

Transferência da localidade da prestação do trabalho. Alteração contratual. Incidência do adicional

João Pedro Silvestrin

Ex-advogado da Caixa

Desembargador do Trabalho do TRT 4ª Região

Pós-graduado em Direito e Economia

e da Empresa - FGV

Especialista em Direito do Trabalho, Direito Processual

do Trabalho e Direito Previdenciário - UNISC

RESUMO

O presente estudo aborda o fenômeno da transferência do empregado como alteração contratual do contrato de trabalho. Mediante exame da evolução legislativa sobre o tema, pretende-se instigar a discussão sobre a possibilidade de implementação por mero ato unilateral do empregador; estabelecer pressupostos à validade do ato, com ênfase ao instrumento de resistência do empregado. Pretende-se, ainda, estabelecer as diferenças entre a transferência provisória e a definitiva e os efeitos jurídicos de cada uma delas, elencando, por final, as hipóteses de incidência do adicional salarial previsto na norma legal.

Palavras-chave: Contrato Individual de Trabalho. Possibilidade de alteração. Transferência definitiva ou provisória. Adicional de transferência.

RESUMEN

El presente estudio aborda el fenómeno de la transferencia del empleado como alteración del contrato laboral. Por intermedio del exámen de la evolución legislativa sobre el tema, pretendemos fomentar la discusión sobre la posibilidad de implementación por acto uniletaral del empleador; establecer supuestos a la validad del acto con énfasis al instrumento de resistencia del empleado. El artículo pretende, aún, establecer las diferencias entre la transferencia provisoria y la definitiva y sus respectivos efectos jurídicos, delineando las situaciones en que resulta debido el adicional salarial previsto en la norma reglamentadora.

Palabras-llave: Contrato Individual de Trabajo. Posibilidad de alteración. Transferencia definitiva o provisoria. Adicional de transferencia.

Introdução

O contrato individual do trabalho, por ser de trato sucessivo, está sujeito a alterações - obrigatórias ou voluntárias. A regra geral quanto às modificações voluntárias é a imutabilidade, salvo comum acordo das partes e desde que delas não decorra prejuízo, direta ou indiretamente, ao empregado.

Dentre essas alterações encontra-se a transferência do empregado para prestar serviço em localidade diversa daquela para a qual foi contratado, que será objeto de nosso estudo, mediante a análise de sua configuração, da evolução legislativa sobre o tema; da possibilidade de implementação por ato unilateral pelo empregador e das condições que devem ser atendidas; do instrumento de resistência do empregado contra o ato da transferência; da hipótese de incidência do adicional salarial previsto na norma legal; de quais empregados podem percebê-lo; e dos critérios para definir a natureza da transferência: provisória ou definitiva.

1 Contrato individual do trabalho. Alteração contratual. Breve enfoque

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no que se refere ao contrato individual do trabalho, adotou o princípio da inalterabilidade das condições contratadas, excepcionando tão-somente as alterações que forem fruto de mútuo consentimento e não resultem em prejuízo ao empregado, quer direta ou indiretamente, que reflete o princípio da proteção da parte mais fraca na relação de emprego. Caso não sejam atendidas as condicionantes citadas - mútuo consentimento e ausência de prejuízo - a alteração procedida será nula.

Embora inúmeras sejam as classificações encontradas na doutrina quanto às alterações das condições do contrato individual de trabalho, verifica-se que, invariavelmente, é contemplado o critério que leva em consideração a sua origem. Maranhão, ao analisar a classificação das alterações contratuais, também o faz em relação à origem da modificação:

Dissemos, de início, que as condições de trabalho, muitas vezes, modificam-se, independentemente da vontade das partes. Quanto à sua origem, classificam-se, pois, as alterações das condições de trabalho em: obrigatórias ou voluntárias, ou seja, as que independem da vontade dos contratantes, resultando da lei ou de norma a esta equiparada, e as que provêm de manifestação de vontade. Serão estas últimas unilaterais ou

bilaterais, conforme sejam fruto da vontade de uma, ou do consenso de ambas as partes.¹

Nascimento, por sua vez, leciona:

A relação de emprego, desenvolvendo-se como vínculo de trato sucessivo, sofre constantes alterações: umas quanto aos seus sujeitos, outras pertinentes ao trabalho prestado ou à organização da empresa; as primeiras denominadas *subjetivas*, as segundas, *objetivas*.²

A sucessão de empregadores e a alteração na estrutura jurídica do empregador são exemplos de alterações obrigatórias ou subjetivas. Enquanto que as modificações nas condições do trabalho que decorrem do *jus variandi* - dentre elas a transferência de empregados - são exemplos de alterações voluntárias ou objetivas.

