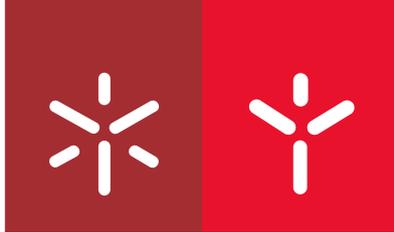


Universidade do Minho
Escola de Direito

Alexandra Andrade Nunes

**Mobilidade Funcional:
Um Contributo Para a Análise do
Jus Variandi no Código do Trabalho**

Outubro de 2012



Universidade do Minho
Escola de Direito

Alexandra Andrade Nunes

**Mobilidade Funcional:
Um Contributo Para a Análise do
Jus Variandi no Código do Trabalho**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação da
**Professora Doutora Teresa Alexandra
Coelho Moreira**

Outubro de 2012

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

*Dedico à minha mãe o
esforço do meu trabalho.*

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Teresa Alexandra Coelho Moreira, minha orientadora, pela disponibilidade dispensada em todas as situações e pelas suas sugestões que foram preciosas para a concretização deste projecto.

À minha querida mãe, a quem tudo devo, por sempre ter acreditado em mim.

Ao meu pai que desde cedo e de todas as formas me incutiu a determinação.

À Patrícia, minha única irmã, que muito se alegra com o meu trabalho.

Ao meu primo Tiago Moreira por toda a ajuda que me tem concedido.

À minha avó Maria pelo orgulho que demonstra em mim, e aos meus avós Arlindo Andrade, Conceição Ferreira e António Nunes que partiram com a esperança que tudo isto seria possível.

À minha amiga e colega Ana Matos Canedo que mesmo exausta sempre se mostrou disponível em tudo o que precisei.

Ao Doutor Nuno Ribeiro, meu patrono, por todo o carinho e compreensão demonstrada.

A todos os familiares e amigos que me encorajaram neste projecto.

Mobilidade Funcional: Um Contributo Para a Análise do *Jus Variandi* no Código do Trabalho.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado consiste num estudo sobre a actividade do trabalhador e as possíveis alterações que esta pode sofrer dentro de determinados limites. O desenvolvimento do presente estudo será realizado através da contraposição dos regimes da LCT, do Código de 2003 e do Código de 2009.

Assim, num primeiro momento, correspondente ao segundo capítulo, será abordada a determinação da actividade do trabalhador, que passará pela análise do princípio da contratualidade do objecto do contrato de trabalho e das formas disponibilizadas às partes para a definição da actividade, fazendo referência ao entendimento da mesma associada à noção de categoria e dissociada da noção desta.

O terceiro capítulo irá incidir sobre a primeira modalidade de flexibilidade funcional que o Código nos oferece, o chamado “princípio da polivalência funcional”. Num primeiro momento concentrar-nos-emos na origem da sua inclusão na LCT e na análise do respectivo regime para que posteriormente estejam reunidas as condições necessárias para abordar o modo como o regime da polivalência funcional foi perspectivado com a Codificação.

Por último, no quarto capítulo, focaremos a nossa atenção na segunda modalidade de flexibilidade funcional que o empregador tem ao seu dispor, falamos do *jus variandi*, ou seja, da possibilidade de variação da actividade contratada, dentro de determinados limites. Analisar-se-á nomeadamente o fundamento, a caracterização, os requisitos e os efeitos do respectivo regime.

Palavras-Chave: Actividade. Objecto do Contrato. Categoria. Flexibilidade. Polivalência Funcional. Mobilidade funcional. *Jus variandi*.

Functional Mobility: A Contribution to the Analysis of *Jus variandi* in the Labour Code.

ABSTRACT

This dissertation is a study of the employee's activities and possible changes that may occur within certain limits. The development of this study will be conducted through the contrast of the LCT legislation and the 2003 and 2009 legislation.

So, at first, corresponding to the second chapter will be addressed to determine the activity of the employee, which will include the analysis of the principle of contractuality of the object of employment agreement and available ways to the parties define the activity, referring to understanding the same associated to the notion of category and dissociated from this notion.

The third chapter will focus on the first type of functional flexibility that the Code offers us, the so-called "principle of functional versatility". Initially we will focus on the origin of its inclusion in the LCT and the analysis of the regime so that later we have the necessary conditions to address how the regime of functional versatility was pictured with the Codification.

Finally, in the fourth chapter, we will focus our attention on the second modality of functional flexibility that the employer has at its disposal, we talk about *jus variandi*, ie, the possibility of variation in activity contracted, within certain limits. It will examine in particular the background, the characterization, the requirements and the effects of it regime.

Keywords: Activity. Object of the contract. Category. Flexibility. Functional Versatility. Functional Mobility. *Jus variandi*.

LISTA DE ABREVIATURAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ACSCP	Acordo de Consertação Social de Curto Prazo
AD	Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo, publicação mensal, Lisboa
al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Ac. RL	Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa
Ac. RP	Acórdão do Tribunal da Relação do Porto
Ac. REv.	Acórdão do Tribunal da Relação de Évora
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BTE	Boletim do Trabalho e Emprego
CC	Código Civil
Cfr.	Confira
<i>Cit. apud</i>	Citado em
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJ/ STJ	Colectânea de Jurisprudência/Acórdãos do Supremo Tribunal Justiça
Coord.	Coordenação
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DL	Decreto-Lei
Ed.	Editora
ed.	Edição
ESC	Estudos Sociais e Corporativos
et al.	E outros
FDL	Faculdade de Direito de Lisboa
IRCT	Instrumento de regulamentação colectiva de trabalho
IRCT's	Instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho
LCT	Lei do Contrato de Trabalho

N.º	Número
n.º	Número
p.	Página
pp.	Páginas
<i>ob. cit.</i>	Obra citada
QL	Questões Laborais
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Vol.	Volume

Índice

I.	Introdução.....	15
II.	Determinação da actividade do trabalhador	19
1.	O princípio da contratualidade do objecto do contrato de trabalho.....	20
2.	Formas de determinação da actividade	23
3.	A actividade contratada e a categoria.....	25
3.1.	Os conceitos de categoria.....	27
3.1.1.	Categoria subjectiva.....	27
3.1.2.	Categoria contratual.....	29
3.1.3.	Categoria real.....	30
3.1.4.	Categoria normativa.....	32
3.1.5.	Categoria empresarial	32
4.	A posição funcional do trabalhador	33
5.	A categoria e a função	36
III.	Funções desempenhadas pelo Trabalhador	41
1.	A Lei 21/96 de 23 de Julho e o chamado “Princípio da Polivalência Funcional” na LCT	41
1.1.	Condições para o exercício da “polivalência funcional”	46
1.1.1.	Condições objectivas.....	47
1.1.1.1.	Condições objectivas positivas	47
1.1.1.1.1.	Afinidade.....	47
1.1.1.1.2.	Ligação funcional	48
1.1.1.1.3.	Carácter acessório.....	49
1.1.1.1.4.	Carácter transitório.....	50
1.1.1.2.	Condições objectivas negativas	51
1.1.1.2.1.	Desvalorização profissional.....	51
1.1.1.2.2.	Diminuição da retribuição.....	52
1.1.2.	Condições subjectivas	53
1.1.2.1.	Qualificação.....	53
1.1.2.2.	Capacidade.....	54
1.2.	Efeitos jurídicos da realização de actividades acessórias	54

1.2.1.	Retribuição mais elevada	55
1.2.2.	Reclassificação	55
2.	A extensão do objecto do contrato de trabalho - a passagem da LCT para o Código do Trabalho.....	57
2.1.	Requisitos para a afectação a funções afins ou funcionalmente ligadas	64
2.1.1.	Requisitos objectivos.....	65
2.1.1.1.	Afinidade ou ligação funcional	65
2.1.2.	Requisitos Subjectivos	67
2.1.2.1.	Qualificação	68
2.1.2.2.	Desvalorização profissional	69
2.2.	Direitos do trabalhador no âmbito alargado da actividade laboral	71
2.2.1.	Retribuição mais elevada	72
2.3.	Transitoriedade	74
2.4.	Acessoriedade.....	74
2.5.	Dever de informação	76
IV.	<i>Jus Variandi</i>	77
1.	Fundamento	77
2.	Caracterização da figura.....	79
3.	Requisitos para o exercício do <i>jus variandi</i>	85
3.1.	Que o interesse da empresa o exija	85
3.2.	Varição transitória.....	89
3.3.	Não implique modificação substancial da posição do trabalhador	92
4.	Cláusulas de mobilidade funcional	97
5.	Ordem de alteração	101
6.	Retribuição	106
7.	Reclassificação.....	109
8.	Convenção colectiva	113
V.	Conclusões	115
	Bibliografia.....	119

I. Introdução

A actividade laboral assume-se como um dos elementos essenciais do contrato de trabalho e, nessa medida, levar-nos-ia a pretender que as tarefas a que o trabalhador se obriga a prestar se apresentassem, desde início, definidas e insusceptíveis de alteração, para a segurança do trabalhador.

Porém, esta não é a realidade que a legislação laboral nos tem vindo a oferecer e, na nossa opinião, em certa medida, também não seria a desejável. Deste modo, a actividade laboral é uma actividade de conteúdo relativamente indeterminado e não lhe está vedada a possibilidade de alteração dentro de determinados limites.

Inicialmente, no domínio da LCT, recorria-se à categoria como forma de exprimir o objecto do contrato de trabalho. Esta identificava e delimitava as funções que o trabalhador podia ser obrigado a prestar e, a par disto, o empregador tinha ainda a possibilidade de encarregar temporariamente o trabalhador de serviços não compreendidos no objecto do contrato através do recurso ao *jus variandi*.

