ao empregador as consequências do *caput* do artigo.

O prazo de dois anos é bem assimilado pelo jurisdicionado, já havendo diversos institutos relacionados que instituem essa tarificação, como já examinado, proporcionando facilidade de aprovação legislativa.

9. 6 Proposta de acréscimo de um novo parágrafo (§3º)

§ 3º O acúmulo de uma ou mais funções não previstas no contrato de trabalho dá direito ao pagamento de adicional desde logo de, no mínimo, 20% do salário base, salvo se não houver disposição normativa em contrário.

A exemplo de todos os temas nos quais a conclusão ocorre por meio de arbitragem judicial, o objetivo da norma é estabelecer, desde logo, um padrão de acréscimo salarial caso seja constatado o acúmulo de função sem contraprestação equivalente ao acréscimo de trabalho.

A tarifação legal não é a melhor forma de fixação das diferenças salariais em razão de acumulação de funções, porém é um sinalizador social relevante e um potente facilitador de decisões judiciais.

Na regra empírica da nossa verificação, especialmente a partir das notas captadas nos tratos sindicais, o valor médio de 20% do salário base seria um valor atrativo para recompensar uma ampla faixa de trabalhadores que sofrem com a situação de lesão do acúmulo de função, sem reconhecimento patronal.

A tarifação importaria em certa perda da liberdade do empregador em fixar valor menor que o indicado na norma, mas acreditamos que não seria percentual suficiente para arriscar a continuidade do emprego do trabalhador beneficiado.

Sendo a tarifação desde logo fixada, no mínimo, em 20%, nada impede o trabalhador de buscar diferenças em sede judicial, constituindo, nesses casos, provas de natureza mais objetiva, tal como pesquisas salariais setoriais ou classificações de ocupações diversas.

Mas é sumamente importante relevar que a fixação tarifada é um objetivo que se materializa na negociação própria dos órgãos legislativos e o interesse deste trabalho é provocar uma reação ao tema.

Por fim, salientamos que usamos a expressão "*funções não previstas no contrato de trabalho*" para diferenciar da expressão contida no art. 483, "a", parte final²⁰⁸, especificamente "*serviços... alheios ao contrato*"; o acúmulo de função é

²⁰⁸CLT, Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato.

razão para renegociação salarial, enquanto que a demanda por serviços “alheios ao contrato” pode ser causa de rescisão contratual.

Entendemos que não há conflito das duas disposições: o trabalhador pode se interessar pelo pagamento do acréscimo salarial relativo ao acúmulo de função após o término do contrato de trabalho ou ainda, durante seu curso, demandar pelo acréscimo que entender devido e requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho. A questão, portanto, é de interesse do empregado e sua atividade no tempo.

9. 7 Proposta de acréscimo de um novo parágrafo (§4º)

§ 4º O desvio de função para aquelas alheias às previstas no contrato de trabalho pode implicar na incidência do art. 460, desta lei.

Considerando que os institutos do acúmulo e desvio de função, como visto nos relatórios legislativos no processo do PL No 2.746/2011, são tomados muito próximos, muitas vezes confundidos a definição do direito ao salário de função diferente da contratada, que caracteriza o desvio, típica alteração de função, que pode ensejar a incidência no art. 461, da CLT, na modalidade de equiparação por identidade de funções, ou em seu art. 460, na modalidade equiparação por isonomia.

A proposição do parágrafo colabora também para uma explicitação da diferenciação da figura do desvio de função, agindo a norma em seu caráter pedagógico em face do jurisdicionado trabalhista.

De se notar que o desvio de função para os empregados públicos e as empresas que possuem quadro organizado de carreira se traduz em efeitos

econômicos, nos termos da Súmula 275²⁰⁹, e da Orientação Jurisprudencial da SDI-1 nº 125²¹⁰, ambas do TST.

9. 8 Proposta de acréscimo de um novo parágrafo (§5º)

§ 5º Não são abrangidos pelo regime deste artigo os empregados indicados no art. 62, II, desta lei e nem os empregados cujas tarefas não sejam qualificadas especificamente e se destinem à ajuda ou auxílio geral a outros empregados.