Para Catarino, “apesar da aparência em contrário, a regra somente alcança as alterações voluntárias, unilaterais e bilaterais, prejudiciais ao empregado, o destinatário da proteção.”³

No que se refere ao reconhecimento do *jus variandi*, o autor acima citado declina:

O direito de variar, do empregador, tem por fundamento genérico a chamada livre iniciativa econômica [...] refletida na concepção dominante da empresa [...], com algum tempero institucionalista, servindo de base à subordinação. Por isso admite-se, considerando-se a necessidade da organização empresária, a possibilidade lícita de o empregador alterar, limitada e estritamente, em determinadas ocasiões, o conteúdo da prestação de trabalho, se não configurar inadimplemento prejudicial ao empregado, nem for antinormativo. De qualquer maneira, o *ius variandi* vai até onde começa o *ius resistentiae*, durante a vida da relação de emprego, “dinâmica e aberta”.⁴

A alteração voluntária unilateral, no entender de Krotoschin, citado por Alice Monteiro de Barros, está intimamente vinculada ao *jus variandi*, o qual decorre do poder diretivo e é visto como uma faculdade concedida ao empregador para “realizar modificações e variações na prestação de serviços conforme as circunstâncias, exigências ou perigos que surjam na realidade fática.”⁵

¹ MARANHÃO, *apud* SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 21.ed. atual. São Paulo: LTr, 2003. p.527.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 9.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1991. p.370.

³ CATARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3.ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982. p.150.

⁴ CATARINO, José Martins, 1982. p.148.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p.799.

O *jus variandi*, no direito brasileiro, diante do princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho, insculpido no artigo 468 da CLT, que na realidade se constitui na principal garantia do empregado frente ao arbítrio do empregador, somente pode ser compreendido e admitido mediante a observância de limites estritos.

Portanto, a inalterabilidade das condições do contrato individual do trabalho, além de se constituir em garantia a favor do empregado, apresenta-se como limitador ao *jus variandi* do empregador.

As alterações contratuais que se referem ao objeto do contrato de trabalho e que ocorrem com maior frequência são as relacionadas com a jornada de trabalho, a natureza do serviço prestado, a variação de salário e a transferência da localidade da prestação do trabalho.

Nosso estudo se dedicará a examinar mais detidamente a alteração do contrato individual de trabalho quanto à transferência da localidade da prestação do trabalho contemplada no artigo 469, §§ 1º e 3º, da CLT: quando esta é possível de ser implementada de forma unilateral pelo empregador; quando surge o ônus deste de pagar suplemento salarial, de no mínimo 25% sobre o salário anteriormente percebido pelo empregado – adicional de transferência; quais os mecanismos de proteção do empregado contra este ato; as disposições legais pretéritas e atuais sobre o tema, bem como as discussões relevantes a respeito trazidas pela jurisprudência.

2 Da configuração da transferência

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), no Capítulo III, do Título IV, que trata da alteração do contrato individual de trabalho, destinou regramento específico àquela que implica na transferência da localidade da prestação do trabalho, consoante o disposto nos artigos 469 e parágrafos e 470.

Dois aspectos devem ser enfrentados, primeiramente, para definir quanto à existência ou não de transferência para efeitos de incidência das normas celetistas acima citadas. Tem-se entendido que só haverá suporte fático quando a transferência impuser para o empregado a prestação de trabalho em “localidade diversa da que resultar do contrato” e acarretar-lhe “mudança de domicílio”.

Quanto ao primeiro aspecto, não há que se confundir, na espécie, localidade contratada para prestação dos serviços com o local desta prestação. Enquanto aquela tem conceito mais amplo, diz respeito a cidade, município ou região econômica, este refere-se ao espaço físico (escritório, agência, etc.) em que é desenvolvido o trabalho. Delgado corrobora com a assertiva:

Localidade interpreta-se aqui como município (desde que não envolva extensa área rural) ou como cidade ("espaço urbano"). No máximo, pode-se acolher, nesta interpretação, o conceito de região metropolitana, desde que a nova distância não provoque alteração na residência do trabalhador.⁶

Maior controvérsia há na doutrina em relação a saber se o legislador utilizou o termo "domicílio" na forma que a lei civil o define ou o fez como sinônimo de residência.

Na realidade, ao referir-se a domicílio o legislador quis, efetivamente, dizer residência, pois consoante a grande maioria dos doutrinadores, esta é a única interpretação razoável que se pode atribuir ao dispositivo legal. Vejamos:

No entendimento de Camino, "A lei está a reclamar interpretação razoável, nos casos de transferência provisória, nos quais a mudança de residência já é suficiente para caracterizar a transferência."⁷

Barros Júnior sustenta: "O que a norma trabalhista procura é a residência do trabalhador, onde tem sua moradia, onde mantém a sua família, esposa e filhos, onde formou as suas relações sociais, matriculou seus filhos em escolas. A perspectiva, pois, é diversa do Direito Civil."⁸

Idêntico posicionamento é explicitado por Haddad: "A transferência do empregado é definida, pela lei consolidada, pois, como aquela que acarreta mudança de domicílio do empregado, expressão infeliz escolhida pelo legislador, sendo que a jurisprudência tratou de interpretá-la como 'residência'".⁹

Sussekind, relativamente à questão em discussão, consigna:

De acordo, porém, com a definição legal, não se considera transferência a que não acarretar, necessariamente, a mudança do domicílio do empregado. Estamos em que a palavra domicílio, usada pelo legislador, não deve ser entendida no sentido técnico-jurídico, e sim no de residência, que melhor corresponde à finalidade da norma.¹⁰

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. A transferência obreira no Brasil: regras e efeitos jurídicos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 66. n. 1, jan./mar. 2000. p.156.

