



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

PRESSUPOSTOS DO *IUS VARIANDI*

Mestrado Forense

Aluno: Tiago Miguel Piegas Vale

N.º 142720112

Professor Orientador: António Nunes de Carvalho

Data: 24/03/2022

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

2021/2022

PRESSUPOSTOS DO *IUS VARIANDI*

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa
sob orientação do Professor António Nunes de Carvalho

Mestrado em Direito Forense

Tiago Miguel Piegas Vale

n.º 142720112

Data: 24/03/2022

Agradecimentos

A realização desta dissertação de mestrado contou com o apoio e incentivo de diversas pessoas, que em muito contribuíram para a sua feitura e às quais estou eternamente grato.

À minha família pelo constante apoio, incentivo e principalmente paciência ao longo de todo o meu caminho acadêmico demonstrando um amor incondicional e ajudando-me a superar todos os obstáculos com que me deparei.

Aos meus amigos que me deram força nos momentos mais difíceis que infelizmente enfrentei no decorrer desta dissertação, não apenas através de conselhos, mas também pelo companheirismo e atenção que dispensaram.

Por fim, mas não menos importante, um especial agradecimento ao Professor António Nunes de Carvalho pelas opiniões, críticas e pela constante disponibilidade e interesse demonstrado, esclarecendo todas as dúvidas e problemas que foram surgindo aquando da realização desta dissertação.

Indicações de leitura

Quaisquer referências ao longo desta dissertação ao Código do Trabalho e a artigos desacompanhados da respetiva fonte legislativa, devem ser consideradas como reportando-se ao Código do Trabalho aprovado pela lei 7/2009, de 12 de fevereiro com as sucessivas alterações legislativas.

A bibliografia final contém o conjunto de obras citadas, e encontra-se ordenada alfabeticamente pelos apelidos dos autores, com cada um dos artigos ou monografias destes dispostos pela ordem cronológica da sua publicação.

As decisões judiciais dos tribunais portugueses encontram-se referenciadas através da abreviação *Ac.*, seguida da abreviatura do respetivo tribunal, número do processo e data do acórdão. Em sede de indicação jurisprudencial final, será igualmente indicado o respetivo relator. Todos os acórdãos nacionais foram consultados, salvo indicação em contrário, em www.dgsi.pt.

Abreviaturas

Ac. – Acórdão

CRP – Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de 10/04/1976, na sua versão atualizada pela Lei n.º 1/2005 de 12/08

CC – Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25/11, na sua versão atualizada pela Lei n.º 8/2022, de 10/01

Cit. – Citação

Cit. *Apud.* – Citado em

CT – Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/02, na sua versão atualizada pela Lei n.º 01/2022, de 03/01

Cf. - Confrontar

LCT – Lei do contrato de Trabalho aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49408 de 24/11/1969

n.º - número

p./ pp. – Página(s)

RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

Índice

1. Introdução.....	12
2. O <i>ius Variandi</i> - Caracterização	14
2.1. Fundamento e razão de ser do <i>ius variandi</i>	14
2.2. Polivalência e <i>Ius Variandi</i> – A lei 21/96.....	15
3. Pressupostos do <i>jus variandi</i>	19
3.1. Interesse da empresa	20
3.2. Exercício temporário das funções	27
3.3. Inexistência modificação substancial da posição do trabalhador	32
3.4. Consequências do incumprimento	36
4. O Procedimento do <i>Jus Variandi</i>	37
4.1. Cláusulas de mobilidade funcional	37
4.2. Justificação do <i>ius variandi</i>	42
4.3. Indicação da duração previsível.....	43
4.4. Incumprimento dos trâmites procedimentais	44
4.5. Não diminuição da retribuição.....	49
5. Conclusões	52

1. Introdução

A natureza duradoura do contrato de trabalho e a conseqüente sujeição a vicissitudes que podem ocorrer durante a execução laboral evidenciou a necessidade de um trabalhador dinâmico e móvel, e contribuiu para a impossibilidade de determinar *ab initio* (aquando da contratação) quais as tarefas a desempenhar pelo trabalhador ao longo da relação laboral.

Um exemplo da mobilidade que é agora requerida ao trabalhador é o *ius variandi*. Este instrumento gestionário representa a faculdade de o empregador exigir ao trabalhador funções que não se encontram compreendidas na atividade para a qual foi contratado. Com inspiração no artigo 2103.º do *Codice civile* italiano de 1942, este poder já existia na Lei do Contrato de Trabalho (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49408 que estabeleceu o regime jurídico do contrato individual de trabalho), inclusive previamente ao aparecimento da polivalência funcional.

Estamos perante um poder do empregador que lhe permite flexibilizar a execução da prestação laboral. Mas como o compatibilizar com os direitos dos trabalhadores? Estes claramente contavam exercer as funções correspondentes à atividade para que foram contratados. Assim, essencialmente, cabe-nos questionar a razão de ser deste instrumento.

Após esta análise, focar-nos-emos nos pressupostos do direito de variação. Nesta sede, a jurisprudência não é uniforme, apenas parecendo concordar com o entendimento de que o constante no artigo 120.º n.º1 são pressupostos.

Como tal, abordá-los-emos primeiro, explanando-os e tomando posição sobre as várias querelas existentes.

Atentando no artigo 120.º n.º2 verifica-se que as partes podem alargar ou restringir o âmbito da faculdade de variar a função conferida ao empregador. Todavia, surgem dúvidas quanto aos limites desta liberdade contratual.

Tentaremos desenvolver um tema controverso no nosso ordenamento jurídico acerca da qualificação do disposto no artigo 120.º n.º3. BERNARDO XAVIER¹ foi inovador nesta querela, mas não ofereceu uma resposta concreta. Podemos estar perante pressupostos ou trâmites procedimentais. Esta distinção releva na medida das consequências do seu incumprimento. Sobre esta problemática exploraremos a segunda hipótese, tentando descortinar sobre que invalidade estaremos perante, a possibilidade de aproveitamento desse ato do empregador e a eventual caducidade do direito do trabalhador em alegar esse vício quando dele não reclame passado algum período temporal.

Por fim, igualmente procederemos à qualificação da exigência presente no artigo 120.º n.º4, face à vária jurisprudência dissidente. Não desenvolveremos quer a questão do regime do *ius variandi*, quer os seus efeitos retributivos sobre o trabalhador, pois qualquer um deles justificaria um trabalho autónomo.

Palavras-Chave: *Ius variandi*, Interesse da empresa, transitoriedade das funções, Modificação Substancial, Pressupostos, Tutela do trabalhador, procedimento do *jus variandi*;

¹ BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos laborais na empresa - Ensinar e investigar*, Universidade Católica de Lisboa, 2009;

2. O *ius Variandi* - Caracterização

2.1. Fundamento e razão de ser do *ius variandi*

Uma visão estática da execução da prestação laboral impossibilitaria o empregador de ajustar o trabalho às necessidades sempre variáveis do funcionamento da empresa. Na verdade, todo o trabalho não abrangido pelo objeto do contrato de trabalho, por mais pontual que fosse, implicaria sempre a contratação de novos trabalhadores, apenas para serem afastados logo a seguir.

Atendendo às constantes alterações da realidade empresarial, as empresas por vezes são confrontadas com novos condicionalismos, imprevistos ou circunstâncias temporárias² que requerem uma resposta imediata. Os trabalhadores, nos termos legalmente previstos, sujeitam-se provisoriamente a uma alteração da atividade laboral³, devendo ser “funcionalmente móveis”⁴, permitindo-se ao empregador, verificados determinados pressupostos, variar unilateralmente o trabalho inicialmente contratado com o objetivo de assegurar a eficácia da prestação⁵.

Nestes termos, a razão de ser do *ius variandi* “reside nas necessidades de gestão do empregador, mais precisamente nas necessidades de compatibilizar os imperativos de gestão com as disponibilidades de mão-de-obra”⁶. Ora, se o empregador, deparado com determinado problema de gestão, verifica que a resolução do mesmo não passa pela contratação de novos trabalhadores, poderá exigir do trabalhador a prestação, com carácter temporário, de tarefas não compreendidas na atividade contratada e que com esta

² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2017, p.757

³ Sobre este ponto, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito (...)*, 2017, p.757, refere que o “poder de alterar e a obrigação de exercer uma atividade diversa inserem-se no princípio da mútua colaboração”.

⁴ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*, Coimbra Editora, 2009, cit., p.238; Igualmente, BERNARDO LOBO XAVIER, “A mobilidade funcional e a nova redação do artigo 22.º LCT”, em *RDES*, Ano XXXIX, 1997, nº 1-2-3, p.68, refere com muita clareza que “Sabemos, pois, que a prestação do trabalho é traçada entre espaços de definição / indefinição: o trabalhador não se pode comprometer a tudo, mas também não pode pensar que ficou definitiva e rigidamente estabelecido tudo o que vai fazer.”

⁵ CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade funcional na relação individual de trabalho*, Universidade Católica Editora, 2013, p.71.

⁶ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – situações laborais individuais*, Almedina, 2012, p. 404, menciona dois exemplos, são eles: “o acréscimo ocasional de trabalhadores num sector e a subocupação noutra sector poderão justificar a deslocação temporária de trabalhadores, e a ausência de um trabalhador poderá ditar a necessidade de o fazer substituir, para que continue a ser assegurado o serviço”.

não tenham relação de afinidade ou ligação funcional, desde que não representem uma modificação substancial da sua posição⁷.

Em suma, estamos perante um verdadeiro direito potestativo, uma manifestação unilateral da vontade do empregador em impor uma alteração temporária ao objeto do contrato de trabalho acordado pelas partes em nome dos seus interesses de gestão, permitindo-lhe exigir unilateralmente tarefas não acordadas pelas partes, excepcionando os princípios consagrados nos artigos 406.º n.º1 do Código Civil e 118.º n.º1 CT, princípio da contratualidade e princípio da invariabilidade da prestação contratual⁸, respetivamente.

2.2. Polivalência e *Ius Variandi* – A lei 21/96

A realidade plasmada no artigo 118.º n.º2 descreve o poder do empregador exigir do trabalhador certa prestação no contexto da relação de trabalho entre ambos vigente (prestação essa, afim ou funcionalmente ligada à atividade para que o trabalhador foi contratado).

O artigo 118.º n.º1 garante o cumprimento do princípio da estabilidade do objeto da prestação laboral - defendendo o trabalhador de alterações unilaterais e arbitrárias levadas a cabo pelo empregador às tarefas que foi contratado para desempenhar - ao prever que “o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à atividade para que se encontra contratado”.

Contudo, esta regra não é absoluta, o que se retira da referência “em princípio”. Desta expressão resulta a possibilidade da exigência ao trabalhador de outras tarefas diferentes da atividade para que foi contratado.

De facto, tendo o contrato de trabalho um carácter duradouro e estando intimamente ligado com a realidade empresarial, é-lhe atribuído “a feição de contrato aberto ou incompleto”⁹ e, enquanto tal, o empregador tem o poder de, em cada momento e ao longo

⁷ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade Funcional e estatuto retributivo”, em *RDES*, 2013, nº 1 e 3, p.74

⁸ Sobre este ponto, BERNARDO LOBO XAVIER, “A mobilidade (...)”, 1997, p. 73, entende que quando as partes estabelecem a atividade contratualmente devida, fixando o regime normal da prestação e integrando-se essa atividade numa correspondente categoria, “(...) não pretendem dar à categoria valor definitivo ou de «marco» delimitador dos «terrenos» empresariais. Com a evocação de uma categoria não se afasta a hipótese de variação”.

⁹ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade Funcional”, in *Código do trabalho- A revisão de 2009* (Coord. Pedro Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2011, cit., p.166.

da relação laboral, concretizar a prestação a realizar pelo trabalhador, adequando-a às exigências da empresa face a novas realidades, à luz do seu poder de direção.

Este poder não é ilimitado, devendo ser “parametrizado pelo tipo de funções que o trabalhador se comprometeu a prestar”¹⁰. Na verdade, face ao disposto no artigo 97.º, o exercício do poder de direção e, consequentemente, também o dever de subordinação do trabalhador, encontram-se delimitados pelo disposto no contrato de trabalho ¹¹, permitindo-se, à luz deste poder, a exigência ao trabalhador de funções que este acordou prestar e tarefas afins e funcionalmente ligadas a estas (118.º n.º2).

Em suma, mantendo-se a atividade contratada como quadro de referência para o desenvolvimento da relação laboral, o seu conteúdo e fronteiras evoluem com a própria relação.

Existe um conjunto principal de funções que representa a essencialidade do género do trabalho contratado e que forma um “núcleo duro” desta prestação devida. Necessidades empresariais de mudança ou alterações relativas a técnicas, mercados ou mão de obra podem justificar a variação das exigências do empregador e o desempenho de funções afins ou funcionalmente ligadas a esse núcleo, sendo esta variação expectável para um trabalhador de boa fé face ao carácter duradouro do contrato de trabalho.

Portanto, enquanto que na polivalência (artigo 118.º n.º2) o empregador pode exigir atividades "afins ou funcionalmente ligadas à atividade contratada" (isto é, àquela que o trabalhador efetivamente prometeu) no quadro da gestão ordinária da prestação, pelo contrário, o *ius variandi* opera como solução de recurso, exigida pelo dinamismo da empresa e pela continuidade que caracteriza o vínculo laboral. Como tal, perante a exigência de funções ainda mais afastadas do núcleo contratual (“funções correspondentes à atividade para que se encontra contratado”), mais exigentes serão os requisitos, sendo igualmente necessário o recurso a um procedimento específico para o exercício do poder patronal ¹².

A polivalência funcional foi introduzida no ordenamento jurídico português pelo artigo 6.º da lei 21/ 96, que alterou o artigo 22.º LCT. Previamente a essa alteração o

¹⁰ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p.166.

¹¹ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p.166.

¹² ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2013, p.81

único instrumento de flexibilidade empresarial a que o empregador podia recorrer era o *ius variandi* (artigo 22.º n.º2 e 3 LCT anterior à lei 21/96).