Contudo, esta compreensão rígida do objecto do contrato de trabalho encerrado na categoria acabava por entrar em conflito com os interesses das partes. Do lado do empregador, verificava-se a impossibilidade de qualquer ajustamento do trabalho pois estava inviabilizado de qualquer gestão racional do mesmo. Do lado do trabalhador, fechado no casulo da sua categoria entregue à repetição continuada do correspondente padrão de actividade, via muito limitadas, senão mesmo excluídas, as possibilidades de desenvolvimento pessoal e de valorização profissional.

Nesta medida, a par dos factores como a crise económica dos anos 70, a grande vaga tecnológica e o crescente alargamento dos mercados dos anos oitenta, a classe empresarial começou a reflectir sobre os problemas que poderiam surgir na fixação de mão-de-obra com excessiva rigidez. Assim, da influência que estes factores fizeram surtir no mercado de trabalho, começaram a reclamar a mobilidade e flexibilidade da mão-de-obra.

É neste contexto que surge a Lei 21/96 de 23 de Julho, ampliando o poder de direcção do empregador. E por sua vez, é com a entrada da referida Lei que surge o chamado “princípio da polivalência funcional”.

O objectivo da referida Lei passava por alargar o objecto do contrato de trabalho *ope legis* passando este a abranger não só a categoria, mas as funções que lhe fossem afins ou funcionalmente ligadas. Porém, o legislador ficou apenas pela intenção, pois estas tarefas, embora pudessem ser cometidas ao trabalhador, não faziam parte do objecto do contrato estando dependentes de uma manifestação do empregador nesse sentido.

Só mais tarde, com a codificação, é que o objecto do contrato de trabalho deixa de se associar à categoria, passando assim a actividade contratada a englobar não só as tarefas compreendidas, como também as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas.

Desta forma, o objectivo primordial da presente dissertação passará pela análise da forma como esta flexibilidade foi perspectivada ao longo das várias reformas legislativas laborais o que, conseqüentemente, obrigará em todos os momentos à contraposição dos regimes da LCT, do Código de 2003 e do Código de 2009.

Num primeiro momento irá proceder-se à abordagem da determinação da actividade do trabalhador, que passará pela análise do princípio da contratualidade do objecto do contrato de trabalho e às formas disponibilizadas às partes para a definição da actividade, fazendo referência ao entendimento da mesma associada à noção de categoria e dissociada da noção desta.

Embora a categoria, agora, apenas se assuma como ponto de partida das funções que o trabalhador pode desempenhar e já não como delimitadora das mesmas, abordar-se-ão ainda, neste primeiro momento, as várias acepções do conceito, bem como a sua importância actual, nomeadamente como elemento essencial para determinar os direitos e as garantias do trabalhador, isto é, para caracterizar o estatuto profissional do trabalhador na empresa.

De seguida dar-se-á atenção a uma das duas modalidades de flexibilidade funcional que o Código nos oferece, a polivalência funcional.

Para uma melhor compreensão do regime será, em primeira linha, referida a forma como o regime se estreou na LCT para de seguida, abordar o modo como foi perspectivado com a codificação, fazendo-se, nomeadamente, referência à maior transformação do regime da polivalência da LCT para o Código do Trabalho, que consiste na extensão do objecto do contrato de trabalho.

Na abordagem do regime da polivalência serão apresentadas as condições objectivas e subjectivas para o seu exercício, assim como os efeitos que surtem na esfera jurídica do trabalhador aquando o desempenho das mesmas.

Aqui chegados, teremos as condições necessárias para introduzir outra modalidade de flexibilidade funcional que o Código nos oferece, por sua vez, a mais “radical”, pois extravasa o objecto do contrato de trabalho, falamos do *jus variandi*, ou seja, da possibilidade de variação da actividade contratada, dentro de determinados limites.

Nesta medida, após abordagem da actividade do trabalhador e do entendimento de que esta compreende também as funções afins ou funcionalmente ligadas, abordar-se-á o poder unilateral do empregador para modificar as funções do trabalhador que não se encontram compreendidas na actividade contratada, englobando não só as funções compreendidas naquela actividade, como ainda, as que se situam para além das que sejam afins ou funcionalmente ligadas.

Assim, começaremos por abordar o fundamento do respectivo regime, de seguida a sua caracterização e os respectivos requisitos. Estando em causa um regime que contraria o programa contratual é logicamente aceitável que esta faculdade ao dispor do empregador se encontre condicionada pelo preenchimento cumulativo de determinados requisitos, que serão detalhadamente abordados.

Por fim, será feita a análise da contrapartida do trabalhador na sujeição de actividades em regime de *jus variandi*, sendo que, é certo que o seu padrão retributivo ficará salvaguardado, existindo ainda a possibilidade do direito a condições de trabalho mais favoráveis caso este seja inerente às novas funções exercidas.

II. Determinação da actividade do trabalhador

A actividade do trabalhador assume-se como um dos principais aspectos da relação laboral. Contudo, o seu entendimento sofreu alterações ao longo das várias reformas legislativas.

No âmbito da LCT, o n.º 1 do art. 22.º dispunha que “o trabalhador deve, em princípio, exercer uma actividade correspondente à categoria para que foi contratado”, ou seja, a categoria profissional era a forma utilizada para determinar o objecto do contrato de trabalho e, conseqüentemente, a actividade que seria exigível ao trabalhador.

Posteriormente, o Código de trabalho de 2003, tentando afastar o factor de rigidez que a associação entre o objecto do contrato de trabalho e a categoria acarretavam, vem romper a tradição legislativa e doutrinal da LCT. Assim, nos termos do n.º 1 do art. 111º, cuja epígrafe era “objecto do contrato de trabalho”, é às partes que compete a tarefa de definir a actividade para que o trabalhador é contratado, sendo assim adoptado como referencial de delimitação da prestação devida pelo trabalhador a actividade para que este foi contratado. Nestes termos, o Código do trabalho de 2003 deixa claro o desígnio de não se proceder à determinação do objecto da prestação do trabalhador através da noção de categoria.

Decorridos seis anos surge o Código de trabalho de 2009, tratando desta matéria no artigo 115.º, cuja epígrafe se alterou, reportando-se agora à “determinação da actividade do trabalhador”, mas continuando como no Código de 2003, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo, a competir às partes a tarefa de determinar por acordo a actividade para que o trabalhador é contratado.

Assim, actualmente e na mesma linha do CT de 2003, continua a afastar-se a noção de categoria como forma delimitadora do objecto do contrato de trabalho. Por sua vez, com a alteração da epígrafe, o CT de 2009, ao contrário do Código anterior e da LCT, deixa ainda de associar a actividade contratada ao objecto do contrato de trabalho pois o mesmo não deve ser restringido à actividade acordada.

1. O princípio da contratualidade do objecto do contrato de trabalho

Do artigo 115.º, n.º 1 do CT resulta o princípio da contratualidade do objecto do contrato de trabalho, segundo o qual “cabe às partes determinar por acordo a actividade para a qual o trabalhador é contratado”. Notamos, aqui, a regra básica da autonomia da vontade dos contraentes, ou seja, a actividade que o trabalhador irá efectuar será determinada pelas partes.

Contudo, esta determinação tem uma não desprezível limitação, que advém do artigo 124.º, n.º 1 do CT e do artigo 280.º do Código Civil não sendo concebível o contrato de trabalho ter por objecto ou fim uma actividade que seja contrária à lei ou à ordem pública.

Como qualquer outro contrato, o contrato de trabalho orienta-se pelo artigo 280.º do CC que obriga a que o objecto do negócio jurídico seja determinável e física e legalmente possível, acrescentando ainda, que este não pode ser contrário à lei, à ordem pública ou ofender os bons costumes. Neste sentido, o artigo 280.º do CC prevê a nulidade de todos os negócios jurídicos que não respeitem os requisitos supra mencionados.

A este propósito, ANTÓNIO VILAR¹ refere que “a essencialidade da determinação do objecto do contrato de trabalho, ou seja, dos tipos de actividade que o trabalhador pode ser obrigado a realizar não tem sido posta em causa e corresponde a *requisito de ordem pública*. O homem não pode expor-se, ou ser exposto, licitamente a uma utilização indiscriminada, sem o risco de regresso a situações características de épocas passadas ou reveladoras de sobrevivência de vestígios que se pretendem ultrapassados”.

Ora, o trabalhador, embora realizando a sua actividade sob a direcção do empregador, não pode assumir uma posição de faz *tudo*, pois isto iria contra a essencialidade da determinação do objecto do contrato de trabalho e, conseqüentemente, esse seria nulo.

Deste modo, cabe então às partes, por acordo, determinar a actividade para a qual o trabalhador é contratado. Convém referir, desde logo, que o texto legal do CT de 2003 não compreendia, desta forma tão explícita, esta reciprocidade na determinação da

¹ Cfr. ANTÓNIO VILAR, *Flexibilidade e Polivalência Funcional*, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1998, p. 149. Cfr. No mesmo sentido, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2003, p. 369.

actividade. Com a introdução da expressão “por acordo” no preceito normativo parece que o legislador pretendeu acentuar a mutualidade na determinação da actividade pelos intervenientes, trabalhador e empregador².

Pode dizer-se que, quanto ao sentido, o artigo 115.º não sofreu alterações relativamente ao anterior artigo 111.º do CT de 2003. O mesmo já não se pode afirmar quanto à redacção, apresentando o artigo 115.º algumas diferenças de formulação.

Antes de mais, a epígrafe abandonou a expressão “objecto do contrato de trabalho” e substitui por “determinação da actividade do trabalhador”, deixando assim de associar a actividade contratada ao objecto do contrato de trabalho, associação que vigorou na LCT que, infelizmente, o CT anterior manteve.