⁷ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do trabalho*. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p.450.

⁸ BARROS JUNIOR, Cássio Mesquita. *Transferência de empregados: urbanos e rurais*. São Paulo: LTr, 1980. p.161.

⁹ HADDAD, José Eduardo. *Precedentes jurisprudenciais do TST comentados*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2002. p.247-8.

¹⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 21.ed. atual. São Paulo: LTr, 2003. p.545.

Outro não é o posicionamento firmado por Delgado:

A Consolidação vale-se da expressão domicílio (“não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança de seu domicílio”: *caput* do art. 469). Porém, na verdade, quer a lei se referir preferivelmente à noção de residência, já que este é o dado fático que importa aos objetivos do critério celetista em exame (domicílio é conceito jurídico, ao passo que a lei está preocupada é com o dado fático da residência do trabalhador e sua família).¹¹

Registre-se, por fim, que posicionamento contrário é sustentado por Russomano,¹² de que o termo domicílio foi utilizado no seu estrito sentido, não podendo ser confundido com residência.

O termo domicílio contido no texto da norma do artigo 469 da CLT, apesar do respeitável posicionamento contrário de parte da doutrina, deve ser entendido como sinônimo de residência, ou seja, basta que haja exigência da mudança desta, por parte do empregado, para localidade diversa da contratada para prestação do trabalho, mediante determinação do empregador, para que reste configurada a situação prevista na norma legal em comento.

3 Da transferência da localidade da prestação dos serviços. Evolução legislativa

Na execução do contrato de trabalho a regra é a intransferibilidade da localidade da prestação dos serviços, salvo quando houver mútuo consentimento das partes em sentido contrário.

Referido princípio emerge do *caput* do artigo 469 da CLT, que, registre-se, permanece até hoje com a redação original:

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

No entanto, o próprio legislador tratou de mitigar a regra, prevendo situações em que é possível ocorrer a transferência por meio de ato unilateral do empregador, independentemente da anuência do empregado.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. 2000. p.152.

¹² RUSSOMANO, Mozart Víctor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17.ed. atual. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1, p.594.

As exceções são reconhecidas por Sussekind:

Mas a própria lei abre algumas exceções, permitindo a transferência do empregado por ato unilateral do empregador quando:

- o trabalhador exerce cargo de confiança (§ 1º do art. cit.)

- o contrato tiver ajuste explícito ou implícito de transferibilidade em caso de real necessidade de serviço (§ 1º, *in fine*, com a redação da Lei 6.203/75);

- ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado (§ 2º do art. Cit.) ressaltando ao estável optar pela indenização de antiguidade (art. 497 e 498)

- verificar-se a necessidade de serviço e a transferência tiver caráter provisório, hipótese em que o empregado perceberá adicional nunca inferior a 25% dos seus salários, enquanto permanecer na localidade diversa da estipulada no eu contrato (§ 3º do art. 469).¹³

Examinando a matéria, Camino sustenta:

À luz do art. 469 e seu § 1º da CLT, o exercício da transferência é, em princípio, vedado. Em situações específicas, contudo, o legislador abre o permissivo e tal está intrinsecamente vinculado ao contrato. Legitimam a transferência a concordância do empregado, previsão contratual, explícita ou implícita, o fato do empregado exercer cargo de confiança e principalmente a existência de necessidade de serviço.¹⁴

O artigo 469 em destaque, quando de sua redação original, continha dois parágrafos que assim dispunham:

Art. 469 – [...]

§ 1º Não estão abrangidos na proibição desta artigo: os empregados que exerçam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência.

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

O art. 470, originariamente, estabelecia:

Art. 470 – 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

¹³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Pareceres sobre direito do trabalho e previdência social*. v. 7. São Paulo: LTr, 1992. p.107.

¹⁴ CAMINO, Carmen, 2004. p.448-9.

obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.

Parágrafo único – As despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador.

Constata-se, ao exame do texto original do parágrafo 1º do artigo 469, que os empregados nele contemplados - que exerçam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência - estavam totalmente desprotegidos, em total desconformidade com os princípios informadores do direito do trabalho que primam pela proteção do trabalhador, pois a todo momento e sem qualquer motivação, por ato unilateral do empregador, poderiam eles ser transferidos para qualquer outra localidade, diversa daquela para a qual foram contratados, não dispondo de nenhum instrumento para oferecer resistência, por mínima que fosse, ainda que referido ato viesse acarretar-lhes prejuízos de toda ordem.

Evidencia-se, ainda, que os parágrafos 1º e 2º do artigo 469, com sua redação original, se destinavam a regular, especificamente, a transferência definitiva, enquanto que o disposto no artigo 470, também na sua redação original, em contrapartida, tratava da transferência provisória.

Tinha, assim, o empregador, dupla possibilidade em relação à transferência de empregado. Para implementar a transferência definitiva bastava que o empregado exercesse cargo de confiança ou constasse, no seu contrato de trabalho, condição implícita ou explícita de transferência. Já para transferir provisoriamente o empregado, além de ter de comprovar a necessidade de serviço, lhe era imposto um pagamento suplementar, nunca inferior 25%, do salário que o empregado transferido percebia anteriormente, enquanto perdurasse a transferência.