A introdução deste “princípio” resultou de uma ampla discussão na Europa sobre a flexibilidade do trabalhador e do tempo de trabalho.

Esta necessidade de flexibilização teve origem no aumento do desemprego, que contribuiu também para alterações à legislação portuguesa (através da Proposta de Lei nº 14/VII – usualmente denominada como “a lei das 40 horas semanais”).

Com o intuito de compatibilizar a redução do tempo de trabalho (para quarenta horas semanais) com a subida do salário e a defesa do emprego, uma das soluções encontradas foi a introdução do “princípio da polivalência”¹³. Este instrumento surgiu no ordenamento português como forma de evitar os despedimentos¹⁴.

Previamente à discussão na Assembleia da República e à proposta de lei nº 14/VII, já o Acordo de Concertação Social de Curto Prazo de 1996¹⁵ fazia referência a esta figura. Ambos previam que as funções afins ou funcionalmente ligadas integravam o objeto do contrato de trabalho.

No entanto, a redação do artigo 22.º n.º2 e 3 LCT deixa dúvidas acerca dessa integração¹⁶. A polivalência, referindo-se a atividades situadas originalmente fora do objeto do contrato de trabalho (correspondente à categoria do trabalhador), parece depois

¹³ Anterior Ministra para a Qualificação e Emprego, Maria João Rodrigues, no debate da proposta de lei 14/VII na Assembleia da República, Debates Parlamentares - Diário 072, p. 2319 (1996-05-17), disponível em parlamento.pt; Com a mesma visão, o Acordo de Concertação Social de Curto Prazo de 1996, publicado em *RDES*, XXXVIII (1996), n.º 1-4, p.413.

¹⁴ Esta figura não foi isenta de críticas e preocupações. Na verdade, partidos da oposição denominaram esta lei como a “lei do «trabalhador pau para toda a obra»”.

¹⁵ Cfr. Acordo de Concertação Social de Curto Prazo de 1996, publicado em *RDES*, XXXVIII (1996), n.º 1-4, p. 415.

¹⁶ Face a essa dificuldade, alguns setores da doutrina, numa tentativa de destrinçar “*ius variandi*” e polivalência, entenderam este instrumento como correspondendo à “variação normal” da atividade e o *ius variandi* como recurso excecional, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p. 403 (nota 391).

incluí-las no mesmo mediante uma manifestação de vontade da parte do empregador e o cumprimento dos requisitos legais (artigo 22.º n.º 2 e 3 LCT)¹⁷¹⁸.

A Lei 21/96 “parece ter caído na tentação das meras intenções”, movendo-se “provavelmente mais por este (suposto) princípio do que pelas linhas técnico-jurídicas desenhadas naqueles diplomas”¹⁹, não tendo sido corajosa o suficiente para prever a extensão “*ope legis*” do objeto do contrato de trabalho às funções afins ou funcionalmente ligadas.

Assim, o regime da polivalência consagrado não foi tão longe como se pretendia no Acordo de Concertação Social de Curto Prazo em que o objeto do contrato de trabalho era alargado “*ope legis*”, encontrando-se condicionado através da exigência do preenchimento dos pressupostos legais e uma manifestação da vontade do empregador²⁰.

Antes da lei 21/96, e excetuando-se a possibilidade de recurso ao *ius variandi*, encontrava-se vedada ao empregador a atribuição ao trabalhador de funções não compreendidas na sua categoria. A alteração introduzida por esta lei estende os poderes de direção da entidade patronal, permitindo-lhe, através de um ato unilateral, modificar

¹⁷ CATARINA CARVALHO, “O exercício do *ius variandi* no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional”, in *Juris et De Jure-Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa* – Porto, (Coord. Manuel Afonso Vaz, J.A Azeredo Lopes), Coimbra Editora, 1998, pp. 1036-1037. Com a mesma visão, BERNARDO LOBO XAVIER, “A mobilidade (...)”, 1997, pp. 105 e seguintes, que, ao criticar a utilização de “conceitos vazios” de conteúdo jurídico no artigo 22.º da LCT, defende a impossibilidade da sua interpretação exegética sob pena de esvaziamento do conteúdo da polivalência. Sendo a maior maleabilidade na execução da prestação laboral “uma troca” pela diminuição do horário semanal para 40 horas, não se pode deixar de assumir uma intenção de alargamento do poder diretivo do empregador que apenas ocorrerá se se abranger no objeto do contrato de trabalho as funções afins ou funcionalmente ligadas às “funções normais”.

¹⁸ O regime espanhol anterior a 2004 assemelhava-se ao português. Naquele ordenamento jurídico a determinação qualitativa da prestação laboral realiza-se mediante acordo entre trabalhador e empregador (artigo 22.5 *Ley del Estatuto de los Trabajadores*). Esta determinação poderá ser efetuada de forma direta, através de detalhada especificação no contrato de trabalho do conjunto de funções e tarefas que integram a prestação laboral contratualizada, ou indireta, mediante remissão para categoria profissional, constante em convenção coletiva, que corresponda à atividade exigível. Quanto à exigência de atividades fora do pactuado entre as partes, o empregador terá liberdade plena para exigir a realização de prestações dentro do grupo profissional a que o trabalhador pertença, apenas se encontrando limitado pela exigência de qualificação profissional. Todavia, terá liberdade limitada se exigir tarefas fora do grupo profissional ou não pertencente a categorias equivalentes (será o correspondente ao *ius variandi* na legislação portuguesa), apenas o podendo fazer se justificar o recurso a este instrumento e só pelo tempo necessário a colmatar essas necessidades (artigo 39.2 *Ley del Estatuto de los Trabajadores*). Além do mais, os requisitos subjetivos relativos à necessária qualificação do trabalhador, não desvalorização profissional e respeito pela sua dignidade também terão de se verificar. Cfr. MANUEL CARLOS PALOMEQUE, “La modificación de la prestación laboral pactada”, in *VI Congreso Nacional de Derecho do Trabalho*, (coord. Prof. Doutor ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, 2004, pp. 67-68.

¹⁹ ISABEL PARREIRA, “Da polivalência Funcional ao Objeto do Contrato de Trabalho”, in *VI Congreso Nacional de Derecho do trabalho*, (coord. Prof. Doutor ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, 2004, cit., p. 130.

²⁰ CATARINA CARVAHO, “O exercício (...)”, 1998, p. 1037.

as tarefas do trabalhador, que se encontra adstrito a desempenhá-las, desde que preenchidos os pressupostos legais.

O empregador passou a poder ordenar ao trabalhador que realize atividades fora do âmbito do *ius variandi* e ainda que não compreendidas na sua categoria profissional, desde que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas. Esta é a única interpretação útil possível do artigo 22.º da LCT.

Só com a codificação ocorreu o alargamento “*ope legis*” do objeto do contrato de trabalho, deixando a polivalência de ser encarada como um poder extraordinário do empregador e compreendendo-se agora na gestão ordinária da prestação, abrangendo a atividade contratada não apenas as tarefas incluídas na categoria, como as que lhes sejam afins ou funcionalmente ligadas.

3. Pressupostos do *jus variandi*

A jurisprudência não é uniforme quanto ao elenco dos pressupostos. Certos arestos²¹ elencam seis pressupostos, designadamente, a existência de um interesse legítimo do empregador, a transitoriedade da necessidade que determina a modificação, inexistência de modificação substancial da posição do trabalhador, indicação dos motivos que o justificam por reporte ao interesse da empresa, indicação da sua duração e adequação do motivo invocado ao tempo de duração do *ius variandi*²².

Outros apenas consideram existir quatro, abarcando não apenas os constantes no nº1 do artigo 120.º, mas também a exigência de não diminuição da retribuição²³, definindo ainda alguns acórdãos como pressuposto a necessidade de inexistência de convenção em contrário²⁴.

Por fim, nesta panóplia de posições, a Relação do Porto²⁵ decide, em acórdão de 05/11/2012, como sendo pressupostos desta figura o interesse da empresa, a natureza

²¹ Ac. TRP, proc. 276/07.2TTOAZ.P1, de 08/02/2010, e Ac. TRL, proc. 1095/13.2TTLSB.L1-4, de 13/01/2016.

²² A mesma opinião é defendida por BRITO, PEDRO MADEIRA DE, in PEDRO ROMANO MARTINEZ/ LUÍS MIGUEL MONTEIRO/ JOANAVASCONCELOS/ PEDRO MADEIRA DE BRITO/ GUILHERME DRAY/ LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho – Anotado*, Almedina, 2013, p.321.

²³ Ac. STJ, proc. 279/12.5TTPTG.E1.S1, de 01/10/2015 e Ac. TRL, proc. 10206/2005-4, de 18/01/2006.

²⁴ Ac. TRP, proc. 3461/16.2T8AVR.P1 de 05/03/2018.

²⁵ Ac. TRP, proc. 369/11.1TTVNF.P1 de 05/11/2012.

temporária da mudança e a comunicação ao trabalhador da duração dessa alteração de funções.

Torna-se claro nesta análise que o único consenso existente respeita ao artigo 120.º n.º1, não existindo dúvidas que estamos perante pressupostos do *ius variandi*, sem os quais seria ilícita a ordem do empregador.

Todavia os mesmos acarretam problemas interpretativos e querelas doutrinárias que nos cabe explicar e tomar posição.

3.1. Interesse da empresa

Nos termos do artigo 120.º n.º1 o recurso ao *ius variandi* será admissível se corresponder a um interesse da empresa. Esta exigência não se confunde, obviamente, com o interesse egoísta do próprio empregador enquanto pessoa. Podemos reportar-nos a um interesse da empresa considerada como organização portadora de interesses próprios para os quais concorrem o trabalhador e o empregador enquanto titular da organização produtiva²⁶. Desta feita, tem de ser um interesse da organização produtiva (concretizado pelo empregador enquanto seu titular)²⁷, avaliado objetivamente²⁸, apenas se justificando o poder de exigir ao trabalhador funções não compreendidas no objeto do contrato se as exigências da empresa o impuserem²⁹.

Todavia, é o empregador que através de decisões gestionárias concretiza esse interesse, o que dificulta a distinção³⁰.

Segundo PEDRO MADEIRA DE BRITO³¹ é necessário que se verifique um facto que possa colocar em causa a normalidade técnico-produtiva da empresa para que seja lícita a exigência de funções situadas fora do objeto do contrato de trabalho. Todavia, e visto não ser possível atribuir-se um interesse a uma organização (sendo necessário um

²⁶ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.317.

²⁷ Neste sentido PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.318 referindo que “não sendo possível a atribuição de um interesse à organização em si (não é possível um interesse sem titular singular ou coletivo), acaba por se reconduzir as exigências da empresa a um critério típico de valoração do interesse próprio do sujeito que predispôs a organização para alcançar os seus fins”.

²⁸ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p. 405.

²⁹ No mesmo sentido, Ac. TRL, proc. 10206/2005-4 de 18-01-2006, concretizando este pressuposto, defende que “(...) é necessário que o recurso ao *jus variandi* tenha por fundamento um interesse sério e objectivo ligado a ocorrências da própria empresa ou situações de natureza transitória, que não se confunda, portanto, com as meras conveniências pessoais do empregador”.

³⁰ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.318.

³¹ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p. 318.

titular singular ou coletivo), o critério para aferir das exigências da empresa reconduz-se às noções de experiência, tipicidade e normalidade ³².

Já MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³³ refere que, face à dificuldade de distinção entre o interesse do empregador e o da empresa, a falta deste requisito apenas pode ser invocada em casos limite ou para obstar ao exercício deste direito por capricho do empregador ou em moldes de grande arbitrariedade. Com a mesma posição, DIOGO VAZ MARECOS³⁴, defendendo que a ordem de alteração de funções não se pode mostrar infundada ou arbitrária, nem ter o sentido de punição do trabalhador sob pena do empregador incorrer em abuso do direito (artigo 334.º Código Civil, doravante CC).

Como nota ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³⁵, é necessário que o empregador faça um balanço dos vários instrumentos de gestão à sua disposição e opte pelo que considere mais favorável, fundando-se a sua escolha em critérios de racionalidade empresarial, sendo raras as vezes que o *jus variandi* se afigura como única solução.

A nosso ver, o interesse da empresa deve ser avaliado objetivamente, uma vez que se prove a existência de circunstâncias supervenientes ou imprevisíveis que a afetem, compreendendo quer situações de força maior externas à organização empresarial (alterações dos mercados e técnicas, perigos eminentes) suscetíveis de dificultar ou impedir o processo produtivo, quer momentos de necessidade originados no âmbito da própria organização produtiva (falta de trabalhadores, necessidades de conversão técnica, etc.) e não de quaisquer conveniências pessoais do empregador ³⁶.

Assentando num ato de gestão que afeta o trabalhador, o *jus variandi* requer uma fundamentação objetiva, sendo apenas admissíveis reflexões assentes em “critérios gestionários”³⁷ e não meros caprichos ou vontades. Esta fundamentação será suscetível de controlo externo³⁸.

³² Com a mesma opinião, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2009, p.224.

³³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.405.

³⁴ DIOGO VAZ MARECOS, *Código do trabalho comentado*, Almedina, 2020, p. 319.

³⁵ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 193; Com a mesma opinião, BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p.182.

³⁶ CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p.79.

³⁷ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, cit., p. 194.

³⁸ Neste sentido ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 194.

Todavia, a medida do controlo jurisdicional do poder de modificar unilateralmente a prestação laboral acarreta múltiplos problemas. Entre partirmos da ideia do empregador enquanto único juiz, o que corresponderia a uma denegação do controlo, e a de o tribunal se substituir, pura e simplesmente ao empresário na tomada de decisão, deve encontrar-se uma posição intermédia³⁹.

É indiscutível a necessidade de verificação dos pressupostos do *ius variandi*, devendo o tribunal aferir da existência dos factos constitutivos deste direito. Desta feita, deve analisar as necessidades que constituem o interesse da empresa e legitimam o empregador a exigir ao trabalhador tarefas fora do objeto do contrato de trabalho⁴⁰.