Quanto a nós, acompanhando ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³ e PEDRO MADEIRA DE BRITO⁴, concordamos que a dissociação da actividade contratada ao objecto do contrato de trabalho faz todo o sentido. O objecto do contrato de trabalho não se pode restringir à prestação do trabalhador, pois ficaria desde logo excluída a contraprestação do empregador, a remuneração, para além de todos os outros deveres acessórios. Assim, “muito embora se possa dizer que é na actividade que reside a nota específica do contrato de trabalho, a verdade é que aí não está apenas em causa a identificação de um género de actividade, em si mesma considerada, mas, sobretudo, os termos em que é prestada”⁵.

Não obstante o agrado pela nova solução, não consideramos feliz a nova terminologia adoptada na epígrafe, porque como refere ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO⁶ “faz parte do contrato de trabalho, como modelo negocial típico, uma

² Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, in Código do Trabalho - A Revisão de 2009, (coord. PAULO MORGADO DE CARVALHO), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 158, salientando que “pretende-se deixar claro que a definição da actividade contratada resulta do encontro de vontades de trabalhador e empregador”.

³ Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, pp. 156-157.

⁴ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, in PEDRO ROMANO MARTINEZ/LUÍS MIGUEL MONTEIRO/JOANA VASCONCELOS/PEDRO MADEIRA DE BRITO/GUILHERME DRAY/LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *Código do Trabalho Anotado*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 324, o Autor refere que “todavia, a identificação da prestação típica do contrato de trabalho com o objecto do contrato de trabalho justificava a epígrafe do artigo, ainda que as suas normas apenas se refiram a uma parte do objecto do contrato de trabalho: a prestação do trabalhador”.

⁵ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, pp. 156-157. O Autor refere também que “não seria ajustada a referência ao “objecto da prestação”, já que também o elemento da duração define a actividade de prestação do trabalhador (para além disso, e num outro plano, a tendência para a assimilação da “actividade contratada” ao “objecto da prestação do trabalhador”, parece remontar ao processo de diferenciação histórica do contrato de trabalho e à configuração do trabalho como bem transaccionável, tendo como passivo uma «coisificação» da actividade do trabalhador) ”.

⁶ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 157.

tendencial ou residual indeterminação do programa contratual”, não esquecendo que, por norma a própria actividade do trabalhador é definida em termos genéricos. Deste modo, a expressão “determinação”⁷ agora utilizada na epígrafe do artigo, “reporta-nos a uma actividade tendencialmente indeterminada assim “não se ganha em clareza nem em coerência”.

As alterações não se ficaram pela epígrafe. O legislador de 2009 foi ainda mais longe. Falamos da substituição no n.º 1 do artigo 115.º da expressão “definir”, por “determinar” e, como veremos de seguida, da substituição no n.º 2, do mesmo artigo, de “definição” por “determinação”. A verdade é que a tendencial indeterminação da actividade contratada se conjuga com a atribuição ao empregador de um poder de direcção e, certo é que, exercido no quadro do contrato, este poder envolve, entre outras, a faculdade de “determinar” a tarefa em concreto que o trabalhador irá desempenhar em cada momento, ou seja o “poder determinativo da função”⁸.

Porém, embora sendo a prestação indeterminada, esta é sempre determinável, sendo concedida ao empregador a faculdade de determinar, em cada momento, a função que o trabalhador irá concretamente desempenhar, integrando-a com os restantes trabalhadores. Assim, e segundo ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO⁹, estas mudanças vieram “igualmente introduzir uma escusada opacidade”.

O Autor acrescenta ainda que, “parecia acertada a contraposição que resultava do Código do Trabalho de 2003 entre a definição da actividade contratada e a determinação das funções a desempenhar em cada momento. A correcta percepção destes dois planos

⁷ Cfr. Neste sentido, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 324. O Autor faz referência à alteração da epígrafe, defendendo que “com efeito, passou a falar-se de determinação da actividade, quando o problema não é de determinação, mas de definição. Na verdade, no Direito do Trabalho, em particular, e no Direito das Obrigações em geral, o sentido de determinação relaciona-se com o modo de concretizar o conteúdo das obrigações indeterminadas, mas determináveis. Por esta razão, se considera a obrigação de trabalhar de conteúdo indeterminado, cabendo ao poder de direcção do empregador a concretização da actividade do trabalhador”.

⁸ Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.ª ed (com aditamento de actualização), Editorial Verbo, Lisboa, 1996, p. 325, referindo o Autor que o “Poder directivo – corresponde essencialmente à posição subordinada do trabalhador (...), o qual promete uma actividade num primeiro momento identificada genericamente e que depois se especifica de acordo com as ordens e direcções do empregador (poder directivo). Nesse poder directivo alguns distinguem um *poder determinativo da função*, que designa a actividade do empregador no sentido de atribuir ao trabalhador uma função ou posto de trabalho na empresa (art. 43.º da LCT), desde que se insira no tipo genérico de prestação convencionalizada que constitui o objecto do contrato (art. 22.º da LCT), e um *poder conformativo da função* que exprime a faculdade patronal de dar ordens, instruções e indicações para concretizar a prestação e adequá-la aos fins empresariais, (art. 39.º, n.º 1 da LCT)”. Veja-se ainda, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 15.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 267-269.

⁹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 157.

(modelação do programa contratual e respectiva execução) não é facilitada pela nova redacção”.

2. Formas de determinação da actividade

Independentemente das mudanças de redacção que o CT de 2009 sofreu, em relação ao CT de 2003, o sentido fundamental dos n.ºs 1 e 2 do agora artigo 115.º não se alterou. É do encontro de duas vontades, trabalhador e empregador, que resulta a definição da actividade contratada, podendo as partes optar por várias formas, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, para a definirem. Na determinação do objecto do contrato, a lei aposta claramente na liberdade contratual ou através da descrição no contrato ou por remissão para a categoria normativa.

A definição da actividade contratada pode ser assim realizada de várias formas: “por expressa e detalhada caracterização das funções visadas (pelo menos as que o são no momento da contratação); por uma fórmula genérica como “funções administrativas”; pela remissão para uma “categoria” cuja descrição funcional consta da convenção colectiva ou de regulamento interno da empresa (art. 115.º, n.º 2) – tudo isto através de estipulação expressa, escrita ou oral”¹⁰.

Não esqueçamos que a hipótese de definição da actividade por remissão só acontece se as partes mostrarem intenção nesse sentido, como expõe ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹¹ “só quando isto resulte da vontade das partes, tal como deve ser entendida no âmbito da interpretação do contrato, será legítimo reconduzir a actividade contratada a uma definição preexistente (nos demais casos, a assimilação entre objecto do contrato e categoria normativa em que o trabalhador esteja, em cada momento classificado, deve ter-se por abusiva) ”.

Deste modo, se as partes assim o desejarem encontram, a par da possibilidade de remissão para regulamento interno de empresa, a possibilidade de remissão para instrumento de regulamentação colectiva.

¹⁰ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 203.

¹¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit. p. 159. Veja-se ainda o Ac. RL de 27/11/2002: BTE 2.ª série, p. 716, também referenciado por ABÍLIO NETO, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar*, 2.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2010, p. 223, de onde se pode retirar que “l- A definição do objecto da obrigação de trabalho subordinado é sempre feita contratualmente, podendo as partes afastar os elencos de funções previstas nos IRCT, ou tomando-os como referência para a estipulação limitá-los ou combinar vários deles”.

De acordo com o artigo 2.º do CT, os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho podem ser negociais ou não negociais. Por sua vez, constituem instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais, a convenção colectiva (que pode ser um contrato colectivo, um acordo colectivo ou um acordo de empresa), o acordo de adesão e a decisão arbitral em processo de arbitragem voluntário. Constituem instrumentos de regulamentação colectiva não negociais, a portaria de extensão, a portaria de condições de trabalho e a decisão arbitral em processo de arbitragem obrigatória ou necessária.

A outra possibilidade passa pelo regulamento interno de empresa¹² que “corresponde a um documento elaborado pelo empregador que pode ter dois papéis distintos: manifestar o poder regulamentar do empregador (...) e um outro não menos relevante, de exteriorizar a vontade contratual do empregador”¹³. Trata-se, assim, de um documento elaborado pelo empregador acerca da disciplina e organização do trabalho, ou seja, este documento irá “regrar a organização e disciplina do trabalho”¹⁴.

Note-se que as normas que compõem o regulamento interno de empresa não devem infringir as disposições imperativas legais e estão ainda sujeitas às disposições de instrumento de regulamentação colectiva do trabalho que lhe sejam aplicáveis.

¹² Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 159. Relativamente a esta possibilidade, o Autor faz a seguinte observação “sucede, porém, que é muito frequente a existência de instrumentos empresariais que exprimem a categorização profissional e cuja elaboração não observou os ditames legais em sede de regulamentos internos de empresa ou que não foram depositados ou registados no Ministério do Trabalho. A inexistência de depósito implicava, no texto de 2003, a não produção de efeitos do regulamento (ou, melhor dizendo, a não produção dos efeitos típicos do regulamento, como seja a integração do programa contratual — n.º 4 do art. 153.º). A actual redacção é menos clara (n.º 3 do art. 99.º). Fica, em qualquer caso, a dúvida: podem as partes remeter, para efeito de definição da actividade contratada, para categoria profissional institucionalizada em regulamento não remetido ao Ministério do Trabalho? A resposta é, para nós, positiva: trata-se de determinar o sentido da vontade das partes, pelo que devemos aqui operar com uma noção material de regulamento de empresa, conferindo-lhe o sentido usual de normativo empresarial dotado de efectividade”.

¹³ Cfr. DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 254.

¹⁴ Cfr. DIOGO VAZ MARECOS, *ob. cit.*, p. 298.

3. A actividade contratada e a categoria

O trabalhador é contratado para desempenhar um tipo genérico de actividade a que corresponde, normalmente, uma certa categoria profissional, competindo à convenção colectiva de trabalho a definição das várias tarefas ou funções que fazem parte dessa categoria. Por isso, o n.º 2 do artigo 115.º do CT determina que “a determinação a que se refere o número anterior pode ser feita por remissão para categoria de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou de regulamento interno da empresa”.