Nas duas espécies de transferência, o ônus de suportar as despesas decorrentes do traslado eram do empregador.

O pagamento suplementar previsto na norma legal trata-se de adicional salarial, devido enquanto perdurar a condição, no caso a transferência provisória, razão pela qual não se incorpora definitivamente ao contrato de trabalho.

A redação original do artigo 469, em especial do seu parágrafo 1º - transferência definitiva -, favorecia a fraude e subvertia a relação contratual. Primeiro porque o conceito atribuído ao empregado no exercício de cargo de confiança era interpretado de forma ampla e irrestrita a fim de permitir o enquadramento no permissivo legal. Segundo porque a cláusula que estipulava a possibilidade da transferência passou a ser obrigatória e expressa em todo e qual-

quer contrato de trabalho, nos moldes de contrato de adesão, sem qualquer poder de barganha ou de resistência por parte do empregado para que referida disposição contratual dele não constasse.

Diante dos aspectos acima apontados toda e qualquer transferência restava, em tese, amparada pela norma do parágrafo 1º do artigo 469 da CLT, em redação originária. Conseqüentemente a regra contida no artigo 470 passou a não ter qualquer valia, assim como a da intransferibilidade contida no *caput* do artigo 469.

Tais fatos foram levados a conhecimento dos legisladores, sendo que no ano de 1967, o Deputado Federal Francisco Amaral apresentou o Projeto de Lei nº. 50, que foi publicado no Diário do Congresso Nacional de 06 de abril de 1967, com ampla justificativa, pelo qual foi proposta nova redação ao artigo 469 e seus parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho, com o nítido objetivo de torná-lo harmônico com os princípios informadores do Direito do Trabalho, em especial o da proteção.

Da justificativa apresentada pelo ilustre deputado federal destacamos alguns aspectos, pela sua relevância:

O artigo 469, da Consolidação das Leis do Trabalho, em seu *caput* consagra uma regra geral sadia: veda a transferência dos empregados para localidade diversa da que resultar do contrato. Não considera transferência a que não acarretar, necessariamente, a mudança de domicílio. Entretanto, a jurisprudência já vem entendendo, pacificamente, que se deve entender nessa referência a domicílio, o propósito de ressalvar a residência do empregado e não propriamente o domicílio.

[...]

Entretanto, o § 1º do mesmo artigo nº. 469, é uma porta aberta para a fraude. Diz ele que não estão compreendidos na proibição "os empregados que exerçam cargos de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita a "transferência".

[...]

O problema, surge porém, no caso dos "contratos que tenham como condição implícita ou explícita a transferência". A rigor, nenhum contrato teria essa condição, pois nenhum empregado ao ajustar seus serviços pretenderá sujeitar-se a uma tal instabilidade quanto ao local da prestação dos serviços, sujeitando-se, daí por diante, ao arbítrio exclusivo do empregador, a remoções.

E de se reconhecer, entretanto, que algumas profissões impõem a remoção para que o empregado possa fazer carreira.

[...]

A jurisprudência, entretanto, vem emprestando grande elasticidade a esse dispositivo.

[...]

A amplitude da permissão, pelo menos como vem sendo entendido, dá margens a abusos de certos empregadores ou de intermediários entre estes e os trabalhadores. Remoções são feitas quando o empregador quer forçar o empregado a se demitir sem que exista um motivo realmente sério – Meras antipatias pessoais de gerentes. Chefes de pessoal, até mesmo de chefes de serviço, não raro causam grandes transtornos a bons trabalhadores, casados, chefes de numerosas famílias, ou estudantes, que são eles obrigados a deixar o emprego.

O projeto que ora apresentamos visa coibir esses abusos, bem como outro, ainda mais comum, qual o de inserirem os empregadores em contratos, puramente de adesão, porque impressos, mimeografados ou datilografados apenas a assinatura do empregado, a cláusula expressa de transferência, prática essa que a rigor torna de nenhum efeito o *caput* do artigo 469.¹⁵

O projeto de Lei em questão permaneceu na Câmara dos Deputados até ao ano de 1974, oportunidade em que foi encaminhado ao Senado Federal, onde tramitou sob o n.º. 81/74, sendo relator o Senador Guido Mondim.

Referido projeto gerou a Lei 6.203, de 17/4/1975, que, além de introduzir o parágrafo 3º no artigo 469, alterou a redação do seu parágrafo 1º, modificou o disposto no artigo 470, e incluiu o item IX no artigo 659, todos da CLT.

Registre-se que as modificações produzidas pela Lei 6.203/75 não contemplaram todas aquelas constantes do Projeto encaminhado pelo Deputado Federal Francisco Amaral. Embora isso, o seu objetivo primordial foi mantido, qual seja, o de evitar o uso da transferência de empregados de forma abusiva como então ocorria.

