

O exercício do *ius variandi*

Filipe Lamelas, CoLABOR

Podemos definir o direito de variação como uma faculdade unilateral – normalmente vedada – do empregador, que permite, mediante a verificação de determinados pressupostos específicos, encarregar o trabalhador, temporariamente, de funções não compreendidas na atividade contratada.¹ O *ius variandi* afirma-se “*duplamente perante o objeto do contrato de trabalho: opera à margem dele, mas também por referência a ele*”.² Ao contrário do que sucede nas situações de polivalência, não tem de existir qualquer semelhança ou conexão entre a atividade normalmente prestada e a exigida por força do direito de variação, consistindo, na prática, num alargamento da prestação,³ externo aos limites daquela atividade.⁴

O fundamento da figura relaciona-se com a necessidade de assegurar, dentro do possível, a normal laboração em determinada organização produtiva em situações de “*necessidades de mudança de técnica, alteração dos mercados, iminência de perigos e falta de mão-de-obra*”, consubstanciando “*um plano de emergência de reorganização e divisão de trabalho, o que implicará uma alteração ou redistribuição das funções dos trabalhadores*”.⁵

O exercício do *ius variandi* por parte do empregador está dependente da verificação dos requisitos. Assim, para que a exigência do exercício de funções não compreendidas no objeto do

¹ Trata-se, efetivamente, de uma situação de mobilidade externa, ou seja, do exercício de funções que não se compreendem na atividade contratada, categoria ou grupo.

² Monteiro Fernandes, “Categoria...”, p. 150.

³ Luís Miguel Monteiro, “Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho”, *RDES*, XXXII, n.os 1-4, Coimbra, Almedina, 1990, p. 317; e Catarina Carvalho, “O exercício...”, pp. 1031 e 1041, rejeitam a justificação do *ius variandi* com base no instituto da alteração das circunstâncias (art. 437.º do Código Civil), entendendo que se trata de uma exceção ao princípio *pacta sunt servanda*, consagrado no art. 406.º do Código Civil. Diferentemente, Mário Pinto, Furtado Martins e Nunes de Carvalho, consideram que o direito de variação em apreço não representa qualquer desvio à contratualidade, antes encontrando-se o seu fundamento no princípio da boa-fé e no dever de mútua colaboração que dele decorre.

⁴ Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, p. 709, refere que “*para haver ius variandi torna-se necessário que a alteração determinada pelo empregador esteja em contradição com o programa contratual [...] concretamente, que se imponha a realização de uma atividade diversa*”.

⁵ Bernardo da Gama Lobo Xavier, *Curso...*, p. 328. Nesse sentido, o mesmo autor, “A determinação qualitativa da prestação de trabalho”, *ESC*, n.º 32, p. 27, explica que “*no sentido da vida moderna pode surgir a todo o tempo a necessidade de uma mudança de técnicas, ou uma crise, ou uma alteração dos mercados, que comprometa a eficácia do esquema de divisão de trabalho em que se alicerça a fixação contratual do tipo de atividade a desenvolver pelo trabalhador. Por um lado, não poucas vezes acontecerá que os próprios acidentes da vida da empresa, a iminência de perigos ou a falta de alguns trabalhadores, venham embaraçar decisivamente o processo produtivo, se ao estorvo não se der pronto remédio, através de um novo plano de organização de trabalho*”.

contrato seja lícita é necessário que se verifiquem dois tipos de requisitos: um primeiro grupo de caráter material e um segundo corpo de pressupostos de conteúdo formal.

1. Requisitos materiais

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

a) Interesse da empresa

O *interesse da empresa*⁶ é normalmente entendido em sentido objetivo, correspondendo a necessidades sérias, legítimas e razoáveis da organização produtiva, fundamentais à satisfação das suas finalidades próprias, entendido como uma “*referência às exigências da organização, ou seja, à correta aplicação de regras técnico-organizativas*”.⁷ Esse interesse é aferido pelas próprias circunstâncias que o ditam, quer se trate de “*situações externas de força maior à empresa (alterações dos mercados e técnicas, perigos iminentes), quer momentos de crise originados no âmbito da própria organização produtiva (falta de trabalhadores, necessidade de conversão técnica)*”,⁸ com recurso às noções de normalidade, tipicidade e experiência.⁹

b) Temporaneidade

Este requisito faz apelo ao caráter transitório¹⁰ ou temporário – delimitado no tempo – da necessidade subjacente ao direito de variação funcional, sob pena de se verificar uma alteração do próprio objeto do contrato, sem o consentimento de um dos contraentes, neste caso, o trabalhador.