A palavra-chave do n.º 2 do artigo 115.º é “categoria”. Tradicionalmente, entendia-se que a categoria profissional se traduzia numa forma de exprimir e limitar o objecto do contrato de trabalho. Como refere JOÃO LEAL AMADO¹⁵, a doutrina aditava: “a categoria profissional traduz-se (...) numa forma de exprimir o objecto do contrato de trabalho, num rótulo referenciador da prestação laboral devida, identificando e delimitando as funções que um trabalhador pode ser obrigado a realizar, competindo à entidade empregadora a escolha, em cada momento, das concretas tarefas a prestar dentro do tipo genérico prometido; neste sentido, a categoria surgia, como uma espécie de couraça, constituindo um importante limite ao poder de direcção do empregador, ao qual, em princípio, apenas operava no respeito por esse limite, isto é, dentro do círculo de funções inerentes à categoria”.

Actualmente, e como iremos abordar ao longo da presente exposição, a categoria exprime, apenas, o núcleo duro do objecto do contrato, tornando-se assim mero ponto de partida para aferir o objecto contratual.

Neste sentido, agora, Código do Trabalho delimita, de forma clara, o momento do impulso contratual, ou seja, da definição da actividade a prestar (categoria contratual), artigo 115.º, n.º 1 e n.º 2, da concreta afectação do trabalhador a determinada tarefa¹⁶.

Antes de mais, é de notar, com a codificação, o abandono da expressão “categoria” que se encontrava no artigo 22.º, n.º 1 da LCT para designar a actividade

¹⁵ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 3.ª ed., 2011, pp. 243-244.

¹⁶ Posteriormente, poder-se-á verificar que a afectação do trabalhador a determinadas tarefas estará condicionada pela actividade contratada (categoria contratual).

contratada¹⁷. Este desaparecimento parece dever-se ao desaparecimento do conceito de “categoria contratual”¹⁸ e, por sua vez, esqueceu-se com isto a funcionalidade do conceito de categoria nas suas variadas acepções¹⁹.

Nas palavras de JOÃO LEAL AMADO²⁰, “enquanto expediente apto para delimitar o objecto do contrato de trabalho, a categoria, não se foi descartada, pela nossa lei, encontra-se, todavia, em regime de «liberdade condicionada», sujeita a apertada vigilância por parte de um ordenamento jurídico-laboral aparentemente rendido aos encantos da polivalência”.

Certo é que os temas ligados à categoria profissional levantam os maiores problemas no entendimento da relação do trabalho subordinado, não só numa perspectiva estritamente contratual, como organizacional e colectiva. Embora, o conceito de categoria, se demonstre essencial para a qualificação do vínculo contratual, nunca facilitou este trabalho pelo facto de se encontrar envolvido numa névoa de dúvidas e por ser afectado pelas transformações que o ordenamento legal vai sofrendo.

No direito do Trabalho, assumindo significados muitos distintos, a expressão “categoria profissional” caracteriza-se pela polissemia, o que irá dificultar o entendimento dos conceitos em que a expressão é utilizada²¹.

¹⁷ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, pp. 325-326, referindo que “no domínio da LCT a delimitação das funções que o trabalhador estava adstrito era feita pela locução categoria em conformidade com o artigo 22.º. O CT2009 manteve a delimitação da prestação devida pelo trabalhador através da expressão “actividade para que o trabalhador é contratado”. Procura-se assim resolver as questões que a determinação do objecto do contrato de trabalho colocava quando utilizava como referencial a categoria, à qual podem corresponder uma extensa gama de realidades”.

¹⁸ Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 159; ISABEL RIBEIRO PARREIRA, *Da polivalência funcional ao objecto do contrato de trabalho*, in VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 2004, p. 126 e PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, pp. 325-326.

¹⁹ Cfr. Neste sentido, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 325, referindo que “a existência de várias acepções para a locução categoria introduziu, na prática, problemas de aplicação e delimitação do objecto do contrato de trabalho. Na verdade, a anterior locução “categoria” utilizada para delimitar o objecto do contrato de trabalho confundia-se com outros sentidos de categoria, em especial a denominada categoria normativa ou categoria-estatuto. De facto, a locução categoria identifica um conjunto de funções homogéneas que tanto podem servir para determinar o objecto do contrato de trabalho (categoria contratual) como podem identificar uma posição jurídica do trabalhador, determinando deste modo um tratamento económico e normativo uniforme, contido normalmente nos instrumentos de regulamentação colectiva (categoria normativa)”.

²⁰ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 245.

²¹ Como refere ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria profissional (a propósito do Código do Trabalho)*, in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor MANUEL ALONSO OLEA, Almedina, Coimbra, 2004, p. 125, convém ter em atenção que “é a propósito dos temas da categoria profissional que mais frequentemente surge no discurso juslaboral a tendência para um vício metodológico: a confusão entre o plano analítico-explicativo e o da interpretação-aplicação de um dado ordenamento legal (recorrendo a uma terminologia consolidada, poder-se-á dizer que frequentemente ocorre um incontrolado entrecruzamento entre a linguagem dos juristas e a linguagem da lei). Com efeito, a partir dos diversos sentidos da expressão categoria profissional, decompostos de acordo com uma determinada lógica (que é, em grande medida, puramente convencional),

3.1. Os conceitos de categoria

Ao longo dos tempos, quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, verificou-se uma variedade de aceções no que toca ao conceito de “categoria”. A propósito da situação jurídica do trabalhador subordinado, a expressão “categoria profissional” representa uma vasta gama de realidades. Para nós, e seguindo de perto ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²², são cinco as que assumem maior relevância: categoria subjectiva, categoria contratual, categoria real, categoria normativa e categoria empresarial. Como veremos de seguida, nenhuma delas é independente, encontrando-se ligadas num processo complexo “e que tem o seu quê de circularidade”²³.

Resolvemos, assim, para uma melhor elucidação do já exposto e do que será posteriormente referido, conceder aqui espaço para a abordagem do conceito “categoria” nas suas várias aceções.

3.1.1. Categoria subjectiva

As situações que se prendem com a celebração de um contrato de trabalho e, conseqüentemente, a implementação do programa contratual, assumem especial

é possível seleccionar, para efeitos de análise, diversos segmentos da realidade laboral e do desenvolvimento da relação de trabalho, pondo em evidência as questões que a propósito de cada um surgem. Coisa diferente é, todavia, determinar, perante um concreto sistema legal, o sentido que em cada enunciado normativo assume a expressão categoria profissional e, bem assim, reconstruir, a partir daí, o conceito (ou, porventura, os conceitos) de categoria. Estes dois planos surgem, porém, frequentemente justapostos, conduzindo, pela via de um inconsciente conceitualismo, a uma deficiente aplicação das normas legais e, por vezes até, à enunciação de pretensos princípios que mais não são do que ecos desse mesmo conceitualismo”.

²² Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, *ob. cit.*, p. 130, o Autor indica que “tanto a terminologia acolhida como a decomposição analítica operada através destes conceitos têm uma base eminentemente convencional”. O Autor teve por base a terminologia e sistematização assentes entre nós a partir dos estudos fundamentais de BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *A determinação qualitativa da prestação de trabalho*, ESC, N.º 10, 1964, pp. 12 e ss. e ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES nas sucessivas edições do *Direito do Trabalho*. Ver ainda, outra aproximação proposta por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 665 e ss., que mereceu ao longo dos anos uma enorme adesão opor parte da jurisprudência. Para uma crítica da proposta de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO consultar BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, *ob. cit.*, p. 321. Tentando encontrar uma aproximação entre as duas terminologias cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 411 e ss. Cfr. Ainda, JÚLIO MANUEL VIERIRA GOMES, *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, que apesar de criticar a multiplicidade linguística do conceito (pp. 500-502) introduz novas aceções fazendo referência a uma categoria material, p. 796.

²³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, *ob. cit.*, p. 131.

relevância “para o juslaboralista”²⁴. Deste modo, os factores que já existiam antes da conclusão do contrato e que irão interferir do desenvolvimento do vínculo são de extrema importância. Surgem, então, em primeiro lugar, as aptidões específicas do trabalhador, a sua categoria profissional em sentido subjectivo.

Quando se fala em categoria subjectiva referimo-nos a aptidões técnico-profissionais, habilitações ou ainda a uma posição singular do trabalhador no mercado de trabalho²⁵.

Quando a entidade empregadora admite um trabalhador, está a preencher uma situação de carência na sua organização, logo irá ter em conta o conteúdo funcional que diz respeito a essa posição laboral, tentando conhecer as aptidões profissionais que o candidato possui.

Por um lado, não há dúvidas de que as funções a que o trabalhador se candidatou requerem certas capacidades profissionais para que possa ser decidida a conclusão, ou não, do contrato. Por outro lado, posteriormente, durante o desenvolvimento da relação laboral, a execução eficiente do que houvera sido estabelecido contratualmente necessita da manutenção dessas das mesmas aptidões.

Deste modo, a categoria subjectiva tem extrema importância ao nível da motivação do empregador, isto é, irá ajudar o empregador a decidir um trabalhador em detrimento de outro.

Para além disso, quando ao trabalhador for exigida determinada habilitação²⁶ para que possa executar determinadas funções, a própria validade do vínculo estará condicionada. Por outro lado, o “património profissional do trabalhador opera como

²⁴ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, ob. cit., p. 132.

