

USO ARBITRÁRIO DE DIREITO - CARGO DE CONFIANÇA - REAJUSTE SALARIAL - ALTERAÇÃO CONTRATUAL

Vantuil Abdala^(*)

INTRODUÇÃO

O direito não tolera a discriminação que impugna o ato de anti-socialidade, o uso ilegítimo de uma faculdade, o desvio, o uso anormal de um direito.

Mais, com certeza, que as outras áreas, é no campo trabalhista que o abuso do direito encontra imediata e incontente reprimenda. Talvez mesmo pela natureza do direito protegido e pela necessidade de proteção do hipossuficiente.

A preocupação de coibir medidas discriminatórias, anormais, ilegítimas e abusivas é uma tônica da nossa ordem jurídico-trabalhista, desde quase o pórtico da Consolidação através do disposto no parágrafo único do art. 3º, passando pelo princípio da isonomia salarial, pela vedação da transferência ilegítima, pela recriminação da dispensa injustificada do pré-estabilitário, até à imposição de uma indenização pelo uso injustificado do direito de rescindir o contrato.

Está aí a demonstração viva da reprovação do uso irregular, anormal no exercício de seu direito.

O sujeito, que tem o poder de realizar seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, pois que, se o exerce em sentido contrário à sua destinação econômica e social, causando, assim, mal a outrem, sujeita-se à reparação.

Embora, como observa **Barros Monteiro**, a noção de abuso de direito não se encontre definitivamente cristalizada ("Curso de Direito Civil", pág. 294), às vezes assentando-se, como assevera **Caio Mário**, na dosagem do conteúdo do exercício, admitindo-se que "**se o titular excede o limite do exercício regular de seu direito, age sem direito**" ("Inst. de D. Civil", pág. 397), a verdade é que "se a função do direito é manter em equilíbrio os elementos sociais colidentes, desvirtuar-se-á, mentirá a seu destino, quando se exagerar, no seu exercício, a ponto de se tornar um princípio de desarmonia" (**C. Bevilacqua**, "Cod. Civil Comentado", pág. 421).

O poder e a faculdade têm uma limitação ética e devem ser usados de acordo com a finalidade social do direito em que se fundam, visando à harmonia, através da equidade, e não à discórdia, ao descontentamento, através da discriminação.

A Justiça pertence ao ser do direito, é uma parte integrante da idéia do direito. Desde o *corpus juris civilis*, *ius est ars boni et aequi*.

(*) Ministro Togado do Tribunal Superior do Trabalho.

Segundo esta concepção, assevera **Hans Naviasky**: "el contenido del Derecho tiene una determinada cualidad, de tal modo que si ésta falta, no se puede hablar de derecho" ("Teoría General Del Derecho", pág. 53).

A idéia do absoluto, de que outrora se impregnavam os direitos, se tornou obsoleta.

Os Tribunais hoje repelem a concepção do direito absoluto, rechaçando o abuso, sempre que o titular o exerce de modo contrário ao seu destino, sem o impulso de um motivo justificável ou com o único propósito de causar mal a outrem.

Nas Cortes Trabalhistas, o uso abusivo do direito tem encontrado pronta reprimenda, a vicejar a tese, sintetizada com felicidade pelo Juiz **Campos Batalha**, nesta ementa: "Todos os direitos, quer dos empregadores, quer dos empregados, devem ser exercidos de acordo com suas finalidades sociais e, não, arbitrariamente" (Ac. 3ª T. n. 6.775/71, 06/09/71).

REAJUSTE SALARIAL

O empregador espontaneamente concede reajuste salarial coletivo a seus empregados, menos à pequena parte deles. **Quid juris?**

A hipótese não é rara, tão quanto o é a literatura jurídica sobre o assunto.

Argumenta-se que, tratando-se de concessão espontânea do empregador, no uso de seu poder de comando, poderia conceder o reajuste salarial generalizadamente, mas deixar de concedê-lo a um ou a alguns. Sustenta-se, ainda, que o empregador tem o direito de premiar o empregado que quiser, e deixar de premiar o que não quiser.

Em parte, e em tese, isto é verdade.

Realmente, aumentar espontaneamente os salários dos empregados é uma manifestação do poder de comando do empregador. E o empregador tem, é verdade, o direito de premiar o empregado que julga merecer.

Mas, se o aumento é concedido genérica e indistintamente, com um mesmo percentual de reajuste para todos; se não é elaborado, comprovadamente, um plano para a concessão do aumento; um estudo das condições individuais de cada empregado; um exame da competência, da dedicação, do potencial de cada um, nada legitimaria a exclusão de um ou de uma pequena minoria, daquele benefício concedido à generalidade dos empregados.

O exercício do direito assim iria trazer a discórdia, o descontentamento, por causa da discriminação, e estaria desviado de seu fundamento. Fugiria ao seu objetivo de trazer a harmonia, através da equidade. O poder e a faculdade estariam afastados de sua limitação ética e não estariam sendo usados de acordo com a finalidade social em que se fundam.