Antes da edição da Lei 6.203/75, em razão de inúmeras reclamações trabalhistas que versavam sobre a questão – alegação de transferências abusivas -, a matéria foi objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho, tendo a jurisprudência se cristalizado nos termos da Súmula de n.º. 43 do TST: “Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço” (RA 41/1973, DJ 14.6.1973).

A alteração introduzida pela Lei 6203/75, a toda evidência, além de contemplar a jurisprudência firmada, tornou as normas relativas a transferência do empregado mais consentâneas e harmônicas com os princípios basilares do Direito do Trabalho.

Vejamos como ficou a nova redação destes artigos:

¹⁵ Brasília. Diário do Congresso Nacional, 6 abr. 1967. Seção I, Suplemento. p.7.

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.

§ 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.

Art. 470 - As despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador.

Nenhuma polêmica gerou o fato do parágrafo único do artigo 470 passar a ser o seu *caput*, uma vez que a alteração foi oportuna e pacificou discussão até então existente de que as despesas decorrentes da transferência somente seriam suportadas pelo empregador quando está aosse provisória. Da forma como ficou redigido o artigo, não há margem a qualquer outra interpretação que não seja a de que, em havendo transferência do empregado, quer seja ela provisória ou definitiva, é ônus do empregador suportar as despesas dela decorrentes.

Apesar disso, a nova redação do artigo 469 e seus parágrafos fez surgir enorme celeuma na esfera jurídica, em especial quanto a sua interpretação, uma vez que o *caput* do artigo 470, que disciplinava a transferência provisória e previa o suplemento salarial – adicional de transferência -, foi transformado no parágrafo 3º do artigo 469. Assim sendo, a transferência definitiva e a provisória passaram a ser reguladas pelo mesmo dispositivo legal, qual seja: artigo 469 e seus parágrafos.

Quanto à interpretação que deve ser dada em relação ao contido no parágrafo 3º do artigo 469 da CLT, valioso é o alerta de Camino, o qual, pela forma didática que foi feito, destacamos:

No que respeita ao atual § 3º do artigo 469 (anteriormente, *caput* do artigo 470), a inadvertência do legislador poderá causar séria distorção do instituto ali regulado.

Com efeito, mantendo-se, no § 3º do artigo 469, a mesma redação do enunciado principal do artigo 470, no qual ressalvadas da transferência provisória as restrições do artigo anterior (que, obviamente, antes da alteração legislativa, era o artigo 469 na redação limitada ao *caput* e aos §§ 1º e 2º), a atual leitura do § 3º do artigo 469 parece sugerir que o empregador poderá determinar a transferência provisória do empregado *não obstante as restrições do artigo anterior*, ou seja, o artigo 468. Tal implicaria desmembrar a transferência provisória do regime geral das transferências estabelecido no artigo 469 e colocá-la no campo de atração do artigo 468, que trata de alteração bilateral do contrato de trabalho.

Um juízo de razoabilidade, conjugado com a interpretação histórica da CLT, leva-nos ao estabelecimento de uma leitura compreensiva, adequada ao sistema de proteção do contrato de trabalho, consubstanciado nos três artigos integrantes do Capítulo IV do Título IV – Da Alteração.

Tal pressupõe “ler” o atual § 3º do art. 469 (antigo *caput* do art. 470), da seguinte forma:

“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 caput e §§ 1º e 2º deste artigo, ...*”

Que restrições são essas?

- a vedação da transferência sem anuência do empregado, ou
- a vedação de transferência sem cláusula expressa ou tácita que a autorize.¹⁶

O acréscimo da locução “quando esta decorra de real necessidade de serviço” na parte final do parágrafo 1º do artigo 469, contemplou o posicionamento já pacificado na jurisprudência, de que na ausência de referida condição presumia-se abusiva a transferência.

A partir de então, tem-se como regra geral que o empregador somente poderá transferir o empregado para localidade diversa daquela contratada para prestação de serviços mediante a comprovação “de necessidade de serviço”, no caso de transferência provisória e de “real necessidade de serviço” no caso de transferência definitiva.

Catarino, neste ponto, critica o legislador aduzindo: “Pelo visto, segundo a Lei nº. 6.203/75, para *remoção bilateral*, exige-se “real necessidade de serviço”, e para a unilateral, apenas “necessidade de serviço”, quando deveria ser o inverso.”¹⁷

¹⁶ CAMINO, Carmen, 2004, p.452-3.

¹⁷ CATARINO, José Martins, 1982. p.162.

Enquanto que na transferência provisória a única exigência para sua licitude é a necessidade transitória de serviço, a transferência definitiva exige a observância da regra geral antes mencionada e, ainda, que o empregado transferido exerça cargo de confiança ou em cujo contrato conste como condição, implícita ou explícita, a transferência.

A presença da real necessidade de serviço ou necessidade de serviço serão, obrigatoriamente, auferidas mediante prova a ser produzida pelas partes, quando questionada a licitude da transferência pelo empregado. Não diz a lei o que seja real necessidade de serviço ou necessidade de serviço. É certo, contudo, que a real necessidade de serviço exige para sua configuração prova mais robusta do que aquela que se destina a comprovar a necessidade de serviço.