²⁵ Cfr. Com opinião distinta, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2003, pp. 372 e ss., defendendo que “por vezes, fala-se em categoria em sentido impróprio, ou subjectivo, para referir as *habilitações de uma pessoa para levar a cabo certas tarefas (...)* a denominada *categoria subjectiva* extravasa o mundo laboral e não corresponde à definição enunciada. Para clarificar conceitos e não desfazer os contornos, já de si complexos, da categoria profissional, deve antes falar-se em *habilitações profissionais*, como conceito diverso do de categoria. Em certos casos, por imposição legal, tornam-se necessárias habilitações específicas, formais, para exercer determinada profissão. Este problema, contudo, ultrapassa o mundo laboral, uma vez que as mesmas exigências valem tanto para o trabalho subordinado como para a prestação autónoma de serviço. Para exercer advocacia, por exemplo, exige-se a inscrição na respectiva Ordem, qualquer que seja o tipo de vinculação assumida (subordinada ou autónoma). Em conclusão, a categoria, enquanto conjunto de funções, consubstancia uma realidade objectiva. As habilitações profissionais, diversamente, dizem respeito à preparação de uma pessoa, que lhe permite exercer determinadas funções, mesmo que se esteja fora do trabalho subordinado e, portanto, não exista qualquer categoria profissional”. Desta forma para o Autor são apenas quatro as categorias que assumem maior relevância, a contratual, a real, a normativa e a hierárquica.

²⁶ As habilitações podem ser exigidas por lei ou convenção colectiva, nomeadamente a posse de um título de certificação profissional.

condição de exequibilidade do programa contratual²⁷, pois pode determinar em que termos concretos a relação contratual se poderá desenvolver, como no caso da mobilidade funcional²⁸.

3.1.2. Categoria contratual

A categoria contratual refere-se às funções que o trabalhador se obrigou a desempenhar, ou seja, constitui o resultado do acordo das partes.

Existindo uma vaga disponível na organização do empregador e revelando o candidato determinadas capacidades para ocupar a vaga em questão é celebrado o contrato de trabalho. Aqui, o trabalhador comprometer-se-á, por norma, a desempenhar um conjunto de funções e não uma determinada função ou um leque de funções exaustivamente definido. Este conjunto de funções, normalmente designado por categoria contratual, irá constituir o objecto da prestação de trabalho.

A relação laboral irá desenvolver-se a partir do que foi definido contratualmente pelas partes, empregador e trabalhador, sendo que a posição do trabalhador ser-nos-á fornecida, essencialmente, partindo da categoria contratual. Produto da autonomia das partes e integrada no conteúdo do contrato de trabalho é a partir dela que se caracterizará a actividade que é prestada por conta de outrem nos termos do art. 1152.º do CC, tornando, por sua vez, a actividade capaz de constituir objecto de um negócio jurídico, de acordo com o n.º 1 do artigo 280.º do CC.

Embora a autonomia que é conferida às partes o permita, são raras as vezes em que a categoria se resumirá a uma única função ou um conjunto limitado de funções. Normalmente, o que se verifica é um conjunto complexo de tarefas minimamente uniforme, de acordo com o perfil profissional que o empregador pretendeu.

O facto de as partes não optarem, na maioria das vezes, pela descrição das tarefas que o trabalhador se obrigará a realizar tem como objectivo impedir que se estabeleça um factor de rigidez, “passível de obstacular a mobilidade requerida pelo funcionamento

²⁷ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, ob. cit., p. 133.

²⁸ Discordamos, assim como ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, ob. cit., p. 133, da posição de PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 411, quando defende que “esta noção de categoria em sentido subjectivo reporta-se a situações pré-contratuais, que estão, eventualmente, relacionadas com a formação do contrato, mas não com o seu conteúdo”.

da organização patronal e pela própria dinâmica da actividade e das tecnologias”²⁹. Assim sendo, mostra-se mais conveniente fazer a referência às tarefas que podem ser exigidas ao trabalhador de uma forma distinta.

A categoria contratual surge, assim, indicada por uma expressão que actua como “variante semântica”³⁰ de um conjunto de funções. “Essa correlação entre a designação e as funções designadas é estabelecida pelas partes e pode reportar-se, quer à experiência colhida no meio laboral, quer ao modelo organizacional, quer aos perfis profissionais delineados nas convenções colectivas vigentes nesse sector ou para essa profissão”³¹.

Por norma, a modelação da categoria contratual opera-se através da remissão para um tipo real, “uma dada figura ou tipo de realidade social”³², referindo-se a este tipo expressões como “contabilista” e “escriturário”. Como refere RIBEIRO LOPES³³, “trata-se de uma forma significativa que descreve o conjunto de funções a que o trabalhador se obrigou” devendo ser tomado na sua totalidade pois só nela ganha significado”.

Neste sentido, “a categoria contratual não consiste, em regra, num somatório, estático e finito, de tarefas mas constitui um todo evolutivo e dinâmico, um quadro de condutas provido de um significado específico, designado por uma expressão característica”³⁴.

Não convém esquecer o outro lado da categoria contratual, pois além de demonstrar a dimensão programática contratual, indica também os limites do poder do empregador e da sujeição do trabalhador.

3.1.3. Categoria real

Dentro das funções devidas pelo trabalhador, durante a execução do contrato, cabe ao empregador determinar aquelas que serão executadas em cada momento pelo

²⁹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, ob. cit., p. 134.

³⁰ Cfr. G. GIUGNI, cit. apud ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, ob. cit., p. 134.

³¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, ob. cit., p. 134.

³² Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, Editora Minerva, Lisboa, 1968, pp. 19-20.

³³ Cfr. FERNANDO RIBEIRO LOPES, *Direito do Trabalho*, FDL, Lisboa, 1977/78, pp. 186 e ss.

³⁴ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, ob. cit., p. 136 e, consultar ainda, neste sentido, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., p. 26.

trabalhador e este leque de funções que o trabalhador irá concretamente executar é designado por categoria real³⁵.

Neste medida, a categoria real diz respeito às funções que verdadeiramente são desempenhadas pelo trabalhador. Temos assim a realidade da categoria real em confronto com a vontade da categoria contratual.

Um dos traços que define o contrato de trabalho assenta no poder de direcção que é atribuído ao empregador, poder este que se, por um lado, advém do carácter continuado que provém desse contrato³⁶, por outro lado, não deixa de se adequar a essa característica. Neste sentido, como aponta MONTOYA MELGAR³⁷ “o carácter contínuo da prestação de trabalho provoca a necessidade de determinação sucessiva das concretas obrigações do trabalhador” por isso, “a função de determinação das específicas prestações laborais é tão importante no que respeita ao poder de direcção, que frequentemente se qualifica este atendendo de modo exclusivo ou preferencial a esta sua qualidade de configurar as concretas obrigações do trabalhador”³⁸.

Assim, de entre as funções compreendidas na categoria contratual o empregador pode seleccionar, em cada momento, aquelas que o trabalhador irá executar, sendo que estas serão as que compõem a categoria real. “Assim, à imutabilidade da categoria contratual – correspondendo ao objecto do contrato de trabalho, a sua alteração carece da anuência de ambas as partes – contrapõe-se o dinamismo da categoria real, que resulta, ao fim ao cabo, da conexão com o exercício do poder de direcção”³⁹.

³⁵ Por isso, como refere JOÃO MOREIRA DA SILVA, *Direitos e Deveres dos Sujeitos da Relação Individual de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 24, “a prestação de trabalho constitui uma obrigação de tipo genérico, cabendo ao empregador modelar a execução do trabalho”.

³⁶ Cfr. Neste sentido, ALFREDO MONTOYA MELGAR, *El poder de direccion del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, pp. 63-64.

³⁷ Cfr. ALFREDO MONTOYA MELGAR, *ob. cit.*, pp. 64-65.

³⁸ Acrescentando ainda o Autor que: “quando este concerta com um empresário a realização de um determinado trabalho é evidente que desconhece previamente todas e cada uma das funções que há-de desempenhar durante a vigência do contrato; só existe uma determinação genérica das obrigações do trabalhador, deriva da categoria profissional convencionada e das cláusulas do contrato ou da regulamentação geral que este, explícita ou implicitamente, remeta”.

³⁹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria...*, *ob. cit.*, p. 137. Veja-se ainda, neste sentido, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho*, RDES, Ano XXVIII, N.º 4, 1986, p. 546, esclarecendo que “a atribuição de uma categoria, no sentido de correspondência a uma função dentro do género de trabalho contratualmente prometido, não legitima o trabalhador a conserva-la para sempre, podendo ser designado para outra função, a que corresponda outra categoria, desde que não seja mais baixa”.

3.1.4. Categoria normativa

A categoria estatutária ou normativa refere-se ao conjunto de direitos e obrigações, decorrentes de um instrumento de regulamentação colectiva, para os sujeitos que executam determinadas funções. Ora, a categoria normativa⁴⁰ traduz-se no conjunto de normas que irão regular a posição de cada trabalhador, pois para além de identificarem detalhadamente as categorias fazem corresponder a cada uma delas direitos e deveres. É, desde logo, de notar, que são distintas as finalidades que inspiram a constituição das categorias normativas das que inspiram as categorias contratuais, assim como os seus autores.

Assim, enquanto a categoria contratual constitui “um quadro de referência para o desenvolvimento do programa contratual”⁴¹ as categorias normativas cumprem a finalidade de conexionar consequências jurídicas exactas às tarefas verdadeiramente realizadas pelo trabalhador.

3.1.5. Categoria empresarial

Por fim, a categoria empresarial que se reporta à posição que o trabalhador ocupa no seio da hierarquia empresarial. Quando o trabalhador é contratado será incluído num grupo hierarquizado para que execute, ao lado dos demais trabalhadores, as tarefas para que foi contratado. Esta inserção far-se-á na sujeição dos escalões hierarquicamente superiores e, eventualmente, exercendo poder quanto aos que se encontrem numa posição hierarquicamente inferior.