c) Impossibilidade de modificação substancial da posição do trabalhador

O requisito relativo à impossibilidade de *modificação substancial da posição do trabalhador*, decorrente da execução de funções não compreendidas na atividade contratada tem sido alvo de

⁶ O *Estatuto de los Trabajadores* expressa esta ideia de forma mais concreta: faz apelo a razões técnicas ou organizativas e, quanto à variação para categoria inferior, refere-se a necessidades perentórias ou imprevisíveis da atividade produtiva.

⁷ Pedro Madeira de Brito, *Código...*, p. 476, acrescentando que “*partindo do pressuposto de não ser possível a atribuição de um interesse à organização em si (não é possível um interesse sem titular singular ou coletivo), acaba por 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*”.

⁸ Catarina Carvalho, “*O exercício...*”, p. 1041.

⁹ Pedro Madeira de Brito, *Código...*, p. 476. No que concerne à sindicabilidade judicial deste pressuposto, entende o autor que “*ao juiz cabe verificar se existe uma alteração na organização que justifique a utilização da faculdade. Nestes termos, se se verificar a ausência de um trabalhador num determinado posto de trabalho, ao juiz cabe avaliar da existência do facto e da sua suscetibilidade de pôr em causa o funcionamento da empresa, segundo critérios típicos de normalidade técnico-organizativos. Ao juiz não cabe aferir da bondade da solução obtida pelo empregador, ou seja, se a solução encontrada (o exercício do ius variandi) é a mais adequada sob pena de entrarmos numa gestão judicial da empresa*”.

¹⁰ Efetivamente, Pedro Madeira de Brito, *Código...*, p. 477, entende que “*a ideia de temporaneidade no ius variandi melhor se expressaria pela designação de transitoriedade*”.

diversas considerações jurisprudenciais.¹¹ Numa completa síntese dos fatores interpretativos deste conceito, Catarina Carvalho ¹² indica: “*posição hierárquica do trabalhador*”, o que se traduz no facto de este “*não poder ser colocado numa situação hierárquica injustamente penosa (com carácter vexatório ou humilhante, tendo em conta a posição na empresa, na sociedade, etc.)*”, devendo “*tal posição corresponder, no organigrama da empresa, a uma outra igual ou próxima da categoria profissional do trabalhador.*”;¹³ “*prestígio ou dignidade profissional do trabalhador*”, significando que “*as novas funções não podem ter carácter vergonhoso ou humilhante para este, diminuindo a sua imagem perante o público em geral ou, mais especificamente, perante os outros trabalhadores, independentemente da sua posição hierárquica*”; “*tutela das potencialidades e perspectivas profissionais do trabalhador*”, que, na prática, significa que este não terá de executar determinadas tarefas “*no caso de manifesta falta de aptidão para o efeito*”, ou se, por outro lado, o desempenho dessas funções “*impedir a realização de expectativas razoáveis de promoção*”; “*necessidade de existência de uma afinidade entre a natureza da tarefa ordenada e a categoria profissional do trabalhador*”, o que implica que as funções acometidas “*devem inscrever-se na área das que antes exercia*”. Se é certo que os critérios apontados, na sua generalidade, se revelam úteis para concretizar o conceito, parecem-nos que o último fator indicado desvirtua e atenta contra o próprio direito de variação da atividade. A afinidade de funções, conforme referimos anteriormente, reporta-se à polivalência funcional, entendida a *atividade contratada* como compreendendo as funções afins ou funcionalmente ligadas. Admitimos, contudo, que a ordem de variação não será lícita se o trabalhador não tiver preparação técnica adequada, ou seja, no que toca à *execução técnica* poderá verificar-se a necessidade de uma semelhança das funções exercidas a título transitório e as que constituem o objeto do contrato.¹⁴

Por outro lado, poderá também haver *modificação substancial* se da ordem do empregador ocorrer uma alteração significativa do tempo ou espaço de trabalho no qual as funções são desempenhadas. Da mesma forma, por força do princípio geral da boa-fé e do decorrente dever de mútua colaboração, somos levados a concluir que a ordem de alteração de funções deverá ter em conta a intensidade do sacrifício exigido ao trabalhador, atendendo, nomeadamente, às suas condições pessoais e concretas.