Carrion explicita:

Necessidade de serviço entenda-se a impossibilidade de a empresa desenvolver a atividade a contento, sem o concurso do empregado que transfere. É o que a doutrina incide: não haver no local profissional habilitado (Sussekind, Comentários); que o serviço não possa ser executado por outro empregado (Magano, Lineamentos); haverá que avaliar a diferença de dificuldades em utilizar o empregado que vai ser transferido e as dificuldades em se encontrar um novo; balance-se este fator de importunação que causará ao empregado que se pretende transferir. Necessidade é superior a mera conveniência; não chega aos requisitos que fundamentam a força maior ou os prejuízos manifestos a outros institutos. Real necessidade. Não no sentido de verdadeiro, que para isso o adjetivo seria inútil aqui; mas no sentido de que a necessidade para transferência definitiva (§ 1º) tenha de ser objetiva, palpável, superior a simples necessidade de transferência provisória (§ 3º). A maior qualificação do empregado é fator que sempre pesou para se considerar justificada a mudança.¹⁸

Portanto, toda transferência de empregado que não decorra, obrigatoriamente, de necessidade de serviço ou real necessidade de serviço será abusiva.

Neste aspecto, com o intuito de evitar a transferência abusiva do empregado, a Lei 6.203/75, mediante a inclusão do item IX, no artigo 659 da CLT, constituiu para o empregado instrumento que lhe possibilita utilizar o *jus resistentiae*, mediante a concessão de competência ao Juiz do Trabalho para, liminarmente, sustar a efe-

¹⁸ CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 29.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p.334.

tivação da transferência disciplinada nos parágrafos do artigo 469 - definitiva ou provisória - até a decisão final do processo.

4 Adicional de transferência. Incidência

Anteriormente à edição da Lei 6.203/75, que deu nova redação aos artigos 469, parágrafos e 470 da CLT, a questão de quando e a quem ser devido o adicional de transferência apresentava-se de forma pacífica.

Os empregados enquadrados nas situações previstas no parágrafo 1º do artigo 469, estavam sujeitos a transferência definitiva, independentemente da real necessidade de serviço, sem qualquer possibilidade de resistência e sem direito a perceber o suplemento salarial – adicional de transferência. O empregador, neste caso, suportava, tão-só os ônus das despesas decorrentes da transferência.

Na transferência provisória, que era prevista no “*caput*” do artigo 470 da CLT, que se dava mediante a demonstração da necessidade de serviço, exceto em relação aos empregados que se enquadravam no parágrafo 1º, todos os demais a ela estavam sujeitos, devendo o empregador, neste caso, além de arcar com as despesas dela decorrentes, pagar ao empregado suplemento salarial de, no mínimo, 25% do salário recebido na localidade anterior, enquanto perdurar a situação.

Contudo, referida situação deixou de ser pacífica, em especial no que se refere a ser devido ou não o adicional nos casos de transferência definitiva, bem como se os empregados que atendessem às condições do parágrafo 1º do artigo 469 da CLT teriam direito a perceber o adicional, uma vez que o *caput* do artigo 470 da CLT transformou-se, literalmente, no parágrafo 3º do artigo 469, ou seja, este artigo e seus parágrafos passaram a reger a transferência de empregados, definitiva ou provisória.

A linha doutrinária que defende ser devido o adicional independentemente da transferência ser provisória ou definitiva, pondera que o texto legal não exclui o pagamento do adicional no caso de transferência definitiva, interpretação que vai de encontro ao seu próprio objetivo, que visa auxiliar o empregado a suportar as despesas não só da troca de residência, mas a compensar todos os demais transtornos familiares. Ademais, a natureza da transferência em nada afetaria o ônus do empregador de suportar o adicional, mas sim se relaciona com o grau de resistência que o empregado poderá ter para obstar a transferência imposta.

Nesse sentido decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA – A lei não faz distinção entre a transferência provisória e a definitiva para efeitos de recebimento do respectivo adicional. O fato gerador do direito ao adicional de transferência é a simples transferência para local diverso do da contratação, com alteração de domicílio. A existência de previsão contratual e o fato da transferência decorrer de necessidade de serviço só significam que o empregado pode ser unilateralmente transferido, sem ser necessária a sua concordância. Recurso adesivo a que se dá provimento para acrescer à condenação o pagamento do adicional de transferência previsto no § 3º do art. 469 da CLT. (TRT 4ª R. – RO 01280.2000.661.04.00.9 – 1ª T. – Rel. Juíza Ione Salin Gonçalves – DOERS 09.09.2004).¹⁹

Um segunda corrente defende que o adicional somente é devido ao empregado quando a transferência for provisória, nos moldes previstos no artigo 469, parágrafo 3º, da CLT sendo que o adicional previsto neste parágrafo deve restringir-se à situação nele prevista, não podendo ser estendido àqueles empregados que se enquadram na hipótese do parágrafo 1º do citado artigo, por se tratarem de situações distintas.