⁴⁰ Cfr. Neste sentido, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al., ob. cit.*, pp. 325-326, referindo que “a cada uma das categorias normativas corresponde um conjunto de funções descritas no texto dos instrumentos de regulamentação colectiva ou regulamentos internos, cuja função principal é a de enquadrar a actividade a que o trabalhador se obrigou e exerce, produzindo-se assim efeitos normativos e económicos uniformes para todos os trabalhadores. Cada trabalhador deve ver o seu estatuto definido através de um processo de classificação que visa contrastar a actividade contratada com o sistema de categorias aplicáveis em cada caso, subsumindo aquelas à categoria normativa que resulte mais adequada. A utilização da expressão categoria para definir o objecto do contrato, mas também o estatuto jurídico e remuneratório do trabalhador levou, no domínio da LCT, a uma sobreposição das duas operações, implicando a consunção da definição do objecto pela noção de categoria normativa”.

⁴¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categorial...*, *ob. cit.*, p. 139.

4. A posição funcional do trabalhador

A posição que o trabalhador ocupa na organização em que se insere irá definir-se a partir daquilo que lhe cabe fazer, isto é, pelo “conjunto de serviços e tarefas que formam o objecto da prestação de trabalho”⁴². Por sua vez, este objecto da prestação de trabalho irá determinar-se a partir da actividade acordada com a entidade empregadora, de acordo com o artigo 115.º do CT. Assim, para que se possa aferir do estatuto jurídico concreto do trabalhador é necessário decifrar qual é a actividade contratada e esta irá constituir o núcleo do débito do trabalhador para com o empregador.

Na hipótese de não existir contrato escrito ou, se existindo, dele não constar a indicação da natureza do trabalho, como salienta ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁴³ “a determinação da “actividade contratada” tem que deduzir-se da prática das relações de trabalho, isto é, dos comportamentos pelos quais pode entender-se que as partes exprimem o seu acordo. O género de trabalho que melhor corresponda ao que é realmente feito nesse quadro pode traduzir-se por uma designação sintética ou abreviada: contínuo, operador de consola, pintor de automóveis, encarregado de expedição, etc.. A posição assim estabelecida e indicada é a *categoria* do trabalhador. Ela resulta do jogo de dois factores pré-contratuais: pelo lado do empregador, a «vaga» existente na organização e que se define pela «função» ou pelos «serviços» necessários; pelo lado do trabalhador, a sua profissão ou as qualificações profissionais adquiridas, ou, mais simplesmente, as suas aptidões laborais (físicas, psíquicas e técnicas) ”.

A categoria consiste numa forma importante para determinar os direitos e as garantias do trabalhador, melhor dizendo, para caracterizar o estatuto profissional do trabalhador na empresa. Para além de definir a posição do trabalhador na hierarquia salarial, situá-lo-á o trabalhador no sistema de carreiras profissionais e, por fim, será a referência para se aferir o que a entidade empregadora pode ou não pode exigir ao trabalhador⁴⁴.

⁴² Cfr. BERNARDO DA GAMA XAVIER, *A determinação qualitativa... ob. cit.*, p. 18.

⁴³ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, pp. 203-204.

⁴⁴ Cfr. Neste sentido ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 204, defendendo que a categoria exprime, assim, “um género de actividades contratadas”. Há-de caber nesse género, pelo menos na sua parte essencial ou característica, a *função principal* que ao trabalhador está atribuída na organização (art. 118.º CT), e que é já uma aplicação ou concretização da actividade contratada”.

Diferentemente do que vigorou no domínio da LCT, o CT de 2003 introduziu uma importante mudança que o actual Código conservou. Para verificar esta mudança é apenas necessário fazer a comparação entre o artigo 22.º, n.º 1 da LCT e artigo 118.º do actual Código⁴⁵. O artigo 22.º, n.º 1 da LCT dispunha “o trabalhador deve, em princípio, exercer uma actividade correspondente à categoria para que foi contratado”. Aqui, a categoria surgia como limite do “género” de trabalhos que o empregador podia exigir ao trabalhador, de acordo com o contrato, espelhando assim o objecto do contrato de trabalho. Por sua vez, o artigo 118.º, n.º 1 do CT de 2009 dispõe que “o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que se encontra contratado”, sendo que esta actividade pode ou não ser definida “por remissão para categoria constante do instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável”.

A categoria perde o seu carácter delimitador relativamente aos trabalhos exigíveis evidenciando-se a soberania da vontade das partes.

Nas palavras de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁴⁶ “o legislador quis deixar às partes a possibilidade de combinar, por exemplo, tarefas constantes das definições de varias “categorias” ajustando de forma mais racional as qualificações do trabalhador às necessidades da empresa. A partir desse arranjo (a “actividade contratada”) encontrar-se-á a categoria a atribuir ao trabalhador como expressão mais cabal do género predominante de trabalho envolvido no objecto do contrato”⁴⁷.

Como averiguamos, a categoria assume apenas o papel de elemento de ligação do trabalhador com determinado estatuto profissional na empresa. Além de reflectir, de algum modo, a posição contratual do trabalhador é objecto de certa protecção legal e convencional⁴⁸. Lembra, a este respeito ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁴⁹ que “é sabido que no uso corrente da contratação colectiva – sede própria, entre nos, para o estabelecimento do quadro de categorias, classes, níveis ou graus profissionais, bem como para a descrição das pertinentes funções –, o primeiro sentido que se atribuiu ao conceito de categoria é o de constituir um *rótulo* ou *designação* sintética a que, por assim dizer, mecanicamente, se prende um certo estatuto ou tratamento contratual. A prática justifica-se por razões óbvias de simplicidade e de prevenção de litígios: surge

⁴⁵ Corresponde ao artigo 151.º do CT de 2003.

⁴⁶ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 205.

⁴⁷ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 205.

⁴⁸ Falamos da proibição do empregador baixar a categoria do empregador, cfr. arts. 129.º, n.º 1 al. e) e 119.º do CT.

⁴⁹ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, pp. 207-208.

assim uma espécie de código aceite pela generalidade dos interessados e que vai dominar, em muitos aspectos, a peculiar linguagem do quotidiano das relações de trabalho”.

Nos termos em que transforma uma realidade exacta, a da prestação consensual de determinados trabalhos, numa espécie de credencial que dará ao trabalhador o acesso a determinados benefícios, direitos e garantias pré-estabelecidos que integram um estatuto profissional que pode ser exigível pelo trabalhador, “a categoria, assume a natureza de *conceito normativo*”⁵⁰.

Contrariamente ao que sucedia na vigência da LCT, a categoria já não cumpre a função de definir as funções que podem, ou não, podem ser exercidas em concreto pelo trabalhador. Contudo, é um elemento de extrema importância para a aplicação das normas laborais, incorporando “um especial “dever – ser”, que já não respeita ao que pode ou não ser ordenado ao trabalhador, mas sim ao estatuto (direitos deveres expectativas) que lhe corresponde com base no seu trabalho”⁵¹. Existe assim, uma relação de necessidade jurídica, entre o desempenho de determinada função e a titularidade de determinada categoria.

Todavia, a verdade é que nem sempre essa necessária correspondência se verifica. A categoria que foi atribuída ao trabalhador não é condição determinante mas simples elemento indicioso para a determinação da concreta posição funcional que corresponde ao trabalhador na organização técnico-laboral da empresa⁵².

Sendo o empregador a reconhecer ao trabalhador determinada categoria, não é descabido pensar que este poderá fazê-lo de acordo com o seu interesse, escolhendo a solução mais económica. Deste modo, independentemente dos motivos ou do grau, existirão sempre tentativas de fuga na aplicação do adequado estatuto profissional do trabalhador.

Contudo, esta classificação está sujeita a controlo, que por sua vez “obedece a um critério único, que é o de *privilegiar a função efectiva sobre a designação categorial com vista à polarização do estatuto do trabalhador em causa*”⁵³.

⁵⁰ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 208.

⁵¹ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 208.

⁵² Como refere ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 209 “as próprias convenções colectivas jogam com essa realidade, sempre no sentido de superarem os efeitos de uma aplicação mecânica dos rótulos profissionais, para fazerem aderir os estatutos definidos às *funções efectivas*”.

⁵³ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 219.

5. A categoria e a função

Os conceitos chave para delimitar o conteúdo da actividade laboral e, conseqüentemente, o desenvolvimento da mesma, são o conceito de categoria e o conceito de função⁵⁴.

Como se demonstrou, a categoria é uma denominação sinóptica que revela um tipo de actividades logo, é “ou deve ser atribuída por aplicação de um critério de correspondência ou adequação entre a definição abstracta de funções que a identifica e o arranjo concreto de funções que se traduz na “actividade contratada””⁵⁵.

Relativamente ao conceito de função, acompanhando MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁵⁶, este prende-se com a delimitação horizontal do conteúdo da actividade de trabalho do trabalhador, podendo assim ser entendido em dois sentidos: num *sentido formal* e num *sentido substancial*. No primeiro sentido, a “função corresponde ao cargo, lugar ou posto de trabalho ocupado pelo trabalhador, e no segundo, “a função corresponde ao conjunto de tarefas, mais ou menos definidas que cada posto de trabalho inclui no seio da organização do empregador”⁵⁷.

Nesta medida, a função apresenta-se como um conceito intra-empresarial, que nada tem que ver com as aptidões ou as habilitações profissionais do trabalhador, embora o empregador as tenha que ter em conta no momento da atribuição de determinada função ao trabalhador, por força do n.º 1 do art 118.º do CT.

Assim, é esta dimensão intra-empresarial que nos esclarece a existência de situações como: dois trabalhadores contratados para a mesma actividade, ingressem na mesma categoria e desempenhem funções distintas, tomando o exemplo de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁵⁸, “uma pessoa é contratada para prestar “serviços administrativos” no escritório de um hipermercado, adquire a categoria de «técnico administrativo» e exerce a função de «assegurar o expediente próprio das relações com as instituições da Segurança Social». Outro trabalhador foi também contratado para “serviços administrativo”, tem a mesma categoria, mas cabe-lhe manter

⁵⁴ Cfr. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho - Parte II, Situações laborais individuais*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 437.

⁵⁵ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 213.

⁵⁶ Cfr. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.* p. 438.

⁵⁷ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.* p. 438.