Para além da verificação dos factos constitutivos do direito, a lei igualmente comete aos tribunais o controlo da execução do esquema procedimental⁴¹.

Deste modo, fica vedado ao julgador a possibilidade de se substituir na “ponderação do empregador na busca da «melhor solução»”⁴². Na apreciação de uma concreta situação em tribunal cabe ao julgador verificar se ocorreu uma perturbação no normal funcionamento da empresa que justifique o recurso a este instituto e se os trâmites foram observados⁴³. Mas já não lhe pertence apreciar se, verificada determinada situação, a opção da entidade empregadora foi a mais acertada na perspetiva de uma correta gestão empresarial. Até porque entendemos o *ius variandi* como mais uma opção do empregador para fazer face a qualquer vicissitude. Este instrumento não é o único capaz de colmatar necessidades empresariais, podendo o empregador entender que o mais correto será recorrer a outro instituto ou simplesmente não recorrer ao *ius variandi*⁴⁴. São opções gestionárias, assim como políticas, planos e ponderações que cabem ao empresário à luz da sua livre iniciativa económica, estando nós perante uma esfera de atuação isenta de controlo jurisdicional, enquanto discricionariedade técnica de gestão⁴⁵.

³⁹ BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p.171.

⁴⁰ BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p.162.

⁴¹ BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p.162.

⁴² ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, cit., p. 194.

⁴³ BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p.169.

⁴⁴ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p.194.

⁴⁵ BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p.169.

A razão da existência e importância deste controlo cinge-se à tutela dos trabalhadores que podem ser afetados nos seus interesses pela ordem de “variação” de funções.

Em sede judicial, o empregador deve demonstrar o “interesse da empresa” que motivou a variação das funções. Estamos perante um conceito indeterminado, surgindo dificuldades na determinação do grau de prova exigível. Considerando os interesses do trabalhador e tutelando-o contra decisões arbitrárias, desrazoáveis ou irrefletidas, mas também o facto de estarmos perante um conceito indeterminado, cabe-nos tomar, novamente, uma posição intermédia.

Assim, concordando com BERNARDO XAVIER⁴⁶, não pertence ao empregador provar tudo, mas apenas a verificação de uma estrutura de suporte/núcleo consistente em factos capazes de convencer o tribunal, junto com outros elementos, como valorações e prognósticos, do preenchimento do conceito legal e da racionalidade e proporcionalidade da decisão⁴⁷.

Nesta sede coloca-se uma questão relevante. E se a ausência de trabalhadores se dever a uma greve, estaremos perante um facto capaz de colocar em causa a normalidade técnico-produtiva de uma empresa legitimando o recurso ao *ius variandi*?

Esta questão não é completamente aprofundada na doutrina e na jurisprudência sendo, no entanto, da maior importância.

BERNARDO XAVIER⁴⁸ define greve como a abstenção de prestação do trabalho, por um grupo de trabalhadores que perseguem e visam atingir objetivos comuns. Trata-se, pois, de uma retenção do trabalho decidida concertadamente por um grupo (uma associação sindical), para forçar os empregadores a realizar as reivindicações dos trabalhadores⁴⁹.

É inegável que a greve corresponde a um direito fundamental (artigo 57.º CRP), constituindo uma forma de pressão exercida sobre o empregador que visa permitir a

⁴⁶ BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p.184.

⁴⁷ Os interesses na estabilidade contratual do trabalhador, na segurança e continuação do emprego e as suas legítimas expectativas, devem exigir um adequado controlo jurisdicional de forma a evitar decisões arbitrárias e desproporcionadas.

⁴⁸ BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, Rei dos Livros Editora, 2020, p. 153.

⁴⁹ BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual (...)*, 2020, p. 153.

satisfação das reivindicações dos trabalhadores, atingindo-se, assim, um maior equilíbrio na relação laboral. A pressão radica no facto de o empregador se ver privado de mão de obra e poder incumprir obrigações que tenha com terceiros.

Este tema é extremamente sensível, pois não apenas devemos assegurar a eficácia deste direito, como averiguar se existe um interesse da empresa juridicamente atendível que permita o recurso ao *ius variandi*.

Visando alcançar o primeiro desiderato, estabelece o artigo 535.º n.º1 e 2 várias proibições. Deste preceito retira-se que o empregador não pode deslocar trabalhadores de um estabelecimento para outro a fim de aqueles substituírem os grevistas deste, não pode, desde o aviso prévio, contratar novos trabalhadores para fazer face à greve anunciada e não pode contratar empresas para desempenhar as tarefas dos grevistas.

Todavia esta regra não proíbe que o empregador faça adaptações na própria empresa, permitindo que mude trabalhadores de atividades dentro do próprio estabelecimento ou setor⁵⁰. Igualmente não proíbe a substituição do trabalhador quanto ao resultado da sua prestação através da contratação de uma outra empresa que o garanta⁵¹. O que não deve ocorrer é a substituição do trabalhador na atividade efetivamente desempenhada por si⁵².

Poder-se-ia defender que, encontrando-se o empregador sujeito aos prejuízos que decorram do exercício deste direito constitucionalmente consagrado, a defesa da possibilidade do recurso ao *ius variandi* para os colmatar pareceria abusiva⁵³ ou mesmo contraditória. Na verdade, entendendo-se, como se deve, os riscos inerentes à greve

⁵⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito (...)*, 2017, p. 1253.

⁵¹ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p. 1068.

⁵² Esta interpretação resultava do termo “concreta tarefa” existente no artigo 596.º n.º2 CT 2003, onde se pretendia evitar que a efetiva prestação do trabalhador grevista fosse desempenhada por uma empresa contratada especificamente para esse fim. É atendendo a este termo que resulta a interpretação de que não se permitia a substituição do trabalhador grevista na atividade por si efetivamente desempenhada, mas já seria lícita a substituição quanto ao resultado da sua prestação. A alteração deste preceito ocorrida em 2009, foi meramente sub-reptícia e em nada alterou esta interpretação. Assim, nada obsta a que, por exemplo, uma empresa de *catering* cujos trabalhadores estejam em greve, contrate uma outra para fornecer refeições à companhia cliente da primeira. O que não pode fazer é contratar outros trabalhadores para desempenhar essa atividade.

⁵³ Na verdade este foi o entendimento do Supremo Tribunal Constitucional Espanhol, plasmado na Sentença 123/1992, referindo: “a substituição interna, no presente caso, constitui o exercício abusivo de um direito que em princípio pertence ao empregador, o *ius variandi*, uma vez que o seu poder de gestão é utilizado para fins diferentes dos previstos no sistema jurídico, e não como medida objetivamente necessária para o bom funcionamento da empresa, mas para aliviar a pressão produzida pela paragem do trabalho”, disponível em <https://bit.ly/2D84ejD> (tradução feita por nós).

enquanto uma normalidade empresarial, seria um contrassenso que essa mesma situação possa, depois, no âmbito da relação individual de trabalho, ser qualificada como extraordinária de forma a se admitir a extensão do direito de variação a estas situações⁵⁴.

Defensores desta posição referem, além do mais, que apesar de existir um interesse da empresa, este não é sério e objetivo, mas meramente uma tentativa de erradicar o conteúdo do direito dos trabalhadores, pelo que a proibição constante no artigo 535.º deve ser estendida à utilização do poder de variação⁵⁵.

Não entendemos assim.

Esta posição parte de um pressuposto erróneo: que o *ius variandi* é um mecanismo excecional⁵⁶ e que, enquanto tal, não pode ser usado para fazer face aos prejuízos inerentes à greve, entendidos como uma normalidade empresarial.

Considerando que a razão de ser do *ius variandi* reside nas necessidades gestionárias do empregador, estamos perante um mecanismo de gestão (e não excecional), que pode até nem ser o preferido numa determinada situação, apresentando-se como mais uma opção do empregador face às múltiplas que tem ao seu dispor para colmatar situações que coloquem em causa a normalidade técnica ou produtiva da empresa e que, neste caso, não são proibidas pelo artigo 535.º n.º1 e 2. Assim, a defesa da utilização deste instrumento para colmatar de alguma forma os efeitos da greve não é, de todo, contraditória, pois estamos perante uma situação que preenche os requisitos do artigo 120.º, atribuindo ao empregador o poder de variação, sob pena da interpretação extensiva da proibição constante no artigo 535.º violar o seu direito à liberdade de iniciativa e de organização empresarial à luz do artigo 80.º c) da CRP.

Mediante uma circunstância que origina a falta de trabalhadores no âmbito da empresa, afetando a sua normalidade técnico-produtiva, como a greve, verifica-se o preenchimento do “interesse da empresa”, atribuindo ao empregador a faculdade de variar

⁵⁴ FIORELLA LUNARDON, *Trattato di Diritto del lavoro – conflitto, concertazione e partecipazione*, (direto da Mattia Persiani e Franco Carinci), Vol. 3, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 178 cit. *Apud* RAFAEL DE SOUSA VENÂNCIO, *A substituição de grevistas – Da hermenêutica da proibição da substituição de grevistas no âmbito dos conflitos coletivos*, Tese de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, 2019, p. 14, disponível em [RafaelVenancio_Dissertacao.pdf \(ucp.pt\)](#) (tradução nossa), (consultado dia 12/11/2021).

⁵⁵ RAFAEL DE SOUSA VENÂNCIO, *A substituição (...)*, 2019, p.15, disponível em [RafaelVenancio_Dissertacao.pdf \(ucp.pt\)](#) (consultado dia 12/11/2021).

⁵⁶ Com esta visão, CATARINA CARVAHO, “O exercício (...)”, 1998, p. 1038.

as funções do trabalhador. O facto de considerarmos a sujeição do empregador aos riscos inerentes à greve uma normalidade empresarial em nada altera esta visão, porque não estamos perante um mecanismo excecional utilizado para os colmatar, mas um instrumento de gestão para fazer face a eventuais necessidades gestionárias da empresa.

Perante uma determinada situação de greve, tendo em conta o número de trabalhadores não grevistas, o empregador pode utilizá-los noutra atividade recorrendo ao *ius variandi*. Deste modo, relativamente a um trabalhador que desempenha determinada atividade, o empregador, como ele não aderiu à greve, pode colocá-lo a realizar outra função diversa do habitual, desde que a mudança seja transitória e não implique uma alteração substancial da sua posição⁵⁷.

Não é violada a teleologia da proibição constante no artigo 535.º, debelando-se por completo os efeitos da greve, pois os próprios efeitos económicos decorrentes do recurso ao *ius variandi* para a colmatar, não se aproximam dos que seriam atingíveis através da substituição dos trabalhadores grevistas.

A esta adaptação acrescem ainda mais limites de forma a evitar uma utilização abusiva deste instrumento. Concordamos com ROMANO MARTINEZ⁵⁸ e com CARINA DE CARVALHO⁵⁹ ao referirem que, para além do empregador dever preencher os pressupostos do artigo 120.º, igualmente, se encontra impossibilitado de afetar trabalhadores de um estabelecimento ou serviço a realizarem atividades de outro estabelecimento ou serviço, “(...) sob pena de o direito à greve ser totalmente esvaziado e se permitir uma fraude à lei”⁶⁰.

Concluindo, o artigo 535.º não deve ser interpretado extensivamente, podendo o empregador recorrer ao *ius variandi* em situações de greve, desde que os requisitos se encontrem preenchidos e a variação não implique a afetação de um trabalhador de um estabelecimento ou serviço a outro estabelecimento ou serviço⁶¹. É-lhe permitida a

⁵⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito (...)*, 2017, p. 1253.

⁵⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito (...)*, 2017, p. 1254.

⁵⁹ CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p.781.

⁶⁰ CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, cit., p.81.

⁶¹ Pode eventualmente surgir dificuldades em determinar quando é que, numa empresa, as unidades constituem estabelecimentos ou serviços diferentes. Seguindo a esteira de PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito (...)*, 2017, p. 1254, consideramos que se presumem diferentes os estabelecimentos ou serviços que, pelo menos, detenham autonomia económica ou administrativa entre eles. Todavia esta distinção nem sempre é linear, tendo o STJ se pronunciado no acórdão uniformizador de jurisprudência, proc. n.º 00S086, de 30/11/2000 que, “em relação às empresas cuja actividade é a prestação de serviços de segurança privada a terceiros, atenta a especificidade da organização dessas empresas, deve-se entender

organização interna da empresa tendo o poder de fazer adaptações no seu seio face a uma necessidade de gestão objetivamente aferida como a falta de trabalhadores derivada de uma greve.

3.2. Exercício temporário das funções

O requisito da transitoriedade⁶² das funções não compreendidas na atividade inicialmente acordada, previsto no artigo 120.º n.º1, tem em vista evitar que o empregador, através do recurso ao *ius variandi*, modifique o contrato de trabalho sem o acordo do trabalhador (desviando-se do artigo 406.º n.º1 CC)⁶³ e perpetue o exercício de tarefas não “cobertas” pelo objeto do contrato de trabalho.

A transitoriedade deve ser aferida relativamente à necessidade subjacente ao interesse da empresa que se pretende colmatar⁶⁴. De facto, o *ius variandi* é um instrumento de gestão e flexibilização ao serviço do empregador. Todavia, apenas deve ser utilizado para fazer face a situações temporárias na empresa. Assim, não é difícil concluir que, sempre que a afetação do trabalhador às funções adquirir estabilidade e já não representar uma anormalidade em termos de organização do processo produtivo e gestão da prestação do trabalhador, demonstrando-se ser o modo de operação normal da empresa, estamos perante uma violação do requisito da transitoriedade⁶⁵.

Deve existir uma estreita ligação entre o limite temporal ao exercício de funções e a necessidade subjacente ao interesse da empresa. Nestes termos, a partir do momento em que o interesse se torna permanente, deixa de estar verificado este pressuposto⁶⁶, tornando o recurso ao *ius variandi* ilegítimo.

(...) como "estabelecimento" ou "serviço" o local onde, de acordo com a distribuição de serviço organizada pela entidade patronal, estava prevista a apresentação do trabalhador para prestar a sua actividade durante a greve”.