Nesse sentido decisão proferida pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

TRANSFERÊNCIA – ADICIONAL – CARGO DE CONFIANÇA – O empregado que exerce cargo de confiança sujeita-se à cláusula de transferibilidade, não fazendo jus ao adicional de transferência, a teor do que dispõe o artigo 469, § 1º, da CLT. (TRT 2ª R. – Proc. 02970235301 – Ac. 02980265947 – 8ª T. – Rel. Juiz Raimundo Cerqueira – DOESP 02.06.1998).²⁰

Por fim, há os que sustentam que o adicional é devido também àqueles empregados enquadrados no parágrafo 1º, do artigo 469 da CLT, quando a sua transferência for provisória. Estes entendem que o fator preponderante para auferir se é devido ou não o adicional é a natureza da transferência: se provisória será ele devido; se definitiva, não é cabível.

A jurisprudência veio a acolher esta última corrente, consoante os termos em que lavrada a Orientação Jurisprudencial de nº 113 da Seção de Dissídios Individuais I do TST:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA. DEVIDO. DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PRO-

¹⁹ SÍNTESE TRABALHISTA. Porto Alegre: Síntese, n. 185, nov. 2004. Mensal. p.82.

²⁰ SÍNTESE TRABALHISTA. Porto Alegre: Síntese, n. 115, jan. 1999. Mensal. p.91.

VISÓRIA. O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória. (Inserida em 20.11.1997)

Em suma, hoje a regra é que todo o empregado, exercente de cargo de confiança (art. 62, II, da CLT) ou não, que for transferido nos moldes do artigo 469, parágrafos 1º e 3º, desde que provisoriamente, terá direito a percepção do adicional de transferência.

Contudo, referido Precedente Jurisprudencial nos traz grande dificuldade quando se examina a questão de forma prática, no tocante a definir o que seja transferência provisória. Isto porque o legislador não definiu o que se considera transferência provisória e nem estipulou qualquer prazo para sua configuração.

Diante dessa omissão, qual a melhor forma para estabelecer se a transferência é provisória ou definitiva?

A doutrina e a jurisprudência tem-se utilizado de alguns critérios, dentre eles o tempo que perdurar a transferência e o *animus* das partes no momento em que ela é efetivada.

Delgado²¹ sustenta que é melhor utilizar um critério transparente e objetivo. Quando a transferência efetivada não mais puder ser questionada quanto ao modo, conteúdo e validade, ou seja, tenha ela sido produzida já no período prescrito do contrato, deve ser entendida como definitiva, caso contrário, será provisória.

Em sentido mais restrito, registra Barros²², que deve ser aplicado, por analogia, o contido no artigo 478, parágrafo 1º, da CLT, e considerar transferência provisória a que dure até um ano, diante do fato de que o primeiro ano do contrato é considerado período de experiência.

Este posicionamento é encontrado na jurisprudência:

ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA – Devido apenas quando ocorre a transferência em caráter provisório. O adicional de transferência, no percentual de 25% dos salários do empregado, previsto no § 3º, do art. 469, da CLT, somente é devido em se tratando de transferência provisória, e não definitiva. Inteligência da OJ 113 da SDI-1/TST. Embora o legislador não tenha definido o que se considera transferência provisória, também não fixando o prazo de sua duração, a doutrina e jurisprudên-

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. A transferência obreira no Brasil: regras e efeitos jurídicos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 66. n. 1, p.151-9, jan.-mar. 2000. p.156.

²² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p.811.

cia têm lançado mão da analogia para considerar provisória a transferência que dure até um ano, com fundamento no § 1º, do art. 478, da CLT. In casu, o autor prestou serviços, na localidade para onde foi transferido, por aproximadamente 19 meses, o que faz incidir o entendimento de que a transferência se deu de modo definitivo, e não provisório. (TRT 3ª R. – RO 01663.2002.112.03.00.3 – 5ª T. – Relª Juíza Maria Cristina Diniz Caixeta – DJMG 11.10.2003).²³

O tempo de duração da transferência, embora possa se constituir em critério objetivo, na maioria dos casos não se apresenta como a melhor solução. Isso porque, uma transferência que durar 30 dias pode ter idêntica natureza de uma que durar 2 anos, quando ela estiver vinculada a uma necessidade provisória e eventual da empresa. O porte e a atividade da organização empresarial são fatores que, direta ou indiretamente, auxiliam na verificação quanto à natureza da transferência.

Não há, pois, critério objetivo que nos permita, com segurança, definir se uma transferência é provisória ou definitiva, o que nos leva, obrigatoriamente, a examinar caso a caso, considerando todas as circunstâncias que de alguma forma contribuíram para a transferência do empregado.

Diante disso, torna-se indispensável a busca, pelos meios de prova disponíveis, caso a caso, de qual foi o *animus* em que se deu a transferência.

Quando o empregado tem pleno conhecimento que “vai para voltar ao posto de trabalho de origem, do qual não se desvincula”²⁴ a transferência é de caráter provisório, e quando o deslocamento é ordenado pela empresa e recebido com a certeza de que a prestação dos serviços se dará, no novo local de trabalho, sem previsão de retorno, resta evidente que a transferência é definitiva.²⁵

O Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento proferido pela 3ª Turma, acórdão de lavra da Exma. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, deixa evidente que se deve considerar, de forma preponderante, o elemento subjetivo - *animus* – que esteve presente à época da transferência para que se possa definir, com maior certeza, qual foi o efetivo caráter em que ela foi efetivada: provisória ou definitiva.