Os princípios da ciência da administração moderna, que possuem íntima ligação com certas normas de natureza laboral, indicam que o avanço da carreira do empregado na estrutura da empresa é feito de alterações qualitativas e quantitativas de competências, entre as quais a nota comum é justamente acumular funções especiais, percebidas como de maior relevância e responsabilidade na empresa.

Para esses cargos de natureza gerencial e diretiva, típicas dos empregados cujos serviços incidem no art. 62, II, da CLT, seria um contrassenso o estabelecimento de uma tarifação maior que a já estabelecida no parágrafo único do art. 62, cujo salário, compreendendo a gratificação de função, se houver, deve ser pelo menos 40% (quarenta por cento) maior que o valor do respectivo salário efetivo.

Aos empregados que se ativam em funções básicas das empresas, chamados de ajudantes gerais, auxiliares gerais ou equivalentes, não são exigidas qualificações específicas e devem ficar à disposição para ajudar e auxiliar em qualquer atividade da empresa. É da natureza própria dessa importante função e, por essa mesma razão, pela mobilidade com que desenvolve toda sorte de auxílio, que não pode haver razoabilidade de definição exata de atribuições, desde que, de forma coerente, não sejam minimamente especializadas.

²⁰⁹Súmula 275, TST: PRESCRIÇÃO. DESVIO DE FUNÇÃO E REENQUADRAMENTO (in-corporada a Orientação Jurisprudencial nº 144 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - Na ação que objetive corrigir desvio funcional, a prescrição só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 275 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). II - Em se tratando de pedido de reenquadramento, a prescrição é total, contada da data do enquadramento do empregado. (ex-OJ nº 144 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998).

²¹⁰OJ-SDI-1 nº 125, TST: DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA (alterado em 13.03.2002). O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja iniciado antes da vigência da CF/1988.

CONCLUSÃO

O resultado de nosso trabalho pretende provocar uma saudável discussão sobre o tema acúmulo de função do empregado, tendo como pano de fundo a dinâmica das relações de emprego no Brasil, com vistas a alcançar sempre a maior civilidade, amadurecimento, transparência e justiça nessas relações.

Há questões que podem ser colocadas em prática imediatamente, tal como a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 456, da CLT, que, desde logo, promoverá reação nos empregadores mais profissionais. Essa reação tenderá a percorrer todos os demais tipos de empregadores, até a conscientização de todos. Porém, novas questões surgem: ônus da prova, delimitação do objeto, índice de acréscimo salarial etc. Além disso, o foco de análise e solução do problema se desloca do empregado para o empregador, que possui maior aptidão para a produção de provas relativas ao contrato de trabalho.

Naturalmente, o caminho proposto de uma alteração legislativa possui também vantagens e desvantagens.

Uma vantagem imediata para empregados e empregadores é a divulgação social da obrigação, que teria impacto em todos, especialmente empregadores. Outra vantagem, de longo alcance, é o realce de relações de emprego mais bem documentadas, acrescentando proteção ao empregado, impondo obrigações legais ao empregador. A civilidade das relações contratuais de emprego é necessidade premente no Brasil, e sua observância também age contra a precarização do emprego. Por outro lado, a tarifação linear nem sempre é favorável a qualquer das partes; para tanto, procuramos minimizar seus efeitos com a possibilidade de negociação coletiva.

O debate sobre o tema escolhido é atual e merece reflexão madura, desapaixonada e, por essas mesmas qualidades, realista e construtiva.