⁶² Com preferência na utilização desta expressão em vez de temporaneidade, Cf. PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.319.

⁶³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, pp. 405- 406.

⁶⁴ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.319; ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 195, menciona que esta correspondência é falível uma vez que o recurso a este instrumento é motivado por parâmetros gestionários. Assim, “(...) tanto pode acontecer que se trate de responder a necessidades transitórias da empresa (v.g. um acréscimo eventual da atividade) como pode simplesmente pretender-se um remédio pontual para aspetos permanentes do funcionamento da organização”.

⁶⁵ Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 195.

⁶⁶ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.319, dá o exemplo da substituição de um trabalhador que se encontra com o seu contrato suspenso. Pode presumir-se a transitoriedade na necessidade da empresa. Todavia, se o trabalhador com direito ao lugar se reformar na pendência da suspensão, deixa

A utilização deste instrumento apenas será legal se o exercício das novas funções de que é incumbido o trabalhador for transitório. A transitoriedade deve ser dada a conhecer ao trabalhador sob pena de se ter como legítima a sua recusa em desempenhar as novas funções.

Discordamos da alteração realizada pelo legislador no Código de 2009 que, ao contrário do que ocorrera na LCT e no Código de 2003 e numa tentativa de concretizar o requisito da temporaneidade, passou a delimitar temporalmente o exercício do *ius variandi* ao estabelecer agora um parâmetro temporal no artigo 120.º n.º3 *in fine*.

O período de exercício do *ius variandi* deve depender do interesse da empresa, podendo em determinados casos a necessidade empresarial justificar a realização de tarefas fora do contrato de trabalho por um período de um ano e noutras casos ultrapassar os dois anos.

A interpretação rígida deste limite temporal de dois anos pode induzir o intérprete em erro levando-o à ideia errónea de que o facto de agora existir uma baliza temporal significa ser esse o padrão normal de duração do *ius variandi*⁶⁷, devendo ser consideradas permanentes todas as modificações que o ultrapassem. Assim, se em determinadas situações essa duração será demasiado elevada, noutras poderá ser demasiado reduzida, ocorrendo a violação deste pressuposto quando o interesse da empresa se torna permanente.

Entende-se o receio do legislador ao pretender evitar a manipulação do regime através da perpetuação do exercício de funções não acordadas pelas partes, resultando numa alteração unilateral do objeto do contrato de trabalho. Todavia, somos da opinião de que a temporaneidade das funções deve ser aferida mediante o interesse da empresa. Findo este, e continuando o trabalhador a exercer funções fora do objeto do contrato de trabalho, o empregador incorre numa contraordenação grave (artigo 120.º n.º7), porque deixam de se verificar os pressupostos do artigo 120.º que legitimavam a exigência dessas tarefas. A tutela do trabalhador é realizada mediante os próprios pressupostos do artigo 120.º n.º1 e o estabelecido no n.º3 e n.º4 do mesmo preceito, devendo o empregador justificar a ordem de alteração e indicar a sua duração previsível.

de haver essa natureza transitória que justifica o *ius variandi*, continuando a existir interesse no desempenho das funções.

⁶⁷ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 196.

Por outro lado, face à falta de clareza quanto à interpretação deste lapso temporal, provocada pela expressão “*não deve*” constante do artigo 120.º n.º3, somos levados a questionar se poderá este prazo ser ultrapassado.

A construção normativa do *jus variandi* aproxima-se bastante do regime da transferência unilateral e da exigência de trabalho suplementar. Para que o empregador possa exigir ao trabalhador a realização da sua atividade à luz destes instrumentos, tem de ser invocado um determinado quadro de fundamentação (o interesse da empresa – artigo 120.º n.º 1 e artigo 194.º n.º 1 alínea b)) – ou uma decisão com base em certas circunstâncias – artigo 227.º n.ºs 1 e 2. Apenas assim pode o empregador exigir ao trabalhador a prestação da sua atividade em termos que, geralmente, lhe estariam vedados (porque se referem a tarefas não compreendidas na atividade contratada, ou realizadas em local diferente do acordado ou desempenhadas num tempo que não estaria na disponibilidade patronal), devendo as variações ser transitórias (artigo 120.º n.º1 e artigo 194.º n.º3)⁶⁸. Ora, esta faculdade é “susceptível de causar danos ao trabalhador”⁶⁹.

Se tivermos em conta o artigo 194.º n.º3 a respeito da modificação do local de trabalho verificamos que “a transferência temporária não pode exceder seis meses, salvo por exigências imperiosas do funcionamento da empresa”. Ora, sem dúvida que o “não pode” goza de maior imperatividade que o “não deve” do artigo 120.º n.º3 e, mesmo assim, a lei abre espaço à existência de exceções, desde que exista fundamento objetivo perante o funcionamento da empresa. Comparando os dois regimes, somos levados a considerar que este período estabelecido em dois anos não é imperativo, valendo como um limite máximo que eventualmente pode ceder face a uma necessidade especialmente premente da empresa, e desde que não sejam lesados interesses atendíveis do trabalhador⁷⁰.

Em sentido diverso, PEDRO MADEIRA DE BRITO⁷¹ e DIOGO VAZ MARECOS⁷² entendem os dois anos como a duração máxima para a afetação temporária do trabalhador a funções que não estão compreendidas na sua atividade, defendendo, como tal, que o trabalhador que esteja mais do que esse período no exercício de funções ao abrigo do *ius variandi* consolida a sua situação quer em termos contratuais, quer em termos de estatuto,

⁶⁸ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 199.

⁶⁹ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, cit., p. 199.

⁷⁰ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 197.

⁷¹ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.319.

⁷² DIOGO VAZ MARECOS, *Código (...)*, 2020, p. 320.

porque já não estamos no exercício temporário de funções (não contendendo, como tal, com o artigo 120.º n.º5 que apenas se refere às “funções temporariamente exercidas”, e resultando, inclusive, da sua interpretação *a contrario*), exceto no caso de se tratar de situações do artigo 119.º⁷³.

Independentemente da posição perfilhada, o que deve ser tido em conta é que o carácter temporário da alteração de funções tem de ser traduzido em factos concretos e objetivamente verificáveis, sendo ainda necessário que dos factos apurados se possa extrair a conclusão que o desempenho de tarefas ao abrigo do *ius variandi* é transitório face aos padrões de funcionamento normal da empresa.

Todavia, para além de não considerarmos como PEDRO MADEIRA DE BRITO, não concordamos, assim como ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO⁷⁴, na forma como o autor coloca a questão suprarreferida, pois neste período temporal pode deixar de existir “interesse da empresa” ou a posição do trabalhador passar a estar substancialmente modificada. Nessas situações deixa de se verificar um pressuposto do poder de variação, sendo que o comportamento do empregador passará a ser sancionado ao abrigo do artigo 120.º n.º 7 e a ordem será ilegítima, desvinculando o trabalhador do seu cumprimento e possibilitando a resolução do contrato com justa causa (artigo 394.º n.º 2 b)).

No caso do desempenho das tarefas não compreendidas na atividade contratada perdurar, não deve o comportamento concludente do trabalhador ser valorado negocialmente como constituindo uma aceitação tácita, face à fragilidade da sua posição⁷⁵. De facto, à luz do artigo 217.º n.º1 CC, a declaração tácita é veiculada através de factos que, em determinado contexto, revelem uma certa vontade de maneira razoavelmente inequívoca, de acordo com a capacidade de entender e diligência de um

⁷³ Com o mesmo entendimento, veja-se, por exemplo, o Ac. TRL, proc. 26157/17.3, de 13/02/2019, que, baseando-se numa interpretação *a contrario sensu* do artigo 120.º n.º 5, refere: “O período máximo em que o trabalhador pode ser sujeito a mobilidade funcional é de dois anos, findo o qual adquire o direito à nova categoria”.

⁷⁴ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 198.

⁷⁵ Como nota CATARINA CARVAHO, “O exercício (...)”, 1998, p.1047, se o trabalhador não acatar a ordem poderá ser despedido por desobediência ilegítima caso a mesma seja considerada lícita pelo tribunal; se a acatar poder-se-á considerar que tacitamente aceitou a modificação do objeto do contrato de trabalho. Assim, o comportamento do trabalhador não deve ser considerado como único indício de concordância, até porque podemos estar perante uma mera resignação. Com a mesma posição ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Das carreiras profissionais no Direito do Trabalho*, UCP Editora, 1990, (dissertação de mestrado não publicada, disponível na biblioteca da U.C.P.), pp. 168 e seguintes;

normal declaratório colocado na posição do trabalhador (236.º CC)⁷⁶. Do comportamento deste é impossível extrair um sentido inequívoco correspondente a uma aceitação, visto que podemos estar perante uma mera resignação.

Porque assim é, não se deve fazer decorrer automaticamente do exercício das funções unilateralmente cometidas ao trabalhador a sua anuência⁷⁷, mesmo que estejamos perante uma promoção. Logo, apenas deve existir alteração da categoria contratual se o trabalhador acordar nesse sentido.

Defendermos o contrário, equivaleria a reconhecer ao empregador um poder de alterar unilateralmente o contrato de trabalho⁷⁸.

A regra nesta matéria deve ser a da consensualidade, significando que todas as modificações da categoria contratual, tanto as ascendentes como as descendentes e as horizontais, exigem o acordo das partes, tornando-se necessário precaver a possibilidade de um pretense exercício do *jus variandi* ser utilizado como expediente para defraudar as regras de classificação⁷⁹.

Da mesma forma, não consideramos que o recurso frequente a este instrumento de gestão durante vários anos, e o exercício repetido e prolongado de funções correspondentes a categoria superior que, no seu cômputo, ultrapasse a baliza de dois anos estabelecida no artigo 120.º n.º3, possa levar à consideração de que o trabalhador deve ser reclassificado por já não estarmos perante funções temporárias.

A duração do *ius variandi* deve estar dependente do fundamento que o legitimou. Logo, não faz sentido um limite temporal rígido à sua aplicação, face à multiplicidade de situações suscetíveis de justificar o recurso a este instrumento. Por outro lado, a lei não estabelece um limite ao número de vezes que o empregador a ele pode recorrer, pelo que, cremos que a empresa pode recorrer ao *ius variandi* sempre que a essa faculdade esteja subjacente a satisfação de um interesse objetivo, transitório, que não implique a

⁷⁶ JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Código Civil Anotado*, Quid Juris Editora, 2019, p. 327.

⁷⁷ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Das carreiras (...)*, 1990, (dissertação de mestrado não publicada, disponível na biblioteca da U.C.P.), p. 171. No entanto o autor, e cremos que acertadamente, nota que quanto mais o exercício destas funções se prolonga, sem qualquer pressão da parte do empregador, menos legitimidade tem o trabalhador de reagir contra a situação mantida. Se o fizer, poderemos estar perante a violação do princípio da boa fé, análise que deverá ser realizada casuisticamente (nota 229).

⁷⁸ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 198.

⁷⁹ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p.198.

modificação substancial da posição do trabalhador e não configure um caso de abuso de direito⁸⁰.

3.3. Inexistência modificação substancial da posição do trabalhador

Como referimos *supra*, a construção normativa do *jus variandi* aproxima-se bastante do regime da transferência unilateral e da exigência de trabalho suplementar.

Ora, igualmente existem semelhanças quanto à defesa do trabalhador. Deste modo, a sua transferência só será legítima quando não lhe acarrete prejuízo sério (artigo 194.º n.º1 alínea b)), o trabalhador pode eximir-se da prestação de trabalho suplementar quando existam motivos atendíveis que o fundamentem⁸¹ e a entidade patronal apenas poderá recorrer *ao ius variandi* quando não implique modificação substancial da posição do trabalhador.

Encontra-se vedado ao empregador mediante o uso do poder consagrado no artigo 120.º n.º1 (artigo 22.º n.º2 LCT) colocar em causa a posição essencial do trabalhador na empresa⁸².

No entanto, estamos perante um conflito de interesses. A entidade patronal pode modificar as funções desempenhadas pelo trabalhador, desde que as novas funções não coloquem em causa a sua “posição”. Esta ponderação de interesses assenta no carácter duradouro do contrato, no princípio da boa fé e nos deveres de cooperação que dele promanam⁸³.

A realização de uma atividade fora do que foi contratualmente estabelecido de forma a satisfazer um interesse da empresa implica para o trabalhador um certo grau de sacrifício. O mesmo não previa realizar essa prestação laboral. A tarefa é-lhe imposta mediante um balanço de interesses e a consideração de que, estabelecendo o contrato de trabalho uma relação duradoura, o empregador pode “variar” temporariamente a

⁸⁰ Com a mesma opinião, Ac. STJ, proc. 04S3159 de 23/05/2005, disponível em [STJ, 23-Fev.-2005 \(Sousa Peixoto\), 04S3159 | blook – a sua biblioteca jurídica online](#).

⁸¹ Tal como o *ius variandi*, estes motivos devem relacionar-se com as necessidades e fundamentos do empregador para recorrer a este instrumento de gestão. Caberá à entidade patronal realizar a ponderação entre as necessidades prementes da empresa e o motivo invocado pelo trabalhador. A atendibilidade do motivo por si invocado depende do balanço realizado pelo empregador, a cujo cabe verificar o preenchimento dos pressupostos que exoneram o trabalhador do dever de obediência à ordem dada. Cf. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Código (...)*, 2013; p. 541; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito (...)*, 2009, p. 380.

⁸² CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p.85.

⁸³ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, pp. 199-200.

prestação do trabalhador de forma a fazer face a vicissitudes que eventualmente surjam. Todavia, nem todos os sacrifícios são exigíveis, existindo, “na parametrização funcional da prestação”⁸⁴, um núcleo de interesses fundamentais do trabalhador que não devem ceder face ao interesse da empresa e depois um outro espaço periférico onde deve ocorrer uma ponderação à luz do princípio da boa fé⁸⁵. O grau de sacrifício imposto não pode deixar de se relacionar com a intensidade da necessidade da empresa. Surge, então, a proibição da modificação substancial da posição do trabalhador enquanto imposição para o exercício do *ius variandi*⁸⁶.