A injustificada discriminação, aí, configuraria evidente abuso de direito, passível de correção por via judicial.

ALTERAÇÃO CONTRATUAL - LOCAL DE TRABALHO

É talvez, aqui, que a jurisprudência é mais farta, no que concerne ao abuso do direito. Desde logo os Tribunais, com muita lucidez, passaram a coibir aquelas transferências fundadas em meros caprichos ou apenas com o **animus persecuendi**.

"Dá-se o abuso de direito, nas transferências do empregado, quando a empresa, sob a aparência de necessidade de serviço, age por impulsos punitivos e reveladores de específico ressentimento contra a pessoa daquele. O desvio e a ilegitimidade do exercício do direito revelam-se no móvel oculto do ato e não em sua suposta explicação objetiva. Torna-se nula a ordem de remoção" (TRT 3ª Reg.; Ac. de 22/11/68, Proc. 1.670/68, Rel. Juiz **Ribeiro Vilhena**).

"Ilícita a transferência para outra localidade, não obstante a cláusula implícita para aquele fim, se o empregador procede com abuso de direito" (TST, RR-598/70, Ac. 2ª T-780/70, 09/06/70, Rel. Min. **Hildebrando Bisaglia**).

E tantas foram as decisões nesse sentido que o legislador acabou por modificar o texto do § 1º do art. 469 da CLT, acrescentando que, mesmo quando se trata de cargo de confiança ou quando a transferibilidade seja condição implícita ou explícita do contrato, a transferência só será lícita se decorrer de real necessidade de serviço.

Com isto, inverteu-se o **onus probandi**. Se antes cabia ao empregado provar que a transferência era abusiva, hoje cabe ao empregador fazer a prova de que se funda em real necessidade de serviço.

O ABUSO DE DIREITO E O CARGO DE CONFIANÇA

Afora o caso de transferência de local de trabalho, já mencionado acima, situações há profundamente melindrosas no que concernem ao cargo de confiança e ao direito do empregador de fazer o empregado que o ocupava voltar ao cargo anterior.

Com efeito, dispõe o parágrafo único do art. 468 da CLT que "não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de confiança".

Se o cargo é de confiança, se o empregador perde a confiança que depositava no empregado, razoável que possa destituir o empregado daquele cargo.

É também curial que, se pode revertê-lo ao cargo efetivo, não está o empregador obrigado a permanecer pagando a remuneração correspondente ao cargo de confiança.

Não se argumente, pois, como se tem visto, que embora a lei não garanta a estabilidade no cargo, não afasta a estabilidade financeira.

Ora, se legal é o retorno do empregado ao cargo efetivo, não haveria mesmo, em tese, fundamento legal para obrigar ao empregador que continuasse a pagar ao empregado a remuneração pertinente a outro cargo. É o princípio da comutatividade inerente aos contratos em geral.

O afastamento do empregado do cargo de confiança é naturalmente justificado em muitas hipóteses pelas próprias circunstâncias, como quando, por exemplo, o cargo é extinto; ou há reestruturação no quadro de carreira da empresa.

Em virtude da subjetividade imanente à confiança, é plenamente razoável o afastamento do empregado do cargo de confiança, naquelas hipóteses em que o dirigente com o qual trabalha diretamente é substituído.

Isto tanto mais é aceitável, quando por norma regulamentar o dirigente tem um prazo certo de mandato, sendo previsível sua rotatividade. Mesmo porque, nes-

tas hipóteses, o empregado está cômscio da precariedade da designação para o cargo de confiança.

Além disso, em virtude mesmo daquela subjetividade mencionada, em inúmeras outras circunstâncias pode-se revelar pleno de razoabilidade o afastamento do empregado do cargo de confiança.

Agora, o que não pode ser admitido como razoável é o afastamento do empregado através de um ato meramente arbitrário, discriminatório, com "animus persecuendi".

Em outras palavras, o empregador tem o direito de afastar o empregado do cargo de confiança mas, tal qual todo direito, este também não é absoluto. E por isso não se afasta a possibilidade de se reconhecer ilegítima ou abusiva a atitude do empregador ao destituir o empregado do cargo de confiança.

Suponha-se a hipótese que o empregado, durante muitos e muitos anos, viesse ocupando um cargo de confiança, desempenhando suas funções sempre com toda dedicação e eficiência e sem a menor mácula em sua conduta. Afastado do cargo sem qualquer explicação, vai a juízo. O empregador ao se defender alega, pura e simplesmente, ter o direito de afastá-lo do cargo, com base no parágrafo único do art. 468 da CLT, sem se referir a qualquer razão que fosse para a sua atitude.