Todavia, reafirmando nossa confiança no direito do trabalho como um direito do presente voltado ao futuro, e considerando-o como um fator decisivo para o pleno desenvolvimento humano, nossa contribuição também espera ser um objeto de discussão e ação apaixonada por todos que desejam realmente melhorar nosso país e nosso mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. 9. ed., ver. atual e ampl. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1998. Disponível em: <<http://goo.gl/06ghTx>>. Acesso em: 10 jun. 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Renato Rua de. **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- ASSAD, Eduardo Gabriel. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.
- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Livro de Jurisprudência do TST**. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/en/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>>. Acesso em: 01 nov. 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Augusto Cesar Leite de. **Direito do Trabalho**. Aracajú: Avocati, 2011, Edição eletrônica, Índice.17.4.2.1.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, v. 1.
- CASTRO, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley. "Alteração do Contrato de Trabalho". In: DUARTE, Bento Herculano. (Org.) **Manual do Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros**. São Paulo: LTr, 1998.
- CESARINO Júnior, A. F. **Direito Social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 1980.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de Pessoas**. 2. ed. São Paulo: Elsevier Campos, 2004.
- _____. **Teoria Geral da Administração**. 7. ed. São Paulo: Campus, 2004.
- Classificação Brasileira de Ocupações: CBO - 2010 – 3. ed.** Brasília: MTE, SPPE, 2010, Livro 1,
- CORDEIRO, Antonio Menezes. **Manual de Direito do Trabalho**. Coimbra: Almedina, 1997.

CUNHA, Maria Inês S. A. Alves da. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Acúmulo e desvio funcional. Há amparo legal para deferir a indenização equivalente ao prejuízo?**. Artigo in Suplemento Especial de "O Trabalho". Curitiba: O Trabalho, jan.2009.

DEJOURS, Christophe. **A Banalização da Injustiça Social**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FLEURY, Maria Tereza Leme; FLEURY, Afonso. **Construindo o Conceito de Competência. RAC - Revista Contemporânea de Administração / Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração. Edição Especial**. Rio de Janeiro: ANPAD, 2001.

FRANÇA, R. Limongi. **Enriquecimento sem Causa**. São Paulo: Saraiva, 1987. (Enciclopédia Saraiva de Direito).

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. 16. ed. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Forense, 2003.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

KANT, Immanuel. **Introdução à Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

MAGANO, Octavio Bueno. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993, v. 2.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla. **CLT com interpretação jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2013.

_____. **CLT com Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2013

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho na Nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES, Fabíola. **Equiparação salarial por identidade no direito do trabalho brasileiro**. São Paulo: LTr, 2002.

MARKY, Thomas. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1985.
MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. Lisboa: Almedina, 2002.

MARX, Karl. **O Capital**. São Paulo: Abril Cultural, 1996 (Coleção Os Economistas).

MASCHIETTO, Leonel. **O Trabalho aos domingos como elemento de Dissolução do Núcleo Familiar e Social e Restrição ao Direito ao Lazer**. 2013. 248 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

MASSONI, Túlio. As controvérsias da participação nos lucros e resultados. **Revista Conjur**, mar., 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-14/quais-sao-controversias-participacao-lucros-resultados>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. Brasília: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Luiz Miguel. A Polivalência Funcional na Contractação Coletiva. In: MARTINEZ, Pedro Romano. (Coord.). **Estudos do Instituto do Direito do Trabalho**. Lisboa: Almedina, 2002, v. 3, p.53.

MORAIS, Evaristo de. **Apontamentos de Direito Operário**. São Paulo: LTr, 1971,

MORAES FILHO, Evaristo de. **Tratado Elementar do Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1965, v. 1.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho - relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Oscar Castro. **A Indústria dos Conteúdos**. Gabinete de Estudos Econômicos. Documentos de Trabalho, n. 49. Lisboa: Ministério da Economia, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica: como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORTEGA, Jesus Garcia; RAMIREZ, Juan M.Ramirez; FRANCO, Tomás Sala. **Curso de Derecho del Trabajo**. 4. ed. Valência: Tirant lo Branch, 1995.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manoel-Carlos et al. **Derecho del Trabajo**. 12. ed. Madrid: Ramón Areces, 2003, p. 667.

PASTORE, José. **Trabalhar Custa Caro**. São Paulo: Editora LTr, 2007.

PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

PROSCURCIN, Pedro. **Do Contrato de Trabalho ao Contrato de Atividade**. São Paulo: LTr, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Um artigo chave do Código Civil**. mar. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br> >. Acesso em: 14 jul. 2013.

Revista Banas Qualidade. **The ISO Survey of Management System Standard Certifications**, 2012. Disponível em: <[http://www.iso.org/iso/home/standards/certification/iso-survey.htm?certificate=ISO%209001 &countrycode=BR#countrypick](http://www.iso.org/iso/home/standards/certification/iso-survey.htm?certificate=ISO%209001&countrycode=BR#countrypick)>. Acesso em: 10 maio 2013.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Alterações do Contrato de Trabalho. Função e Local**. São Paulo: LTr, 2001.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

ROSSO, Sadi Dal. Jornada de Trabalho: Duração e Intensidade. **Revista Ciência e Cultura**. Sociedade Brasileira para progresso da Ciência, São Paulo, v. 58, n. 4, out/dez, 2006.

_____. Intensidade e Imaterialidade do Trabalho e da Saúde. **Revista Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 65-91, 2006.

RUPRECHT, Alfredo J. **Os Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Jorge Luiz Teles da et al. **A Informalidade no Mercado de Trabalho Brasileiro e as Políticas Públicas do Governo Federal**. In: Observatório do Mercado de Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Brasília: MTE, Out. 2002. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BABBAC51731E4/Informalidade2.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

SILVA, Mateus de Oliveira. Cargos e salários. In: BOOG, Gustavo; BOOG, Magdalena (Coord.). **Manual de gestão de pessoas e equipes**. São Paulo: Gente, 2002, cap. 27.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, 2003.

SOUZA, André Portela et al. **Custo do Trabalho no Brasil**: proposta de uma nova metodologia de mensuração. Relatório Final de Maio/2012. São Paulo: FGV, 2012

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20. ed. v. 1. São Paulo: LTr, 2003.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

_____. **70 Anos de CLT: uma história de trabalhadores**. Brasília: TST, 2013.

WEBER, Max. **Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Pioneira, 2000.

ZIMMERMMAN NETO, Carlos F. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva: 2005.

ANEXO

Ministério do Trabalho e Emprego – Governo Federal
CLASSIFICAÇÃO BRASILEIRA DE OCUPAÇÕES – CBP
Códigos, Títulos e Descrições.
Brasília: 3ª Edição, 2010

GRANDE GRUPO 2 – PROFISSIONAIS DAS CIÊNCIAS E DAS ARTES **Livro 1, p. 355**

SECRETÁRIAS CÓDIGO 2523 **EXECUTIVAS E BILÍNGUES**

TÍTULO

2523-05 Secretária executiva - Assessor de diretoria; Assessor de presidência; Assistente de diretoria; Assistente de presidência; Auxiliar administrativo de diretoria; Auxiliar administrativo de presidência; Secretário de diretoria; Secretário de gabinete; Secretário de presidência; Secretário pleno; Secretário sênior.

2523-10 Secretário bilíngue - Assessor bilíngue; Assistente bilíngue; Auxiliar administrativo bilíngue; Secretário bilíngue de diretoria; Secretário bilíngue de gabinete; Secretário bilíngue de presidência; Secretário pleno bilíngue; Secretário sênior bilíngue.

2523-15 Secretária trilingue - Assessor trilingue; Assistente trilingue; Auxiliar administrativo trilingue; Secretário pleno trilingue; Secretário sênior trilingue; Secretário trilingue de diretoria; Secretário trilingue de gabinete; Secretário trilingue de presidência.

DESCRIÇÃO SUMÁRIA

Assessoram os executivos no desempenho de suas funções, gerenciando informações, auxiliando na execução de suas tarefas administrativas e em reuniões, marcando e cancelando compromissos. Coordenam e controlam equipes (pessoas que prestam serviços à secretária: auxiliares de secretária, office-boys, copeiras, motoristas) e atividades; controlam documentos e correspondências. Atendem clientes externos e internos; organizam eventos e viagens e prestam serviços em idiomas estrangeiros. Podem cuidar da agenda pessoal dos executivos.