Finalmente, cumpre referir que o ónus da prova relativamente ao preenchimento destes requisitos materiais, impende sobre o empregador, nos termos gerais do art. 342.º do Código Civil.¹⁵

2. Requisitos procedimentais (formais)

¹¹ A título exemplificativo, Ac. do STJ, de 27.06.1990, *AD*, n.º 348, p. 1614; Ac. do STJ, de 25.10.1990, *BMJ*, n.º 400, 1999, p. 493; Ac. do STJ, de 29.09.1999, *CJ*, 1999, t. III, p. 256.

¹² Catarina Carvalho, “O exercício...”, p. 1049.

¹³ O que, em termos práticos, se traduz, no nosso entendimento, por exemplo, na impossibilidade de, em virtude do *ius variandi*, o destinatário da ordem, passar a receber ordens e instruções de outros trabalhadores em posição hierarquicamente inferior, em termos da organização produtiva.

¹⁴ Admitindo a eventual necessidade de semelhança, o que concerne à execução técnica, Bernardo da Gama Lobo Xavier, *Curso...*, p. 329, referindo, no entanto, a necessidade de averiguação casuística.

¹⁵ Estabelece o n.º 1 desse preceito que “*àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado*”.

Por imperativo legal, é necessária a indicação das razões que fundamentam o recurso ao *ius variandi*: enumeração dos motivos que justificam o direito de variação funcional, relacionando-se essa menção com o interesse da empresa, indicação da duração previsível dessa faculdade e adequação dos motivos invocados com a duração da alteração do exercício de funções.¹⁶

A vantagem desta solução legislativa (introdução de requisitos formais) possibilita o controlo externo dos próprios requisitos materiais, permitindo ao julgador, nomeadamente, aferir sobre o tipo de necessidade em jogo, a sua duração previsível e o nexo de causalidade entre os dois elementos enunciados.

3. Proibição da diminuição de retribuição e direito ao tratamento mais favorável

Admitindo-se, nos termos legais, a variação *in peius*,¹⁷ o legislador consagrou um mecanismo de proteção do trabalhador, sendo que o exercício temporário de funções não compreendidas na atividade contratada não pode implicar a diminuição da retribuição, caso a essas tarefas for atribuído um estatuto remuneratório inferior.

Por outro lado, estabeleceu-se, ainda, que, como consequência do exercício temporário de funções não compreendidas na atividade contratada, o trabalhador tem direito ao tratamento mais favorável correspondente às tarefas efetivamente desempenhadas. A referência às vantagens inerentes à atividade temporariamente desempenhada, significa que o trabalhador terá direito não apenas a um eventual acréscimo retributivo, mas também a todo o conjunto de prestações feitas direta ou indiretamente, em dinheiro ou em espécie, devidas pelo desempenho daquelas funções.¹⁸

4. Consequências do recurso ilícito ao *ius variandi*

A preterição dos pressupostos materiais e dos requisitos formais acarreta a ilicitude da ordem emanada pelo empregador, fazendo cessar o respetivo dever de obediência do trabalhador, recusando assim a ordem de alteração do objeto do contrato, nos termos gerais prescritos no segundo segmento da norma contida na alínea e), do n.º 1 do art. 128.º do Código do Trabalho.¹⁹ Mais, em determinadas circunstâncias, verificados os requisitos para a resolução com justa causa, o trabalhador pode resolver o contrato, ou formular um pedido de indemnização por danos não patrimoniais.²⁰

Palavras-chave: mobilidade funcional, *ius variandi*, requisitos, ilicitude.

¹⁶ Pedro Madeira de Brito, *Código...*, p. 478, “*fundando-se o ius variandi na existência de um interesse da empresa, o empregador só pode exigir a variação nas funções até ao limite de tempo que é exigido pela razão empresarial que determinou o exercício do correspondente poder*”.

¹⁷ Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho...*, p. 221.

¹⁸ Nas palavras de Catarina Carvalho, “O exercício...”, p. 1056, o trabalhador tem direito a “*todas as manifestações de estatuto hierárquico ou funcional que àqueles serviços sejam reconhecidos (viatura, cartões de crédito, despesas de representação)*”.

¹⁹ Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito...*, p. 712; e Pedro Madeira de Brito, *Código...*, p. 479.

²⁰ Pedro Romano Martinez, *Direito...*, p. 712.