⁵⁸ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, pp. 213-214.

permanentemente actualizado o registo do “stock” do hipermercado”; a outra situação reflecte-se em dois trabalhadores, que embora contratados para a mesma actividade e ingressem na mesma categoria, desempenham funções diferentes, partindo do exemplo do mesmo Autor, “um trabalhador é contratado por uma oficina de reparação de automóveis para exercer actividades de mecânica-auto, é-lhe reconhecida a categoria de “1.º oficial” e atribuída a função de verificar e reparar caixas de velocidades; outro trabalhador é admitido na mesma oficina e também para actividades de mecânica-auto, mas é-lhe conferida a categoria de “encarregado da oficina” e entregue a função de receber clientes, fazer o diagnóstico inicial e distribuir diariamente o serviço pelos mecânicos”.

Como aduz MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO⁵⁹, “a atribuição da função ao trabalhador cabe ao empregador e este acto tem uma importância evidente: ao atribuir a função, o empregador concretiza o débito negocial do trabalhador, em consequência, limita o dever de obediência deste. A partir desta delimitação, o empregador apenas poderá, em princípio⁶⁰ exigir ao trabalhador o desempenho das tarefas compreendidas no objecto do contrato, que ficou determinado através da atribuição da função”⁶¹.

Normalmente, o conteúdo das funções correspondentes às categorias estão pré-determinados: “as convenções colectivas de trabalho inserem, quase sempre, «descritivos» das funções que caracterizam cada uma das categorias de um elenco também contratualmente definido. Quando a classificação profissional aparece assim normativamente condicionada – o que, pode dizer-se constitui a regra na indústria, no comércio e nos serviços –, há que colocar as questões das *correlações entre categoria e função*, sob o ponto de vista da certeza do estatuto profissional de cada trabalhador”⁶².

Como lembra ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁶³, aliás, estão aqui em causa várias questões: “tem o trabalhador que ser qualificado numa das categorias descritas, ainda que a função principal exercida por ele não se compreenda inteiramente no «descritivo» de qualquer delas? Podem ser-lhe atribuídas funções diversas das que correspondem à sua categoria?” como oposto desta, “*têm* que ser-lhe cometidas funções

⁵⁹ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 438.

⁶⁰ Sublinhado nosso.

⁶¹ Trata-se do princípio da invariabilidade da prestação, que posteriormente será abordado a propósito do art. 118.º, n.º 1.

⁶² Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *ob. cit.*, p. 214.

⁶³ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *ob. cit.*, p. 214.

previstas no “descritivo” da categoria que detém? pode a entidade empregadora, unilateralmente alterar a função exigida ao trabalhador, mantendo-se dentro dos limites das que correspondem à sua categoria?”.

Relativamente à primeira questão – saber se a atribuição de uma categoria ao trabalhador é obrigatória, mesmo que a actividade contratada não corresponde directamente a nenhuma das possíveis – a resposta pode retirar-se das convenções colectivas, de onde se conclui que a actividade empregadora está obrigada a atribuir ao trabalhador uma das categorias convencionalmente fixadas, “uma vez que o critério de classificação profissional é contratualizado, assumindo assim valor normativo, há que subsumir nos «modelos» categoriais previstos a função concretamente assumida pelo trabalhador”⁶⁴.

Na impossibilidade de um encaixe pleno, a correspondência deverá ser efectuada de acordo com “a categoria cujo «descritivo» mais se aproxime do tipo de actividade concretamente prestado”⁶⁵ e, na hipótese de se demonstrar adequada mais do que uma categoria terá de ser atribuída ao trabalhador a mais elevada, isto é, a que corresponder às funções mais valorizadas de entre as que lhe estão confiadas⁶⁶.

Não se pode esquecer que a categoria não significa apenas um determinado estatuto remuneratório para o trabalhador, mas é, também uma referência fundamental para a protecção da sua profissionalidade logo, “estas directrizes reflectem, como se disse, o primado de um *critério normativo* de classificação profissional – critério ao qual não pode substituir-se o da entidade empregadora”⁶⁷. Porém, não quer dizer que seja vedada a possibilidade da entidade empregadora, enquanto titular de uma organização de trabalho, aplicar internamente o seu próprio critério de classificação de funções, ou seja, os postos de trabalho de determinada empresa podem apresentar-se com uma terminologia distinta da que a convenção colectiva aplicada oferece e o mesmo poderá acontecer no que toca às práticas retributivas.

Assim, como refere ANTÓNIO MONTEIRO FERNADES⁶⁸, “a convenção colectiva de trabalho não é um meio de padronização da estrutura das empresas nem um

⁶⁴ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNADES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 215.

⁶⁵ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNADES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 215.

⁶⁶ Solução não só acolhida na prática contratual mas também na jurisprudência: relativamente à atribuição da categoria mais elevada ver Ac. STJ 14/10/87 (AD 328, 558), referenciado por ANTÓNIO MONTEIRO FERNADES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 215.

⁶⁷ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNADES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 215.

⁶⁸ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNADES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, pp. 215-216.

modelo imperativo de organização do trabalho. É, sim, uma norma reguladora das *relações de trabalho*, definidora de direitos e obrigações que se inscrevem nos contratos individuais de trabalho, e a cuja efectividade se acha instrumentalizado um certo sistema de classificação profissional”.

Contudo, “o papel de um tal sistema esgota-se aí. *Desde que o estatuto profissional decorrente da categoria convencionalmente aplicável esteja salvaguardado*, nada impede que a situação funcional do trabalhador, na concreta organização em que está integrado, seja qualificada e tratada de acordo com um diferente critério e segundo uma lógica diversa. De outro modo, o sistema convencional de classificação conferiria à organização e à gestão da empresa, naturalmente dinâmicas, uma rigidez artificial e desnecessária”.

Quanto às restantes questões relacionadas com o nexó categoria/função, – saber se podem ser atribuídas ao trabalhador funções distintas das que definem a sua categoria ou se pode a entidade empregadora, sem a anuência do trabalhador, modificar a actividade exigida dentro do género correspondente á categoria que ele detém –, encontrar-se-á resposta nos capítulos seguintes.

III. Funções desempenhadas pelo Trabalhador

1. A Lei 21/96 de 23 de Julho e o chamado “Princípio da Polivalência Funcional” na LCT

Longe estavam os tempos em que a classe empresarial estava interessada na fixação da mão-de-obra com uma excessiva rigidez. Factores como a crise económica dos anos 70, a grande vaga tecnológica e o crescente alargamento dos mercados dos anos oitenta, influenciaram bastante o mercado de trabalho, reclamando pela mobilidade e flexibilidade da mão-de-obra⁶⁹. É neste contexto que surge a Lei 21/96 de 23 de Julho⁷⁰, ampliando o poder de direcção do empregador. E por sua vez, é com a entrada da referida Lei que surge o chamado “princípio da polivalência funcional”.

A possibilidade de o empregador poder exigir, ao trabalhador, o exercício de outras funções que não faziam parte da sua categoria já existia antes da entrada da Lei supra referida, nos termos dos números 2 e 3 da redacção original do artigo 22.º da LCT, que acolhia esta possibilidade através do recurso ao *jus variandi*⁷¹.

Será, agora, dada atenção a uma outra excepção possível. Esta excepção surge pelo artigo 6.º da Lei 21/96 de 23 de Julho que, ao alterar o artigo 22.º da LCT, alarga a possibilidade de o empregador exigir do trabalhador outras funções, “através da criação duma outra figura de variabilidade do objecto do contrato de trabalho, conhecida vulgarmente como polivalência funcional”⁷².

⁶⁹ Cfr. Neste sentido, MARIA MANUELA MAIA DA SILVA. QL, Ano IV, n.ºs 9 -10, 1997, p. 62. A Autora refere que “ao defendermos a mobilidade do trabalhador como meio de dinamismo profissional contra a estagnação, advertimos, contudo, que a flexibilidade da mão-de-obra não pode tornar-se no instrumento de reafirmação do poder empresarial, nem ser a panaceia de todos os males empresariais, nem a sua falta pode constituir o bode expiatório do fracasso das medidas empresariais”. Veja-se ainda MENÉRES PIMENTEL, *Flexibilidade e Polivalência Funcional*, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1998, pp. 97-102.

⁷⁰ Normalmente referida como “Lei da adaptabilidade e da polivalência”.

⁷¹ Porém, esta possibilidade, o *jus variandi*, será abordada no capítulo seguinte.

⁷² Cfr. AMADEU DIAS, *Redução do tempo de Trabalho, Adaptabilidade do horário e Polivalência Funcional* (Lei n.º 21/96, de 23 de Junho), *Comentários e Notas Críticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 123. Cfr. No mesmo sentido, ANTÓNIO VILAR, *ob. cit.*, p. 148, segundo o Autor “Flexibilidade funcional, mobilidade funcional e polivalência – são as três expressões entre nós mais correntes para designar o poder do empregador ampliar as actividades prestacionais do trabalhador, a que se referem os n.ºs 2 a 6 do art. 22.º da LCT (...)”. Contudo, o Autor alerta que “a flexibilidade do mercado de trabalho não é a panaceia para todos os males da sociedade e da ecónomia, pois é uma solução que privilegia os interesses dos empregadores”.

A referida Lei ocupou-se de três pontos essenciais da relação de trabalho: “do seu *quantum*, do seu *quando* e do seu *quid*”⁷³, isto é, quanto, quando e o quê. Aqui, focaremos a nossa atenção somente num destes aspectos, o *quid*, ou seja, na introdução das novas regras referentes ao tipo de tarefas que agora passam a ser exigíveis ao trabalhador.

Com a alteração levada a cabo, pelo artigo 6.º da Lei 21/96, o artigo 22.º da LCT viu a sua epígrafe alterada, que passou de “prestação pelo trabalhador de serviços não compreendidos no objecto do contrato de trabalho” a “prestação pelo trabalhador de actividades compreendidas ou não no objecto do contrato”.