FORMAÇÃO E EXPERIÊNCIA

O exercício dessas ocupações requer curso superior em secretariado e áreas afins. Para as secretárias bilíngues e trilingues é fundamental fluência em dois ou três idiomas estrangeiros.

O pleno desenvolvimento das atividades ocorre após dois ou três anos de experiência.

CONDIÇÕES GERAIS DE EXERCÍCIO

Trabalham nas mais variadas atividades econômicas da indústria, comércio e serviços,

além da administração pública, como assalariados com carteira assinada, estatutários, ou autônomos, sob supervisão ocasional. Atuam de forma individual ou em equipe, em ambientes fechados e em horários diurnos. Podem permanecer em posições desconfortáveis por longos períodos. Assessoram chefias, atendendo mais de um diretor ou uma área. As secretárias bilíngues-trilíngues realizam as mesmas atividades que as secretárias executivas e se diferenciam nas atividades que requerem fluência em língua estrangeira.

ESTA FAMÍLIA NÃO COMPREENDE

3515 - Técnicos em secretariado, taquígrafos e estenotipistas.

CÓDIGO INTERNACIONAL CIUO 88

2419 - Especialistas en organización y administración de empresas y afines, no clasificados bajo otros epígrafes.

3439 - Profesionales de nivel medio de servicios de administración, no clasificados bajo otros epígrafes.

GRANDE GRUPO 3 – TÉCNICOS DE NÍVEL MÉDIO

Livro 1, p. 431

TÉCNICOS DE LABORATÓRIO INDUSTRIAL - CÓDIGO 3011

TÍTULO

3011-05 Técnico de laboratório industrial - Auxiliar de laboratorista (indústria);

Laboratorista - exclusive análises clínicas; Laboratorista de ensaios mecânicos;

Laboratorista de ensaios químicos; Laboratorista industrial; Laboratorista químico;

Laboratorista têxtil.

3011-10 Técnico de laboratório de análises físico-químicas (materiais de construção) - Analista de areias em fundição; Auxiliar de laboratorista de solo; Auxiliar de laboratorista de solos e de concreto; Laboratorista de concreto; Laboratorista de ensaios de areia de fundição; Laboratorista de materiais de construção; Laboratorista de solos; Laboratorista (ensaios de areia); Laboratorista (solos e materiais de construção).

3011-15 Técnico químico de petróleo - Analista de laboratório químico (petróleo); Analista químico (petróleo); Técnico de análise de óleos e graxas; Técnico de laboratório de análises físico-químicas (petróleo).

DESCRIÇÃO SUMÁRIA

Executam ensaios físicos, químicos, metalográficos e biológicos. Garantem a calibração dos equipamentos e realizam amostragem de materiais. Trabalham segundo normas de segurança, saúde e meio ambiente. Controlam a qualidade. Participam do sistema da qualidade da empresa e no desenvolvimento de novos produtos e fornecedores.

Colaboram no desenvolvimento de metodologias de análises.

FORMAÇÃO E EXPERIÊNCIA

Essas ocupações são exercidas por trabalhadores com formação técnica de ensino

médio na área de atuação. O exercício pleno das ocupações se dá após três a quatro anos de experiência.

CONDIÇÕES GERAIS DE EXERCÍCIO

O trabalho é exercido em indústrias de extração de petróleo e gás natural, de fabricação de produtos químicos, de metal, têxteis e na construção. Os profissionais são assalariados com carteira assinada. Trabalham de forma individual, sob supervisão permanente, exceto o técnico químico em petróleo que é ocasional. Os profissionais trabalham em ambiente fechado e a céu aberto. O técnico de laboratório de análises físico-químicas (materiais de construção) e o técnico químico em petróleo podem trabalhar em veículos. O horário de trabalho pode ser de turno fixo diurno ou noturno ou, ainda, no regime de rodízio. Em suas atividades, os trabalhadores ficam expostos a materiais tóxicos e inflamáveis; o técnico de laboratório industrial também fica exposto a altas temperaturas. Trabalho subterrâneo e ruído intenso fazem parte das atividades do técnico de laboratório de análises físico-químicas (materiais de construção), assim como trabalhar em grandes alturas faz parte das atividades do técnico.