Contudo, “modificação substancial da posição do trabalhador” é um conceito indeterminado que coloca vários problemas de interpretação decorrentes não apenas da expressão “alteração substancial”, que faz apelo a um juízo excessivamente subjetivo do intérprete, como também da dificuldade em diferenciá-lo do requisito da «não desvalorização profissional» do trabalhador⁸⁷.

⁸⁴ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, cit., pp. 199-200.

⁸⁵ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, pp. 199-200.

⁸⁶ Sobre este ponto, CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p. 86-87, considera igualmente ser uma modificação substancial da posição do trabalhador, não apenas a alteração do seu horário, como também a mudança do local de trabalho. Relativamente à primeira, o horário de trabalho corresponde ao período temporal em que o empregador pode exigir ao trabalhador a prestação de trabalho, competindo ao empregador a sua fixação (artigo 212.º CT). “Por seu lado o trabalhador conhecendo o horário, organiza, em torno dele, toda a sua vida pessoal e familiar”. Como tal, e tendo como objetivo proteger o trabalhador, surgiu o artigo 217.º n.º 4, redundando essa proibição numa exigência de respeito do exercício do *ius variandi* pelo horário do trabalhador, sob pena de lhe causar danos que lhe são inexigíveis suportar e estarmos perante uma modificação substancial. O mesmo quanto à alteração do local de trabalho. Apesar do artigo 194.º n.º1 alínea b) e n.º2, entende a autora que o prejuízo do trabalhador vai além das despesas com a deslocação pelo que, “(...) se a variação implicar mudança geográfica prejudicial ao trabalhador, também concluímos que a mesma encerra uma modificação substancial da posição daquele (...)”.

⁸⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.406. “Não desvalorização profissional” implica que o trabalhador não pode ser privado das suas experiências, conhecimentos e aptidões. “A sua tutela filia-se no valor fundamental da dignidade do trabalhador e na inseparabilidade do trabalho relativamente à pessoa que trabalha”, pelo que este pressuposto subjetivo é violado não apenas quando o essencial da sua profissionalidade não é exercido, como também quando as expectativas de aquisição ou desenvolvimento profissional são lesadas. A impossibilidade de modificação substancial tem um conteúdo mais abrangente, tutelando a dignidade do trabalhador ao impedir que lhe sejam cometidas tarefas consideradas vexatórias, mas também considerando o grau de intensidade e penosidade exigido pelas funções precedentes e as atribuídas ao abrigo do *ius variandi*, o reconhecimento social e profissional de ambas e a sua hierarquia na organização empresarial. Assim, enquanto na polivalência apenas se pretende proteger o “património profissional” do trabalhador, visto estarmos perante o exercício de funções abrangidas pelo objeto do contrato de trabalho e, portanto, devidas normalmente pelo trabalhador, no *ius variandi* atendes a vários outros elementos para aferir a substancialidade da modificação, sendo este pressuposto mais abrangente. Definindo “desvalorização profissional”, Cf. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p.187.

Entende MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁸⁸ que, face à variedade das necessidades de gestão que podem fundamentar o recurso ao *jus variandi*, o requisito da proibição da modificação substancial da posição do trabalhador deve ser estruturado mediante a combinação de um critério de afinidade mínima das funções e um critério de estado de necessidade.

Quanto ao primeiro, pode afastar-se a possibilidade de recurso ao *ius variandi* se a função exigida ao trabalhador não tiver nenhuma ligação com a função que este habitualmente exerce⁸⁹. Por sua vez, o critério do estado de necessidade possibilita a ponderação de dois fatores. Por um lado, o interesse objetivo da empresa, que terá de fundamentar o recurso ao *ius variandi*, por outro lado o sacrifício que o trabalhador irá enfrentar em virtude da variação da prestação⁹⁰.

Deste modo, para a autora o interesse objetivo de gestão pode configurar-se como uma situação de necessidade, permitindo a violação do direito do trabalhador à invariabilidade da prestação, face a um interesse superior da empresa em evitar os prejuízos que podem advir se não proceder à variação⁹¹. Assim, “(...) a medida admissível do sacrifício imposto ao trabalhador deve ser proporcional ao prejuízo previsível para o empregador, admitindo-se uma variação mais significativa da função quando a necessidade do empregador seja mais grave ou mais urgente”⁹².

⁸⁸ Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.407.

⁸⁹ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.407, refere que “este critério poderá funcionar no caso de a variação ser feita dentro da mesma categoria vertical no seio da empresa (assim, por exemplo, será descabido solicitar ao jurista que substitua o arquiteto que faltou na elaboração de um projecto que ele tinha em mãos”. Em sentido diverso, veja-se ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 201. O Autor não vê razão para afastar a possibilidade do recurso ao *jus variandi* quando a função exigida pelo empregador não tenha qualquer conexão com a função habitual do trabalhador, desde que o trabalhador seja titular da necessária qualificação e o exercício dessas funções não envolva um sacrifício significativo. Abona a favor desta posição, o facto da própria formação profissional disponibilizada e paga pela entidade patronal poder ter lugar em áreas sem afinidade com a atividade desempenhadas pelo trabalhador (artigo 133.º n.º1), se existir acordo neste sentido. Assim, “(...) tendo o trabalhador recebido formação em certa matéria, sem afinidade com a atividade contratada, e verificando-se um interesse da empresa na sua afetação temporária a tarefas correspondentes a essa formação, podemos assumir, sem mais, que isso comporta para ele um sentido inexigível?”.

⁹⁰ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.407.

⁹¹ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.407.

⁹² MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, cit., p.407, neste quadro, a autora dá um exemplo, considerando, em princípio, vexatório “exigir ao quadro de uma empresa que desempenhe as funções de uma secretária na ausência desta, já era admissível exigir-lhe que, na ausência de todo o secretariado, mande uma correspondência urgente para o correio”.

PEDRO ROMANO MARTINEZ⁹³ caracteriza uma modificação como sendo substancial de acordo com o critério do sacrifício excessivo, entendendo que não podem ser atribuídas ao trabalhador, tarefas mais penosas em termos físicos ou psíquicos ou que se mostrem desprestigiantes face à sua posição hierárquica. Já o mero exercício de uma função de categoria inferior não implica, necessariamente, a existência de uma modificação substancial, pois o trabalhador não pode baixar de categoria, mas, por via do *ius variandi*, deve desempenhar as funções de categoria inferior se os pressupostos desta figura se encontrarem preenchidos, apenas não podendo ser diminuído o seu padrão retributivo⁹⁴.

Quanto a nós, seguimos a senda de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO⁹⁵ e PEDRO MADEIRA DE BRITO⁹⁶, ao entendermos que é necessário, para que se possa preencher o conceito de “modificação substancial”, antes de mais, partir de um elemento essencial: a definição da atividade contratada em termos latos que nos é oferecida pelo artigo 118.º n.º 1 e n.º 2, pois esta definição não apenas parametriza o género e o grau de esforço intrínsecos à execução da prestação, como tem associada uma certa inserção do trabalhador na organização empresarial, um específico perfil profissional e um determinado reconhecimento e inserção social. É através das tarefas exigíveis ao trabalhador que se reflete a sua “posição” e mediante as quais se irá aferir a substancialidade da modificação. Assim, ter-se-á de realizar uma análise comparativa entre ambas as funções.

Na verdade, este entendimento que seguimos não é de todo diferente do critério do estado de necessidade defendido por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, sendo necessário ter por assentes que critérios utilizar para avaliar o grau de sacrifício imposto ao trabalhador em comparação com as necessidades prementes da empresa, de forma a aferir-se a (des)proporcionalidade da exigência de variação das funções.

Defendemos que o julgador, para apreciar se em determinada situação ocorreu ou não modificação substancial da posição do trabalhador, tem que atender a vários parâmetros, entre eles, as funções que eram exercidas pelo trabalhador, as funções que passaram a ser

⁹³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito (...)*, 2017, p.759.

⁹⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito (...)*, 2017, p.760. No entanto importa atentar, como faz igualmente o autor, que, eventualmente, da alteração pode resultar a suspensão de pagamento de complementos salariais, como um subsídio de turno, quando a nova atividade não os pressupõe.

⁹⁵ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 200.

⁹⁶ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.320.

exercidas, os parâmetros de execução da prestação, o grau de intensidade e penosidade exigido pelas funções precedentes e as atribuídas ao abrigo do *ius variandi*, o reconhecimento social e profissional de ambas as funções e a hierarquia das mesmas na organização empresarial de forma a avaliar se correspondem a um sacrifício que não pode razoavelmente ser exigido ao trabalhador ou que, perante o “interesse da empresa” invocado, se deva considerar desproporcionado⁹⁷. Igualmente, nesta ponderação, a própria duração da afetação às novas tarefas releva, pois evidenciará um maior ou menor grau de sacrifício exigível ao trabalhador. Este será tanto maior quanto mais premente sejam as necessidades da empresa.

Assim, nos termos expostos, nota-se a constante interação entre os pressupostos enunciados no artigo 120.º n.º1, os quais podem corresponder diferentes pontos de equilíbrio. Um interesse mais permanente e uma menor duração podem tornar justificado um maior grau de sacrifício para o trabalhador. Já um interesse com intensidade mais diminuta a que esteja associada maior duração reduz o grau de sacrifício que é razoável exigir ao trabalhador⁹⁸.

3.4. Consequências do incumprimento

Os pressupostos necessitam de se encontrar preenchidos para o empregador poder, legitimamente, recorrer ao *ius variandi*.

Assim, deve existir um interesse sério da empresa, avaliado objetivamente à luz de critérios gestonários. A necessidade da empresa deve ser transitória e a variação das funções não deve implicar a modificação substancial da posição do trabalhador.

A ordem de variação da função do trabalhador será considerada legítima somente se observar cumulativamente todos os pressupostos estabelecidos pelo dispositivo legal. Presente a legitimidade da ordem, o trabalhador fica adstrito a cumpri-la. Por outro lado, quando a ordem de alteração proferida desrespeitar qualquer um dos pressupostos, ela será ilegítima, podendo dar ensejo a um comportamento do trabalhador que possa ser caracterizado como desobediência legítima⁹⁹.

⁹⁷ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 200. Com a mesma opinião, BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual (...)*, 2020, p.444.

⁹⁸ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, pp. 200-201.

⁹⁹ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.320.

O trabalhador poderá recusar-se ao desempenho dessas funções (artigo 128.º n.º1 alínea e)) e inclusive resolver o contrato com justa causa (artigo 394.º n.º2 b)) face à violação dos princípios da contratualidade e da invariabilidade da prestação contratual (artigo 406.º CC e 118.º n.º1 CT).

Mas não só.

A violação destes pressupostos, ou o seu não preenchimento consubstanciará num exercício ilícito do *ius variandi*, incorrendo o empregador numa contra-ordenação grave (artigo 120.º n.º7 e 548.º), a que corresponderá uma coima com base na gravidade da contra-ordenação, volume de negócios da empresa e grau de culpa do infrator (artigo 554.º).

4. O Procedimento do *Jus Variandi*

4.1. Cláusulas de mobilidade funcional

Estabelece o artigo 120.º n.º3 que a ordem de alteração deve mencionar, se for caso disso, as cláusulas de mobilidade funcional existentes entre o trabalhador e o empregador (artigo 120.º n.º2).

Atentando no artigo 22.º n.º2 da LCT, podemos verificar que o recurso ao regime do *ius variandi* encontrava-se ainda condicionado pelo requisito da inexistência de estipulação em contrário. Este requisito negativo gerou divergências na doutrina.

De um lado, Autores¹⁰⁰ que entendiam que este requisito tornava o regime do *ius variandi* supletivo, podendo ser objeto de acordo das partes tanto no sentido do seu fortalecimento, alargamento ou da proibição da figura como até mesmo na dispensa de verificação dos seus requisitos.

Do outro lado, os Autores que defendiam que devido ao carácter excecional deste instrumento e ao disposto no artigo 406.º n.º 1 do CC, o artigo 22.º n.º2 LCT continha uma norma de imperatividade mínima, não admitindo modificações em sentido menos favorável ao trabalhador, mas permitindo todas as modificações em sentido mais

¹⁰⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 1991.

favorável ao mesmo, através do fortalecimento dos requisitos legais do *ius variandi* ou da proibição da figura¹⁰¹.

O Código do Trabalho aprovado pela Lei 99/2003 consagrou a primeira posição, possibilitando a modificação em ambos os sentidos (artigo 314.º n.º2), permitindo às partes, por estipulação contratual, a possibilidade de alargar ou restringir a faculdade prevista no n.º 1, o que se mantém no Código de 2009 (artigo 120.º n.º2).

Pôs-se assim fim à interpretação que se vinha fazendo no sentido de que a lei só permitia a restrição e não o alargamento, atento o suposto carácter de excecionalidade do *ius variandi* e o princípio da contratualidade e da invariabilidade da prestação.

Verifica-se, pois, no regime da codificação, que o nosso legislador foi um pouco mais além na mobilidade ao estabelecer cláusulas de mobilidade funcional, agora previstas no artigo 120.º n.º 2. Estamos assim, perante uma “mobilidade contratualizada”¹⁰². No entanto, estas cláusulas devem ter limites, para o trabalhador não ser obrigado a fazer tudo, em qualquer lugar. Estes limites devem ser procurados através da compreensão que usualmente a obrigação do trabalhador subordinado é indeterminada, mas determinável à luz do exercício do poder de direção do empregador (artigo 97.º). Tal significa que este clausulado só será lícito se corresponder a interesses sérios das partes e conter em si um grau de previsibilidade que impeça a indeterminação do objeto do contrato de trabalho sob pena de nulidade (artigo 280.º CC)¹⁰³.

Mais, a admissibilidade sem restrições das chamadas cláusulas de mobilidade funcional constitui um enorme risco de abuso no seu exercício por parte da entidade patronal, especialmente considerando a debilidade negocial do trabalhador na celebração do contrato de trabalho e durante a sua execução.