Ou, pior ainda, se restasse comprovado nos autos que o afastamento se deu por desrespeito aos princípios da liberdade de pensamento, de crença religiosa; de convicção filosófica ou política, ou mesmo por preconceito de raça ou de sexo.

À evidência, ilegítima e abusiva seria a atitude do empregador, afastando o empregado do cargo de confiança em hipótese que tais. Não se poderia, é verdade, obrigar o empregador a manter o empregado no cargo de confiança, mas encontraria respaldo jurídico, fundado no reconhecimento do abuso do direito, a decisão que reconhecesse ao empregado o direito de permanecer recebendo a remuneração do cargo de confiança, ou mesmo, reconhecesse o direito à rescisão contratual por culpa do empregador.

Ora, o trabalhador, atendendo a um interesse do empregador, assume e exerce funções de maior importância e responsabilidade, e em decorrência do ganho maior por longo período, estabelece uma receita familiar, adapta-se a um padrão de vida; e depois é obrigado a voltar a um posto secundário, com uma redução violenta em seu orçamento, no seu nível de vida.

Se esta odiosa restringenda ocorre em conseqüência do uso arbitrário do direito, discriminatório, desviado de suas finalidades ético-sociais, cabe mesmo ao Poder Judiciário reparar a injustiça.

Sensível a essa realidade é que assim já se decidiu:

"A destituição de um empregado da função que vinha, irrepreensivelmente, exercendo há 15 anos, sem qualquer proveito para a empresa, impregna o ato de anti-socialidade que se torna, por isso, seccionável como prática de abuso de direito." (TRT da 3ª Região, Acórdão de 20/12/68, Processo 1.258/68, Rel. Juiz Ribeiro de Vilhena)

"GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. RETORNO AO CARGO EFETIVO. ABUSO DE DIREITO.

A idéia do absoluto, de que outrora se impregnavam os direitos, se tornou obsoleta. Os Tribunais, hoje, repelem a concepção do direito absoluto, recha-

quando o abuso sempre que o titular o exerce de modo contrário ao seu destino, sem o impulso de um motivo justificável ou com um único propósito de causar mal a outrem.

Quando o empregado, colaborando com o patrão, desempenhe funções de confiança por longos anos, com eficiência e dedicação, e delas é afastado sem a menor razão ou justificativa, configura-se o abuso de direito a vedar a redução do ganho, e rebaixamento da receita familiar e padrão de vida a que se adaptaram."

(Proc. n. TST-RR-98.980/93.9, 2ª Turma, Rel. Min. Vantuil Abdala, julgado em 22/09/94).

Outra não foi a orientação desta Corte no julgamento dos processos E-RR 30.894/93.6 (SDI) e RR 85.046/93.5 (2ª Turma).

E nem se argumente que, retornando o empregado ao cargo efetivo e continuando a perceber a remuneração do cargo de confiança, haveria a obrigação do empregador de equiparar os salários deste com os dos demais que ocupam o mesmo cargo.

Isto porque a gratificação de função deve continuar a ser paga separadamente, como uma vantagem pessoal daquele que foi revertido ao cargo efetivo. E, como é sabido, as vantagens pessoais não são abrangidas para efeito de equiparação salarial, como pacífica a jurisprudência (RR-3.795/80, 2ª Turma, Ac. n. 2821, decisão 22/09/81; RR- 6.641/84, 2ª Turma, Ac. n. 3483, decisão 03/09/85; RR- 76.290/93, 2ª Turma, Ac. n. 745/94, decisão 03/03/94, dentre outras).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fugindo do casuísmo e generalizando, observamos que no abuso de direito não há, como no ato ilícito, violação direta de lei, mas violação do princípio segundo o qual os direitos devem exercer-se dentro de certos limites.

Modalidade do ato ilícito, o abuso de direito, porém, com ele não se confunde, pois o abuso decorre do exercício de um direito: "é lícito na sua morfologia, mas não o é na sua gênese" (H. Lima, "Introdução à Ciência do Direito").

O exercício do poder de comando, embasado em um direito reconhecido do empregário, é campo fértil à degeneração em abuso de direito.

Mas se as deturpações desse direito já são objeto de previsão normativa, então configuram-se verdadeiramente atos ilícitos, dispensando-se a invocação da teoria jurídica do abuso do direito, tal como se dá *verbi gratia*, relativamente a casos enquadráveis no disposto no art. 483, letra a, da CLT.

Em conclusão, quer se considere o abuso de direito, o seu exercício anormal com desvio do seu fim econômico-social (*Salleilles*), ou o seu exercício para obter fim diferente daquele a que se destina a ordem jurídica (*Josserand*), ou causando dano a terceiro, sem que se frua vantagem econômica (*Capitant*), devem estar sempre atentos a ele, aqueles que têm a sagrada missão de distribuir Justiça.

Pois, diríamos com **Roscoe Pound**, sempre foi de natureza ilusória a Justiça obtida por aplicação mecânica de normas fixas à conduta humana.