CONSULTE 3111 - Técnicos químicos.

CÓDIGO INTERNACIONAL CIUO 88

3116 - Técnicos em química industrial.

NOTAS

Norma regulamentadora: Lei nº 5.524, de 5 de novembro de 1968 - dispõe sobre o exercício da profissão de técnico industrial de nível médio resolução normativa nº 24, de 18 de fevereiro de 1970 - autoriza os conselhos regionais de química a procederem ao registro de técnicos industriais

RECURSOS DE TRABALHO

Balança analítica; Capelas e exaustor; Cromatógrafo; Destilador desmineralizador Equipamentos de ensaios físicos (dureza, flexão); Espectrômetro; Estufas, muflas, autoclave; Microcomputador e softwares; Termômetro e densímetro; Vidraria de laboratório.

GRANDE GRUPO 4 – TRABALHADORES DE SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS

Livro 1, p. 707

ALMOXARIFES E ARMAZENISTAS - CÓDIGO 4141

TÍTULO

4141-05 Almoхарife - Auxiliar de almoхарifado; Conferente de mercadoria; Controlador

de almoхарifado; Encarregado de estoque; Encarregado de expedição; Estoquista.

4141-10 Armazenista - Auxiliar de armazenamento; Auxiliar de depósito; Fiel de

depósito; Operador de movimentação e armazenagem de cargas; Sileiro.

4141-15 Balanceiro - Encarregado de pesagem; Fiscal de balanças; Operador de

balanças rodoviárias; Operador de pesagem de matéria-prima; Pesador.

DESCRIÇÃO SUMÁRIA

Recebem, conferem e armazenam produtos e materiais em almoxarifados, armazéns, silos e depósitos. Fazem os lançamentos da movimentação de entradas e saídas e controlam os estoques. Distribuem produtos e materiais a serem expedidos. Organizam o almoxarifado para facilitar a movimentação dos itens armazenados e a armazenar.

FORMAÇÃO E EXPERIÊNCIA

Para o exercício dessas ocupações requer-se formação equivalente ao nível médio completo e curso básico de qualificação de até duzentas horas/aula. O pleno desempenho das atividades ocorre após um a dois anos de experiência profissional. A(s) ocupação(ões) elencada(s) nesta família ocupacional demanda formação profissional para efeitos do cálculo do número de aprendizes a serem contratados pelos estabelecimentos, nos termos do artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, exceto os casos previstos no art. 10 do Decreto 5.598/2005.

CONDIÇÕES GERAIS DE EXERCÍCIO

Atuam nas mais variadas atividades econômicas onde haja armazenamento e movimentação de mercadorias, tais como indústria, comércio atacadista, construção civil. Trabalham como assalariados, com carteira assinada; organizam-se em equipe sob supervisão permanente, em ambientes fechados, exceto o balanceiro que também trabalha a céu aberto, em estradas. O horário de trabalho pode ser diurno, noturno ou em rodízio de turnos. Há situações em que os armazenistas trabalham confinados e os balanceiros com movimentação de cargas, expostos a ruído intenso, fumaça e baixas temperaturas.

CÓDIGO INTERNACIONAL CIUO 88

4131 - Empleados de control de abastecimientos inventario.

RECURSOS DE TRABALHO

Calculadora; Computador e impressora; Empilhadeira, paletes, paleteira, transpaleteira; EP (luvas, guarda-pó, capacete, botina, máscara); Scanner; Fax, telefone, rádio frequência; Lápis, caneta, pincéis, material de escritório; Máquina de datilografia, máquina de xerox; Paquímetro, trena e balança; Seladora, embalagem, grampeador, furador.