Face a estes perigos, perguntar-se-á se, com a alteração introduzida pelo Código de 2003, passou a ser possível às partes estipularem o alargamento dos poderes de variação

¹⁰¹ Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.408 “(...) parecendo-nos que a solução contrária teria como consequência o esvaziamento da garantia geral da invariabilidade da prestação, sobretudo pela facilidade com que, em sede de contrato de trabalho, se incluem cláusulas de aceitação de alterações futuras e arbitrárias da função por iniciativa do empregador”.

¹⁰² JOÃO LEAL AMADO, *Contrato (...)*, 2009, cit., p.239.

¹⁰³ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, pp.321-322; CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p.91.

atribuídos ao empregador sem estarem reunidos todos os requisitos previstos no artigo 314.º n.º1 ou mesmo nenhum dos requisitos?

As partes podiam e continuam a poder face à redação do artigo 120.º n.º2 alargar ou restringir o âmbito da faculdade do *jus variandi* desde que não redesenhem o instituto. Assim, concordando com MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁰⁴ e CARINA MOTA¹⁰⁵, o preceito deve ser interpretado restritivamente, não sendo possível a modificação do seu regime jurídico, o que deve obrigar à verificação dos seus pressupostos sempre que o empregador dele se pretenda prevalecer. Por exemplo, se a mobilidade funcional se caracteriza por um exercício temporário, não pode convencionar-se que a entidade patronal pode exigir do trabalhador funções fora do objeto do contrato sem limite de tempo.

Analisados os limites da possibilidade de alargamento, resta agora apurar o alcance da possibilidade conferida às partes de restringir a faculdade concedida ao empregador.

A doutrina divide-se, pois há autores que apontam no sentido de as partes poderem afastar todo o regime¹⁰⁶, outra parte da doutrina¹⁰⁷ exclui a possibilidade do afastamento da figura.

Quanto a nós, considerando o já mencionado *supra*, acompanhamos o pensamento de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹⁰⁸, quando refere que “não é lícita a pura e simples erradicação do *ius variandi*, como não é admitido um alargamento que subverta a ponderação de interesses a que se refere o n.º 1”, devendo-se sempre verificar os pressupostos deste instituto quando o empregador dele se pretenda prevalecer. Podem as partes, no entanto, “concretizar o «interesse da empresa», balizar a duração e redefinir os limites da «modificação substancial da posição do trabalhador»”¹⁰⁹, estipular uma futura

¹⁰⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.409.

¹⁰⁵ CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p.90.

¹⁰⁶ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.322, defende esta posição, e consequentemente critica a opção do legislador, referindo que para a situação em que as partes excluem o *ius variandi* “(...) afigura-se compreensível à luz da igualdade das partes que a consequência seja a caducidade, mas torna-se inexplicável que se as partes excluam o exercício desta faculdade, com a consequente certeza em relação às funções exercidas pelo trabalhador, dois anos depois a mesma caduque”.

¹⁰⁷ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p.195; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.409.

¹⁰⁸ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, cit., p. 202.

¹⁰⁹ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, cit., p. 202.

aceitação pelo trabalhador da variação da atividade, ou que este se compromete, desde logo, a exercer certa função para além da contratada, ao abrigo do *ius variandi*¹¹⁰.

Concluindo, entendemos encontrar-se vedada a simples erradicação da figura do *ius variandi*, possibilitando-se o alargamento da mesma, desde que não se demonstre desmedido ao ponto de a descaracterizar através da modificação do seu regime jurídico.

O acordo que as partes alcancem, se existir, com os limites já explanados, deve constar na ordem de alteração, de forma ao trabalhador poder verificar e avaliar a licitude da exigência dessas tarefas e o preenchimento dos pressupostos com a delimitação acordada por ambas as partes.

O alargamento ou restrição desta faculdade conferida ao empregador não pode redundar na não verificação dos seus pressupostos. Assim, presumindo-se o seu preenchimento, é válida a exigência ao trabalhador de tarefas que se situem no âmbito deste poder, tal como acordado pelas partes. Já a ordem que exceda os limites acordados deve ser considerada nula, mas apenas na parte que viola o estabelecido nas cláusulas.

Esta invalidade é sanada mediante redução da exigência ao âmbito que as partes delinearão no acordo (artigo 292.º CC), visto que este corresponde à sua vontade real, encontrando-se o trabalhador apenas obrigado a cumprir aquilo que acordou, podendo legitimamente desobedecer ao que o exorbite.

A maior inovação no preceito dedicado à mobilidade funcional é a introdução de um limite à vigência das cláusulas de mobilidade, estabelecendo-se que o acordo mediante o qual as partes podem alargar ou restringir a faculdade conferida ao empregador de fazer variar a prestação de trabalho para lá da atividade contratada caduca ao fim de dois anos se não tiver sido aplicado (artigo 120.º n.º2).

Com a fixação de um prazo de caducidade pretende-se obviar que o trabalhador que acorde numa cláusula de mobilidade seja surpreendido com o seu exercício após vários anos em que a cláusula não foi aplicada, criando-lhe a forte convicção de que já não o seria. A caducidade¹¹¹ visa permitir a reavaliação da situação e a aferição da necessidade

¹¹⁰ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p.409.

¹¹¹ Note-se, a caducidade é do acordo e não do direito. Pelo que, seguindo a senda de CARINA MOTA, julgamos que nada obsta a que seja celebrado um outro acordo com o mesmo fim e igual ou diferente amplitude.

ou desnecessidade de novo acordo¹¹², não se devendo sujeitar o trabalhador *ad eternum* à possibilidade de o empregador exercer esse poder. No entanto colocam-se algumas questões.

Como é que se faz caducar pela sua não aplicação uma cláusula de não uso da faculdade prevista no artigo 120.º n.º1? Se as partes acordaram que o empregador não poderia usar esta faculdade, ao não atribuir ao trabalhador qualquer função para além do objeto do contrato de trabalho, a cláusula está em uso, pelo que não caduca. Para a fazer caducar o empregador teria de infringir o acordado¹¹³. Convencionar uma cláusula de restrição parece significar acordar uma cláusula para vigorar durante todo o período de vigência do contrato de trabalho, o que do ponto de vista do trabalhador é-lhe favorável. O prazo de caducidade foi incluído no artigo 120.º n.º2 para proteger o trabalhador, pelo que o seu campo de atuação é o das cláusulas que podem colidir com os seus interesses e direitos: o das cláusulas de alargamento, não fazendo sentido aplicar o artigo 120.º n.º2 *in fine* às cláusulas que restringem o exercício deste poder pelo empregador (realizando-se, como tal, uma interpretação restritiva deste preceito)¹¹⁴.

Se nesses dois anos o empregador aplicar a cláusula acordada (cláusula de alargamento), dúvidas surgem se a caducidade deixa pura e simplesmente de operar, se o acordo deve renovar-se sucessiva e automaticamente por mais dois anos caducando, ou não, conforme a cláusula seja de novo acionada¹¹⁵ ou se deve existir nova manifestação de vontade do trabalhador e do empregador no sentido de o manter¹¹⁶.

Consideramos que, mediante uma interpretação literal, o que consta na lei corresponde à segunda posição¹¹⁷. Todavia este entendimento gera um perigo de manipulação da norma, já que pode tentar o empregador a promover a mobilidade do trabalhador para obviar à caducidade do acordo. Nos casos em que o empregador sistematicamente aplica a cláusula próximo do fim do prazo para que esta não caduque, haverá que apreciar se não se trata de um caso de violação do princípio da boa-fé. Desta

¹¹² JOÃO LEAL AMADO, *Contrato (...)*, 2009, p. 239, demonstra algum receio de que esta baliza temporal, que *prima facie*, protege os direitos dos trabalhadores, produza efeitos perversos estimulando o empregador a ser tentado, quando se estiver a esgotar o prazo de dois anos, a fazer uso desta faculdade apenas para evitar a caducidade.

¹¹³ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.322.

¹¹⁴ BERNARDO LOBO XAVIER, *Manual (...)*, 2020, pp.444-445.

¹¹⁵ CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p. 92.

¹¹⁶ ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA, “Flexibilidade”, in *Código do Trabalho – A revisão de 2009* (Coord. Paulo Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, 2011, pp. 222-223.

¹¹⁷ Posição defendida por CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p. 92.

feita, e para obviar quaisquer abusos, defendemos ser necessário interpretar o preceito como exigindo uma renovação da vontade negocial das partes quanto à manutenção do acordo.

Assim, de “*iure condendo*”, concordamos com ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA¹¹⁸, melhor teria sido estabelecer um prazo de validade e não apenas um prazo de caducidade em caso de não exercício, podendo esta renovação tornar-se um veículo para abusos da parte do empregador que aplicará a cláusula meramente para esta não caducar, podendo vigorar durante toda a duração do contrato, e sem a existência de qualquer outra manifestação de vontade do trabalhador.

4.2. Justificação do *ius variandi*

A mudança de funções deve ser justificada (reforçando os limites impostos ao empregador e atribuindo garantias ao trabalhador da legalidade da ordem) mediante alegação (e prova em sede judicial) de necessidades gestionárias da atividade produtiva, devendo o empregador comunicar a situação aos trabalhadores.

A justificação da ordem constitui, essencialmente, uma indicação dos motivos/fundamentos que levaram a entidade patronal a recorrer ao *ius variandi*. Deve pretender-se uma adequada concretização das razões que subjazem ao recurso a este instrumento gestionário, tendo o empregador o dever de formular com o esforço de completude a sua posição, agindo de boa fé e assegurando a transparência, racionalidade e proporcionalidade da ordem¹¹⁹.

Com a exigência desta formalidade processual visa-se permitir a apreciação judicial dos motivos ou fundamentos justificativos invocados para o recurso ao “*ius variandi*”, assegurando-se ao trabalhador a legalidade da ordem. De facto, como refere DIOGO VAZ MARECOS¹²⁰, na hipótese de um tribunal vir a sindicar a fundamentação aduzida, este encontra-se vinculado aos motivos invocados pelo empregador que determinaram o exercício do *ius variandi*, não sendo de valorizar os que invoque supervenientemente em sede judicial que extrapolem a comunicação realizada.

¹¹⁸ ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA, “Flexibilidade”, 2011, pp. 222-223.

¹¹⁹ BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p. 151.

¹²⁰ DIOGO VAZ MARECOS, *Código (...)*, 2020, p. 320.

A comunicação ao trabalhador de que é encarregue de exercer funções não compreendidas na atividade contratada, juntamente com as formalidades constantes no artigo 120.º n.º3, constitui uma declaração receptícia que carece de ser dada a conhecer ao destinatário, sendo eficaz assim que chega ao seu poder ou dele é conhecida (artigo 224.º CC).

No que respeita à forma da prestação dessas informações, não impõe a lei que revista a forma escrita, embora se entenda que à cautela assim deva acontecer¹²¹.

A mesma opinião é seguida por ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹²², que atribui extrema importância ao facto de a informação dever ser dada por escrito, de maneira a ocorrer uma correta apreensão, quer do circunstancialismo que fundamenta a afetação a novas tarefas, quer a sua duração previsível. O empregador também beneficia deste formalismo, uma vez que a realização da comunicação sem a observação das exigências que a lei determina constitui contraordenação grave, nos termos do artigo 120.º n.º 7, tendo interesse em garantir a possibilidade de provar que cumpriu com o dever que a lei lhe impõe.

4.3. Indicação da duração previsível

Estipula o artigo 120.º n.º3 que o empregador deve indicar a duração previsível da alteração de funções. Estamos perante nova exigência procedimental que, como todas as que constam no n.º3, visam tutelar o trabalhador e “controlar” o poder patronal, no caso, garantindo a transitoriedade da ordem e assegurando a sua consonância temporal com interesse invocado pelo empregador como justificação para a variação das funções.

A não indicação desta duração, não apenas constitui uma contraordenação grave (artigo 120.º n.º7), como ainda acarreta a invalidade da ordem do empregador¹²³, legitimando o seu não acatamento pelo trabalhador.

No entanto, defendemos ser admissível a possibilidade de o empregador aplicar o *ius variandi* para além da duração indicada *ab initio*, mas ainda dentro dos limites legalmente

¹²¹ Este entendimento foi defendido no Ac. STJ, proc. 07S3666, de 22.10.2008, nos termos do qual “A ordem de variação não tinha que ser reduzida a escrito, o que torna dispensável a subscrição do documento. Basta que as partes tenham acordado no seu conteúdo para que o acordo produza os seus efeitos, independentemente de ser assinado por quem quer que seja”.

¹²² ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 204.

¹²³ Questão que desenvolveremos adiante, Cfr. Ponto 4.5.

admissíveis. Efetivamente não é exigido à entidade patronal que indique com toda a certeza a duração das funções ao abrigo do *ius variandi*. Estamos perante uma mera previsão, podendo a indicação estar sujeita a ajustamentos. No entanto, enquanto parte mais frágil na relação laboral, deve-se proteger o trabalhador, garantindo a transparência e respetivo controlo desta nova estimativa, exigindo-se, como tal, que esta nova indicação lhe seja comunicada.

4.4. Incumprimento dos trâmites procedimentais

Se os pressupostos constantes no artigo 120.º n.º1 não se encontrarem preenchidos o empregador não pode recorrer ao “*ius variandi*” e alterar as funções exercidas pelo trabalhador. Estamos perante uma ordem ilícita que atribui ao trabalhador o direito a desobedecê-la.

Dúvidas existem quanto à violação do procedimento constante no artigo 120.º n.º3. Este preceito estabelece obrigações extra exigíveis ao empregador para além dos cânones normais do exercício ordinário do seu poder de gestão, destinadas a proteger os trabalhadores e a permitir-lhes averiguar a licitude da ordem que lhes foi dada¹²⁴. Ou seja, preenchidos os pressupostos o empregador pode exigir ao trabalhador funções fora do objeto do contrato de trabalho, devendo, no entanto, respeitar certos formalismos. O seu incumprimento não implica a perda desse direito ou a ilicitude do seu exercício, apenas invalida a ordem dada pelo empregador (acarreta, portanto, o vício desse ato).