RECURSO DE REVISTA. TRANSFERÊNCIA. CARÁTER PROVISÓRIO Na falta de outros elementos de prova, o fato de a transferência perdurar por dilatado espaço

²³ SÍNTESE TRABALHISTA. Porto Alegre: Síntese, n. 176, fev. 2004. Mensal. p.76.

²⁴ CAMINO, Carmen, 2004. p.453.

²⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo, 1992. p.107.

de tempo, tem sido entendido como forte indicador da definitividade da operação. Essa presunção não é, contudo, absoluta, podendo ser elidida por outras provas, que atestem a ausência de ânimo definitivo na mudança de localidade. Essa é precisamente a hipótese dos autos em que o Tribunal Regional noticia um pacto para o retorno do Autor a São Paulo. Dessarte, pactuado o retorno do trabalhador ao local de origem, não há falar em definitividade da transferência. Entendimento diverso demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado nesta instância, ante o óbice da Súmula nº. 126 desta Corte. Recurso de Revista não conhecido. [...]

A natureza da transitoriedade da remoção não pode ser constatada apenas objetivamente, tornando-se imprescindível o *animus* existente à época, ou seja, o liame psicológico entre empregador e empregado, tão bem revelado pela testemunha do autoral. ST-RR 1325/2003-005-06-00.0 – 3ª T. Rel. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, julg. 23/11/2005, publ. DJ 17/02/2006)²⁶

De extrema valia, portanto, que se formalize o ato da transferência, mediante comunicação escrita ao empregado, na qual seja explicitado a que título ela está sendo realizada – definitiva ou provisória -, bem como sejam mencionadas as circunstâncias que à época a geraram.

É certo, contudo, de que nenhum valor terão referidas cautelas, se não restar demonstrada a necessidade de serviço à época da efetivação da transferência, requisito sem o qual não há que se falar em transferência lícita nos termos do artigo 469, parágrafos 1º e 3º, da CLT.

Conclusão

A regra geral quanto à alteração da localidade da prestação de serviços é a intransferibilidade, salvo mútuo consentimento.

A alteração das regras da transferência, introduzidas pela Lei 6.203/75, tornaram o seu regramento harmônico com os princípios norteadores do Direito do Trabalho, principalmente o da proteção do hipossuficiente. A lei institui instrumento de resistência para o empregado obstar a ordem de transferência, mediante a concessão de competência ao Juiz do Trabalho para sustar, liminarmente, a efetivação da transferência.

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista** n. 1325/2003-005-06-00.0, julgado em 23 de novembro de 2005. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Publicado no DJ de 17 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em 01 de março de 2006.

Somente frente à real necessidade de serviço o empregador pode transferir definitivamente, de forma unilateral, os empregados detentores de cargos de confiança, aqui compreendidos aqueles enquadráveis no artigo 62, II, da CLT.

O empregador pode transferir unilateralmente, de forma provisória, por necessidade de serviço, qualquer empregado, mediante o pagamento do adicional de transferência. O único requisito legal exigível para que o empregado, quer exercente de cargo de confiança, ou não, perceba o adicional de transferência, é a provisoriedade desta.

O critério de tempo (duração da transferência) não se presta como pressuposto único para definir a natureza da transferência. O critério preponderante para definir a natureza da transferência é o *animus* com que ela foi efetivada.

Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- BARROS JUNIOR, Cássio Mesquita. **Transferência de empregados: urbanos e rurais**. São Paulo: LTr, 1980.
- BRASIL. Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://planalto.gov.br>. Acesso em 21.02.2005.
- BRASIL. Lei 6203, de 17 de abril de 1976. Dá nova redação aos artigos 469 e seus parágrafos, 470 e 659 da Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 21.02.2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 37. edição. Atualizada até a Emenda Constitucional nº. 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº. 1325/2003-005-06-00.0, julgado em 23 de novembro de 2005. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Publicado no DJ de 17 de fevereiro de 2006. *In*: <http://www.tst.gov.br>. Acesso em 01.03.2006.
- CAMINO, Carmen. **Direito Individual do trabalho**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 29.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CATARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.
- DELGADO, Maurício Godinho. A transferência obreira no Brasil: regras e efeitos jurídicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 66. n. 1, p.151-159, jan./mar. 2000.
- DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Brasília. 6 de abril de 1967. Seção I, Suplemento.

HADDAD, José Eduardo. **Precedentes jurisprudenciais do TST comentados**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 9.ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários aos precedentes normativos e às orientações jurisprudenciais do TST**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROMAR, Carla Tereza Martins. **Alterações do contrato de trabalho: função e local**. São Paulo: LTr, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17. ed. atual. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. 38.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2005.

SÍNTESE TRABALHISTA. Porto Alegre: Síntese nº. 115 jan. 1999, 176 fev. 2004 e 185, nov. 2004. Mensal.

SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. 21.ed. atual. São Paulo: LTr, 2003

_____. **Pareceres sobre direito do trabalho e previdência social**. São Paulo: LTr, 1992. v. 7.