Face ao exposto, cabe-nos determinar se o constante no artigo 120.º n.º3 são pressupostos.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹²⁵ afasta-se das qualificações defendidas pela maioria da doutrina ao defender que a exigência de justificação da ordem não representa qualquer pressuposto, mas sim a formalização do requisito do “*interesse da empresa*”.

Como tal, do que depreendemos ser a interpretação realizada pela autora, não estamos perante qualquer requisito extra, mas uma mera formalidade que, todavia, é necessário cumprir-se, sob pena de não existir “*interesse da empresa*”. Assim, para o cumprimento deste pressuposto, não apenas tem que se verificar um interesse objetivamente

¹²⁴ CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p. 92.

¹²⁵ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p. 406 (nota 394).

identificável da empresa, como ainda precisa de ser comunicado e justificado perante o trabalhador, de forma a este poder garantir a licitude da mudança de funções.

PEDRO MADEIRA DE BRITO¹²⁶ refere que este poder de modificação unilateral da prestação de trabalho fica dependente não só da verificação dos requisitos do n.º1, mas também do artigo 120.º n.º3, ou seja, a indicação dos motivos que justificam o “*ius variandi*”, a sua duração previsível, pressupondo-se ser um interesse transitório, a adequação do motivo invocado ao limite máximo de tempo de duração do “*ius variandi*” e, se for o caso, invocação do acordo previsto no artigo 120.º n.º2, dividindo o autor em requisitos materiais (n.º1) e formais (n.º 2 e 3).

Para PEDRO MADEIRA DE BRITO¹²⁷ destes requisitos “resultam exigências de forma que constituem requisitos de licitude do exercício do «*ius variandi*»”. Logo, para que a ordem de mudança de funções seja lícita e o trabalhador deva cumpri-la é necessário o seu preenchimento. Apesar de não constar no artigo 120.º n.º3, o autor acrescenta o requisito da adequação, justificando-o com o facto de o “*ius variandi*” só ser lícito se a necessidade que determina o recurso a este mecanismo for transitória. Assim, baseando-se este instrumento na existência de um interesse da empresa, o empregador só pode exigir a variação das funções até ao limite de tempo que é exigido pela razão empresarial que determinou o exercício do correspondente poder. Exige-se que se possa extrair, mediante os fundamentos invocados pelo empregador, quer o interesse que motiva a variação, quer o limite máximo pelo qual o trabalhador realiza uma atividade fora do objeto do contrato de trabalho¹²⁸. Em suma, a ordem de variação apenas será lícita se se encontrarem preenchidos cumulativamente os sete requisitos (oito, se existir acordo), ficando o trabalhador adstrito a cumpri-la (artigo 128.º n.º1 alínea e)) e incorrendo em responsabilidade disciplinar se não o fizer (artigo 328.º e seguintes).

Alguma jurisprudência defende esta posição, não fundamentando o porquê de considerar estas formalidades como requisitos, apenas exigindo a sua verificação¹²⁹.

¹²⁶ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.321.

¹²⁷ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, cit., p.320.

¹²⁸ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.320.

¹²⁹ Exemplos dessa jurisprudência são, Ac. TRL, proc. 1095/13.2, de 13/01/2016; Ac. STJ proc. 07S3899 de 06/02/2008; Seguindo a posição de PEDRO MADEIRA DE BRITO, Ac. STJ, proc. 518/14.8, de 16-03-2017, referindo a existência e, no caso, o não preenchimento dos requisitos materiais e procedimentais; e Ac. do TRP, proc. 276/07.2TTOAZ.P1, de 08/02/2010.

ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO discorda desta posição, defendendo que o que consta do artigo 120.º n.º 2 e 3 são condições de exercício do direito e não requisitos formais, pois as próprias consequências do incumprimento destas condições diferem da não verificação dos pressupostos que constam do artigo 120.º n.º1 ao gerarem a invalidade do ato e não a ilicitude do exercício do direito.

BERNARDO XAVIER, pioneiro neste pensamento, considera esta questão muito complicada, referindo que não há solução genérica, devendo a mesma ser procurada no quadro de cada procedimento e à luz dos interesses em causa. Todavia, o autor, refere que, quando atos constitutivos do contrato desrespeitem uma garantia do trabalhador (estabelecida no artigo 129.º), não se podem considerar como envolvendo um regime legal diferente dos atos modificativos, devendo, como tal ser considerados nulos¹³⁰.

Já quanto ao desrespeito pelo procedimento e a inexecução dos seus trâmites a dúvida persiste. Será a ordem nula, anulável, irregular, ineficaz ou dará apenas lugar a uma indemnização a favor do trabalhador ou uma coima ao empregador?

Mais, poderá o ato ser aproveitado através, por exemplo, da caducidade da impugnação, aceitação, sanação ou convalidação?

Na procura de uma resposta, cabe-nos explicar o porquê do artigo 120.º n.º3.

A relação de trabalho é, na sua essência, assimétrica. O empregador tem o poder de ordenar o trabalhador a realizar determinadas tarefas, devendo este obedecer (artigo 97.º e 128.º n.º1 alínea e)), podendo inclusive sancioná-lo, mediante processo disciplinar, caso incumpra ou se recuse à sua realização.

De forma a se assegurar a inexistência de abusos por parte do empregador - possíveis face à própria redação do artigo 120.º n.º1, preenchida de conceitos indeterminados que tornam difícil o seu controlo - e tutelar-se os interesses do trabalhador afetado com a alteração das suas funções, limitou-se o poder empresarial, quer mediante o estabelecimento de limites substantivos ao seu exercício, através de pressupostos constitutivos, quer mediante o estabelecimento de condições para o exercício do seu direito, através do estabelecimento de um procedimento exigível por lei (artigo 120.º n.º3).

¹³⁰ BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p.202.

Como tal, e porque o empregador se encontra emancipado do ónus de obter a concordância do trabalhador, mas com os interesses da parte mais fraca na relação laboral em mente, foi estabelecido o procedimento constante no artigo 120.º n.º3, permitindo-se ao trabalhador controlar os motivos ou fundamentos invocados pelo empregador que, aos seus olhos, legitimam a ordem de “variação das funções”, de forma a serem judicialmente apreciados, garantindo-se, assim, a legalidade da ordem dada¹³¹.

A atuação do empregador que exerce um poder no âmbito da sua discricionariedade gestonária deve ser transparente, tendo o trabalhador de ser informado de forma clara e objetiva dos fundamentos dos atos que o implicam e que possam constituir uma lesão dos seus interesses, os quais serão objeto de verificação judicial.

A lei não estabelece qual a consequência do incumprimento dos trâmites estabelecidos, existindo uma lacuna que necessita de ser integrada.

Inexistindo casos análogos, deve a solução ser construída com base no artigo 10.º CC¹³².

Ora, sendo o recurso ao “*ius variandi*” lícito (presumindo-se o preenchimento dos pressupostos elencados no artigo 120.º n.º1), o vício que afeta a exigência dessas funções não respeita a um desvalor jurídico reportado a um pressuposto intrínseco à estrutura ou formação do ato. O artigo 120.º n.º3 estipula certas formalidades que são necessárias para o exercício do direito pela entidade patronal e, portanto, o seu incumprimento acarreta um desvalor jurídico reportado a elementos ou factos extrínsecos ao ato, não valorativos daquele¹³³.

Este é o critério distintivo entre invalidade (nulidade e anulabilidade) e ineficácia jurídica *stricto sensu*. Referindo expressamente PEDRO PAIS VASCONCELOS¹³⁴ que

¹³¹ CARINA DE CARVALHO MOTA, *A mobilidade (...)*, 2013, p. 92 e, igualmente neste sentido ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p. 203.

¹³² BERNARDO LOBO XAVIER, *Procedimentos (...)*, 2009, p. 206-207, referindo ainda que se deve ressaltar os seguintes pontos: a) A solução deve assegurar a justiça material da situação; b) devem ter-se em conta os princípios gerais relativos ao aproveitamento dos atos e a marcha do procedimento, permitindo-se a sanção de eventuais vícios; c) nem sempre é útil ou vantajoso, até para o trabalhador, que se estipulem efeitos drásticos como a nulidade.

¹³³ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Invalidade, Inexistência e Ineficácia”, in *Católica Law Review*, p.26, disponível em <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/1980/1902> (consultado a 11/01/2022).

¹³⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2015, p. 657.

“(…) a ineficácia pode ter outras causas além da invalidade. Entre elas (…) a falta de formalidades”¹³⁵.

Assim, defendemos que o não preenchimento do artigo 120.º n.º3 gera a ineficácia da ordem do empregador relativamente ao trabalhador. O comportamento do empregador será sancionado ao abrigo artigo 120.º n.º7 e a ordem não produzirá efeitos, desvinculando o trabalhador do seu cumprimento.

Concordando com BERNARDO XAVIER, não achamos, no entanto, despicienda a postura do trabalhador¹³⁶.

Deve-se procurar um equilíbrio na relação laboral, tendo em consideração os interesses e legítimas expectativas de ambas as partes. Se é verdade que é o trabalhador quem se pretende proteger através deste procedimento, também é verdade que não podemos descurar a posição do empregador, não devendo este “poder” do trabalhador de impugnar a ordem e alegar a violação do procedimento, durar *ad eternum* sob pena de acarretar uma enorme insegurança jurídica. Pelo que, quanto mais tempo decorra sem o trabalhador impugnar a ordem e enquanto desempenhar as funções ao abrigo do *ius variandi*, menos legitimidade terá para invocar a sua ineficácia¹³⁷. Na execução do contrato de trabalho devem as partes proceder sempre de boa-fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento dos deveres (artigo 126.º n.º1), residindo aí a razão pela qual deve ser impossibilitado ao trabalhador que originalmente aceitou a alteração (mesmo que tacitamente), posteriormente vir alegar o vício do ato, violando as legítimas expectativas do empregador acerca da sua validade. Fazendo-o estaremos perante um abuso de direito na modalidade de *supressio*, precludindo-se o exercício do direito¹³⁸.

Além do mais, deve ser dada possibilidade ao empregador de sanar o vício através da justificação do interesse que originou a ordem de alteração (artigo 120.º n.º 3 1ª parte), pois os pressupostos presentes no artigo 120.º n.º1 encontram-se preenchidos e, enquanto o estiverem, - existindo um interesse da empresa, temporário, e que não implique uma

¹³⁵ Com a mesma opinião MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II – Parte geral*, Almedina, 2014, p. 913.

¹³⁶ Esta afirmação é dita com as reticências expostas no ponto 3.2.

¹³⁷ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Das carreiras (...)*, 1990, (dissertação de mestrado não publicada, disponível na biblioteca da U.C.P.), p. 171, (nota 229).

¹³⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Do abuso do Direito: estado das questões e perspetivas*”, em portal da ordem dos advogados, disponível em <http://portal.oa.pt> (consultado dia 14/01/2022);

modificação substancial da posição do trabalhador - permitem ao empregador recorrer a este instrumento.

Esta solução não apenas assegura a justiça material da situação, defendendo o trabalhador de um possível uso abusivo deste instrumento ao assegurar a ineficácia da ordem, mas também permite o aproveitamento do ato através da sanção do vício, mediante o cumprimento do dever de fundamentação.

A sanção originará a produção de efeitos da ordem do empregador, com todas as consequências que o incumprimento acarreta.

A lei não determina qual o critério(s) adotado(s) pelo empregador, para definir o trabalhador que deve desempenhar as funções fora do objeto do contrato de trabalho. Ora, apesar da omissão legislativa e de estarmos perante um poder de gestão do empregador, não se nos afigura que a escolha seja cem por cento livre, até porque a total liberdade contém, em si, as sementes da discriminação (pensemos no exemplo de ser sempre o mesmo trabalhador o escolhido para realizar tarefas fora da atividade contratada). Claramente a posição do trabalhador tem de ser protegida, devendo a escolha ser pautada por critérios objetivos e transparentes, fundados numa racionalidade gestonária e não movimentados por um mero capricho ou fins discriminatórios. Deve o empregador exercer essa escolha e conduzir a execução do contrato de trabalho respeitando o princípio da boa-fé (artigo 126.º n.º1), afastando quaisquer atos discriminatórios (artigo 127.º n.º1 alínea a))¹³⁹. Esta exigência decorre do princípio da boa fé que pauta a relação laboral e o exercício dos direitos e obrigações que assistem ambas as partes.

A averiguação da existência de discriminação terá de ser realizada casuisticamente, tendo presentes todos os circunstancialismos inerentes à ordem.

4.5. Não diminuição da retribuição

É unânime na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o *ius variandi* pode envolver a exigência de tarefas a que corresponde um estatuto retributivo inferior, mantendo-se, todavia, o trabalhador no patamar retributivo que detinha anteriormente.

¹³⁹ ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Mobilidade (...)”, 2011, p.167.

Vária jurisprudência¹⁴⁰ defende que esta impossibilidade de diminuição da retribuição constante no artigo 120.º n.º4 é mais um pressuposto do *ius variandi*. Como tal, arguem os tribunais em múltiplos arestos que a exigência de variação das funções do trabalhador não pode implicar uma diminuição da sua retribuição¹⁴¹, sob pena de estarmos perante uma ordem ilícita e, como tal, possível de ser contrariada pelo trabalhador.

De facto, como refere PEDRO MADEIRA DE BRITO¹⁴², para além de não poder ser diminuída a sua retribuição, o trabalhador tem direito à retribuição correspondente às novas funções e a todas as condições de trabalho (de natureza patrimonial ou outras) inerentes ao novo posto de trabalho (artigo 120.º n.º4).

Contrariamente aos múltiplos acórdãos que entendem a não diminuição da retribuição como mais um requisito do “direito de variar”, e ao defendido por si relativamente artigo 120.º n.º3, PEDRO MADEIRA DE BRITO¹⁴³ menciona que esta exigência não constitui um pressuposto do exercício da faculdade de modificar unilateralmente as funções do trabalhador, mas sim uma sua consequência. Assim, uma ordem da entidade empregadora que exija ao trabalhador o desempenho de atividades a que corresponda um valor retributivo menor não é ilegal, pois o exercício dessas funções não implica uma automática diminuição da retribuição.

Com a mesma opinião, na qual nos inserimos, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁴⁴, e DIOGO VAZ MARECOS¹⁴⁵, referindo que o que se pretende é evitar uma alteração *in peiús* relativamente ao padrão retributivo do trabalhador. O artigo 120.º n.º4 não impossibilita o empregador de ordenar ao trabalhador o exercício de tarefas a que correspondam uma retribuição inferior, desde que o seu estatuto retributivo se mantenha inalterado¹⁴⁶, nem implica a ilegalidade do exercício do *ius variandi* quando ao

¹⁴⁰ Cf. Ac. STJ proc. 279/12.5, 01/10/2015, Ac. TRL, proc. 10206/2005-4, de 18/01/2006 e Ac. STJ, proc. 003974, de 19/10/1994.

¹⁴¹ Esta questão acarreta problemas próprios, que não vamos abordar, entre eles, a dúvida de saber se determinados complementos devidos pela prestação de trabalho em determinadas condições, devem ser qualificáveis como retribuição se preencherem os pressupostos constantes no artigo 258.º n.º1 e 2. Assim, se um trabalhador prestar a sua atividade laboral por turnos, ao longo do ano, de forma regular e periódica (preenchendo os requisitos da qualificação como retribuição), estará o empregador obrigado a remunerar o trabalhador, mesmo que este já não o preste, sob pena de violar o disposto no artigo 129.º d) CT?

¹⁴² PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.322.

¹⁴³ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código (...)*, 2013, p.322.

¹⁴⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...)* Parte II (...), 2012, p. 410.

¹⁴⁵ DIOGO VAZ MARECOS, *Código (...)*, 2020, p. 320.

¹⁴⁶ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito (...)*, 2009, p. 227.

trabalhador não é paga uma maior retribuição correspondente às funções temporariamente exercidas, mas, neste último caso, atribui-lhe um crédito salarial¹⁴⁷.

Para mais, no que respeita à exigência de que a “alteração não implique a diminuição da retribuição”, a manutenção do estatuto retributivo já estaria assegurada com base no artigo 129.º n.º1 alínea d), pelo que, mesmo que o artigo 120.º n.º4 não o referisse, estaria sempre vedada essa diminuição. Assim, esta proibição resulta das próprias garantias do trabalhador, previstas para o proteger de eventuais abusos, e não de qualquer singularidade do “*ius variandi*”.

Logo, se o trabalhador desempenhar uma função no âmbito do “*ius variandi*” a que corresponda uma maior retribuição, é esta que lhe deve ser paga enquanto perdurar o exercício de funções fora do objeto do contrato de trabalho. Caso o empregador não proceda ao pagamento da retribuição mais elevada inerente às funções desempenhadas, nem por isso o trabalhador tem direito a desobedecer à ordem de variação. Como refere MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁴⁸, neste caso há incumprimento contratual (artigo 323.º e seguintes), passando o trabalhador a gozar de um crédito salarial em montante resultante da diferença entre o valor que lhe é efetivamente pago e o que lhe deveria ser pago¹⁴⁹.

Assim, por tudo o que foi dito, frisa-se que o exercício do “direito de variação” não afeta a categoria assumida pelo trabalhador, nem tem qualquer reflexo desfavorável sobre o seu estatuto laboral: as condições de trabalho inerentes à categoria que lhe pertence mantêm-se íntegras, apenas podendo melhorar se a função transitória corresponder a uma retribuição melhor ou se mostre, nalgum aspeto, mais favorável.

Já a impossibilidade de diminuição da retribuição não consubstancia um pressuposto do “*ius variandi*”, mas sim uma consequência ou efeito da alteração unilateral das funções do trabalhador (que seria, de qualquer forma, assegurada pelo artigo 129.º n.º1 alínea d)), destinando-se a evitar quaisquer abusos de direito da parte do empregador, alterando unilateralmente o estatuto retributivo de determinada categoria.

¹⁴⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p. 410, referindo estarmos meramente perante um aspeto do regime do *ius variandi*, e não um pressuposto desta figura.

¹⁴⁸ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado (...) Parte II (...)*, 2012, p. 410.

¹⁴⁹ DIOGO VAZ MARECOS, *Código (...)*, 2020, p. 321.

5. Conclusões

O *ius variandi* visa colmatar as necessidades gestionárias do empregador que podem surgir durante a relação laboral, ao permitir que a entidade patronal exija funções que se situam fora do objeto do contrato de trabalho, desviando-se do disposto no artigo 406.º CC e 118.º.

Estas necessidades têm de ser objetivamente verificáveis e requerem uma fundamentação objetiva, assente em critérios de gestão empresarial.

O tribunal, por sua vez, deverá analisar o preenchimento dos pressupostos constitutivos do direito, assim como o cumprimento do procedimento estabelecido no artigo 120.º n.º3, imiscuindo-se na escolha do empregador pela melhor solução.

Sendo um instrumento gestionário, o empregador poder recorrer ao *ius variandi* em situação de greve, constituindo a falta de trabalhadores uma necessidade de gestão objetiva e contando que os restantes pressupostos se encontrem preenchidos. Todavia, dever-se-á sempre respeitar o constante no artigo 535 n.º1 de forma a não se debelar por completo os efeitos da greve.

Visando impedir a perpetuação de tarefas fora do objeto do contrato de trabalho, estabelece o legislador a transitoriedade do exercício do *ius variandi*. A transitoriedade deve relacionar-se com o interesse que subjaz ao exercício deste poder, sendo esta a principal razão da nossa discordância com a baliza temporal de dois anos estabelecida no artigo 120.º n.º3 *in fine* que pode conduzir a interpretações erróneas.

Se neste espaço de tempo deixar de existir interesse da empresa, ou a modificação tornar-se substancial, a conduta do empregador será sancionada à luz do artigo 120.º n.º7 podendo inclusive o trabalhador legitimamente desobedecer à ordem e resolver o contrato com justa causa.

Mais, findo este prazo não deve o trabalhador ser reclassificado unilateralmente, mesmo que continue a desempenhar as funções ao abrigo do *ius variandi*. Não se deve fazer decorrer automaticamente do exercício das funções unilateralmente cometidas ao trabalhador a sua anuência, especialmente atendendo à fragilidade da sua posição. A regra nesta matéria deve ser a consensualidade.

A variação das funções não deve implicar a modificação substancial da posição do trabalhador. A aferição da violação deste pressuposto realiza-se mediante uma ponderação entre o interesse da empresa e o grau de sacrifício imposto com a mudança, atendendo às funções anteriormente desempenhadas pelo trabalhador e as exigidas ao abrigo do *ius variandi*.

Assegurando-se um equilíbrio nas relações laborais e de forma a evitar abusos da parte da entidade patronal, defendemos uma interpretação restritiva do disposto artigo 120.º n.º2, podendo as partes, por acordo, alargar a faculdade de variar as funções ou restringi-la, desde que não desfigurem este instituto ou o erradiquem, devendo os pressupostos do *ius variandi* encontrar-se sempre preenchidos.

A tutela do trabalhador também é alcançada através do dever de justificação do *ius variandi*, indicação da sua duração previsível, assim como da existência de cláusulas de mobilidade e impossibilidade de diminuição da retribuição. O disposto no artigo 120.º n.º3 permite ao trabalhador averiguar acerca da licitude da exigência destas funções.

A jurisprudência não é unânime relativamente à qualificação destas exigências.

Defendemos estar perante uma imposição de deveres ao empregador sem os quais não pode exercer a faculdade de exigir ao trabalhador o desempenho temporário de funções fora do objeto do contrato de trabalho, o que não implica a perda do desse direito ou a ilicitude do seu exercício, apenas o vício da ordem.

Este vício não diz respeito a qualquer requisito ou valor intrínseco ao ato, mas sim extrínseco àquele, pelo que, e de forma a se assegurar a justiça material do caso, deve o ato ser ineficaz, apenas produzindo efeitos a partir do momento em que o empregador cumpre esse procedimento.

Já a exigência de não diminuição da retribuição prevista no artigo 120.º n.º4 representa uma mera consequência da variação das funções que, de qualquer forma, estaria assegurada pelo disposto no artigo 129.º n.º1 alínea d), e visa reforçar a impossibilidade de uma alteração *in pejus* do estatuto retributivo do trabalhador decorrente da alteração das funções.

Bibliografia:

- Acordo de Concertação Social de Curto Prazo de 1996, publicado em *Revista de Direito e Estudos Sociais*, XXXVIII (1996), nº 1-4, pp. 405-425;
- AMADO, João Leal, *Contrato de trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
- BRITO, PEDRO MADEIRA DE, in MARTINEZ, Pedro Romano / MONTEIRO, Luís Miguel/ VASCONCELOS, Joana/ BRITO, Pedro Madeira De/ DRAY, Guilherme/ SILVA, Luís Gonçalves da, *Código do Trabalho – Anotado*, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 316-324;
- CARLOS, Manuel Palomeque, “La modificacion de la prestacion laboral pactada”, in *VI Congreso Nacional de Derecho do Trabalho*, (coord. Prof. Doutor ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 63-75;
- CARVALHO, António Nunes de, *Das carreiras profissionais no Direito do Trabalho*, UCP, Lisboa, 1990, (dissertação de mestrado não publicada, disponível na biblioteca da U.C.P.);
- CARVALHO, António Nunes de, “Mobilidade Funcional”, in *Código do trabalho- A revisão de 2009* (Coord. Pedro Morgado de Carvalho), Coimbra editora, Coimbra, 2011;
- CARVALHO, António Nunes de, “Mobilidade Funcional e estatuto retributivo”, em *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 2013, nº 1 e 3, pp. 49-82;
- CARVALHO, Catarina de Oliveira, “O exercício do *ius variandi* no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional”, in *Juris et De Jure- Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, (Coord. Manuel Afonso Vaz, J.A Azeredo Lopes), Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1031 – 1063;
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil II – Parte geral*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2014;
- FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 14.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009;
- GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado*, Vol. I – Parte Geral, 2.^a edição, Quid Juris Editora, Lisboa, 2019;
- MARECOS, Diogo Vaz, *Código do Trabalho Comentado*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2020;

- MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2017;
- MOREIRA António José, “Flexibilidade”, in *Código do Trabalho – A revisão de 2009* (Coord. Paulo Morgado de Carvalho), Coimbra Editora, Coimbra, 2011;
- MOTA, Carina de Carvalho, *A mobilidade funcional na relação individual de trabalho*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013;
- PARREIRA, Isabel, “Da polivalência Funcional ao Objeto do Contrato de Trabalho”, in *VI Congresso nacional de Direito do trabalho*, (coord. Prof. Doutor ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 2004, pp.123-149;
- RAMALHO, Maria Do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho Parte II – situações laborais individuais*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2015;
- VENÂNCIO, Rafael De Sousa, *A substituição de grevistas – Da hermenêutica da proibição da substituição de grevistas no âmbito dos conflitos coletivos*, Tese de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2019;
- XAVIER, Bernardo Lobo, “A mobilidade funcional e a nova redação do artigo 22º LCT”, em *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XXXIX, 1997, nº 1-2-3, pp. 51-130;
- XAVIER, Bernardo Lobo, *Procedimentos laborais na empresa – Ensinar e investigar*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2009;
- XAVIER Bernardo Lobo, *Manual de Direito do Trabalho*, (colaboração de: MARTINS, Pedro Furtado, CARVALHO, António Nunes de, VASCONCELOS, Joana), 4ª edição, Rei dos Livros Editora, Sintra, 2020;

Bibliografia online:

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, “Invalidade, Inexistência e Ineficácia”, in *Católica Law Review*, Vol. I, n.º2 de Maio de 2017, disponível em <https://revistas.ucp.pt/index.php/catolicalawreview/article/view/1980/1902>;
- CORDEIRO, António Menezes, “Do abuso do Direito: estado das questões e perspectivas”, em portal da ordem dos advogados, disponível em <http://portal.oa.pt>;
- Debates Parlamentares - Diário 072, de (1996-05-17), disponível em parlamento.pt;

Jurisprudência

- **Do Supremo Tribunal de justiça**

Ac. STJ, proc. nº 003974, de 19/10/1994 (relator: CHICHORRO RODRIGUES);

Ac. STJ, proc. nº 00S086, acórdão uniformizador de jurisprudência de 30/11/2000 (relator: ALMEIDA DEVEZA);

Ac. STJ, proc. nº 04S3159 de 23/05/2005 (relator: SOUSA PEIXOTO);

Ac. STJ, proc. nº 07S3899, de 06/02/2008 (relator: PINTO HESPANHOL);

Ac. STJ, proc. nº 07S3666, de 22.10.2008 (relator: MÁRIO PEREIRA);

Ac. STJ proc. nº 279/12.5, de 01/10/2015 (relator: GONÇALVES ROCHA);

Ac. STJ, proc. nº 518/14.8, de 16-03-2017 (relator: FERREIRA PINTO);

- **Do Tribunal da Relação de Lisboa**

Ac. TRL, proc. nº 10206/2005-4 de 18-01-2006 (relatora: ISABEL TAPADINHAS);

Ac. TRL, proc. nº 1095/13.2, de 13/01/2016 (relator: DURO MATEUS CARDOSO);

Ac. TRL, proc. nº 26157/17.3, de 13/02/2019 (relator: ALVES DUARTE);

- **Do Tribunal da Relação do Porto**

Ac. TRP, proc. nº 276/07.2TTOAZ.P1, de 08/02/2010 (relatora: PAULA LEAL DE CARVALHO);

Ac. TRP, proc. nº Proc. 369/11.1TTVNF.P1 de 05/11/2012 (relatora: PAULA LEAL DE CARVALHO);

Ac. TRP, proc. 3461/16.2T8AVR.P1 de 05/03/2018 (relatora: PAULA LEAL DE CARVALHO);

- **Do Tribunal Constitucional Espanhol**

Supremo Tribunal Constitucional Espanhol, Sentença n° 123/1992 de 28/09/1992,
(disponível em <https://bit.ly/2D84ejD>);