Além da alteração da epígrafe, o artigo passou a comportar oito e não três números, como se verificava na redacção inicial⁷⁴, sendo que, o primeiro continuava a manter a regra da inalterabilidade do objecto da prestação, os números 2 a 6 a inserir o chamado “princípio da polivalência funcional” e os números 7 e 8 a manter a possibilidade de alteração do objecto da prestação do trabalhador, através do exercício do *jus variandi*.

A reformulação do Artigo 22.º da LCT, levada a cabo pela Lei 21/96, nomeadamente, com a inserção deste princípio da polivalência, teve como orientação o Acordo de Concertação Social de Curto Prazo⁷⁵, celebrado em 24 de Janeiro de 1996, no

⁷³ Cfr. JORGE LEITE, *Flexibilidade Funcional*, Questões Laborais, Ano IV, n.º 9-10, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 5.

⁷⁴ Redacção primitiva do artigo 22.º da LCT: 1 - O trabalhador deve, em princípio, exercer uma actividade correspondente à categoria para que foi contratado. 2 - Salvo estipulação em contrário, a entidade patronal pode, quando o interesse da empresa o exija, encarregar temporariamente o trabalhador de serviços não compreendidos no objecto do contrato, desde que tal mudança não implique diminuição na retribuição, nem modificação substancial da posição do trabalhador. 3 - Quando aos serviços temporariamente desempenhados, nos termos do número anterior, corresponder um tratamento mais favorável, o trabalhador terá direito a esse tratamento. Redacção após a lei 21/96 de 23 de Julho: 1 - O trabalhador deve, em princípio, exercer uma actividade correspondente à categoria para que foi contratado. 2 - A entidade patronal pode encarregar o trabalhador de desempenhar outras actividades para as quais tenha qualificação e capacidade e que tenham afinidade ou ligação funcional com as que correspondem à sua função normal, ainda que não compreendidas na definição da categoria respectiva. 3 - O disposto no número anterior só é aplicável se o desempenho da função normal se mantiver como actividade principal do trabalhador, não podendo, em caso algum, as actividades exercidas acessoriamente determinar a sua desvalorização profissional ou a diminuição da sua retribuição. 4 - O disposto nos dois números anteriores deve ser articulado com a formação e a valorização profissional. 5 - No caso de às actividades acessoriamente exercidas corresponder retribuição mais elevada, o trabalhador terá direito a esta e, após seis meses de exercício dessas actividades, terá direito a reclassificação, a qual só poderá ocorrer mediante o seu acordo. 6 - O ajustamento do disposto no n.º 2, por sector de actividade ou empresa, sempre que necessário, será efectuado por convenção colectiva. 7 - Salvo estipulação em contrário, a entidade pode, quando o interesse da empresa o exija, encarregar temporariamente o trabalhador de serviços não compreendidos no objecto do contrato, desde que tal mudança não implique diminuição na retribuição, nem modificação substancial da posição do trabalhador. 8 - Quando aos serviços temporariamente desempenhados, nos termos do número anterior, corresponder um tratamento mais favorável, o trabalhador terá direito a esse tratamento.

⁷⁵ Disponível para consulta in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXXVIII, N.ºs 1-2-3-4, 1996, pp. 405-425.

âmbito da Comissão Permanente de Concertação Social do Conselho Economico e Social.

Do ponto 1.3 da Parte IV do Acordo, supra referido, retirava-se que: “em articulação com a formação e a valorização profissional, será legalmente consagrado um princípio de polivalência – o objecto do contrato de trabalho abrange as actividades para as quais o trabalhador está qualificado e ao alcance das suas capacidades, e que tenham afinidade ou ligação funcional com as que correspondem à sua função normal, ainda que não compreendidas na definição da categoria inerente”.

Antes de mais, importa saber do que se está a falar quando se fala em polivalência⁷⁶. De senso comum, quando falamos de polivalência, neste quadro, automaticamente somos remetidos para o sujeito, aqui trabalhador, que é capaz de executar uma multiplicidade de funções, “não propriamente um *faz - tudo*, um *pau para toda a obra*, mas alguém com múltiplas habilitações, capaz de enfrentar os imprevistos surgidos no oferecimento da sua prestação, aberto à inovação e ao desenvolvimento, que domina e gere o seu próprio processo produtivo”⁷⁷.

Porém, a realidade prevista, nos n.ºs 2 a 6 do artigo 22.º da LCT, parece não evidenciar tanto o trabalhador *capaz de fazer tudo*, ou seja, não se refere em primeira linha para uma qualidade ou característica do mesmo, mas antes para o poder que o empregador tem ao seu dispor em exigir determinada tarefa ao trabalhador distinta da(s) que inicialmente foram estabelecidas.

Como refere JORGE LEITE⁷⁸, a Lei 21/96 de 23 de Julho, no que concerne ao aditamento dos n.ºs 2 a 6 da LCT “incide mais no poder do empresário de exigir do devedor o desempenho de várias funções ao longo da vida da relação jurídico-laboral do que no saber-fazer plural do trabalhador”.

A abordagem da nova redacção do artigo 22.º da LCT passará em primeira linha pela análise da epígrafe do mesmo, de onde se pode ler, como já referimos, “actividades compreendidas ou não no objecto do contrato”. Temos, de seguida, que tentar decompor este enunciado e estabelecer uma correspondência entre o mesmo e o conteúdo do artigo 22.º, ou seja, através da análise de todos os preceitos normativos do artigo, identificar

⁷⁶ Cfr. Neste sentido, JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 5, refere que “correspondendo a um *saber-fazer plural*, a polivalência (*polys*, do grego + *valentia*, plural neutro do latim *valens-tis*) é uma condição de mobilidade ou de flexibilidade funcional do trabalhador e, consequentemente, um limite do poder do empregador de variação da prestação de trabalho”.

⁷⁷ Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *A mobilidade funcional e a nova redacção do art. 22.º da LCT*, RDES, Ano XXXIX, N.ºs 1-2-3, 1997, p. 55.

⁷⁸ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.* p. 6.

quais os que se inserem nas actividades compreendidas no objecto do contrato e quais os que ficam excluídos desse objecto.

Na verdade, o referido artigo, consagra no seu n.º 1 a regra geral das funções compreendidas no objecto do contrato, por sua vez, os n.ºs 7 e 8 não deixam, de igual modo, dúvidas de que se trata de funções não compreendidas no objecto do contrato, resta-nos, portanto a análise dos n.ºs 2 a 6 e realizar a respectiva correspondência.

O legislador não facilitou muito esta tarefa surgindo assim os primeiros problemas, relativamente ao enquadramento da nova figura da polivalência, “que referindo-se a actividades que se encontram, originalmente fora do objecto do contrato de trabalho (caso contrário estas normas seriam desnecessárias, dado que tais tarefas seriam exigíveis com fundamento no contrato) parece passar a incluí-las no mesmo, mediante uma manifestação de vontade nesse sentido do empregador, desde que sejam observados os requisitos legais”⁷⁹.

Não obstante essas dificuldades “parecia líquida a conclusão de que se tratava de um alargamento do poder de direcção do empregador, sujeito a certos pressupostos e requisitos de exercício: observados os pressupostos do n.º 2 e os requisitos dos n.ºs 3 a 5 do art. 22.º da LCT, passava a ser lícito exigir ao trabalhador, no exercício do poder de direcção (ou, dizendo-o de outra forma, no âmbito da gestão ordinária da prestação) a execução de certas tarefas não compreendidas na actividade contratada”⁸⁰.

Deste modo, verifica-se que o legislador não adoptou o sentido utilizado no Acordo de Concertação Social de Curto Prazo de 1996, “com efeito, no texto do Acordo, era o objecto do contrato que era alargado *ope legis* – «o objecto do contrato de trabalho abrange as actividades para as quais o trabalhador está qualificado ...»; mas no texto legal não se foi tão longe, e a possibilidade de alargamento do objecto do contrato é uma faculdade do empregador, condicionada nos termos legais, e que exige uma manifestação inequívoca da vontade deste”⁸¹.

⁷⁹ Cfr. CATARINA CARVALHO, *O exercício do ius variandi no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional*, in JURIS ET DE JURE – Nos 20 nos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa-Porto, (coord. MANUEL AFONSO VAZ), Porto, Novembro, 1998, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 1036 e 1037.

⁸⁰ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.* p. 170. Cfr. Ainda, a este propósito, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *A categoria profissional e o objecto do contrato de trabalho*, *Questões Laborais*, ano V, n.º 12, 1998, pp. 142-143, que descreve o artigo 22.º n.º 2 como “uma posição heterónoma incidente sobre o conteúdo dos contratos de trabalho”, nos termos da qual “seja qual for o conteúdo das estipulações individuais, e mesmo que (em último termo) os contraentes definam, de modo pormenorizado e exclusivo, as tarefas acordadas, pretendendo assim, demarcar com maior rigor a amplitude do objecto do contrato, manter-se-ão dentro desse objecto as actividades próximas a que se refere aquele enunciado”.

⁸¹ Cfr. AMADEU DIAS, *ob. cit.*, p. 141.

Resumindo, a chamada polivalência funcional, assume-se como instrumental, servindo o objecto da flexibilidade, percorrendo simultaneamente “o objectivo e as formas de adaptação das empresas, organizações e pessoas às realidades, sempre mutáveis, das condições, necessidades e preferências do mercado, à evolução tecnológica e ao desenvolvimento da concorrência, obtido e suportado em novos e diferentes modos de utilização da mão-de-obra”⁸².

Não esqueçamos que a forma como se desempenha o trabalho, o próprio funcionamento das empresas e as inovações tecnológicas são, sem dúvida, realidades em constante evolução, logo estas mudanças irão fazer-se sentir no conteúdo da prestação do trabalho.

Sendo o contrato de trabalho caracterizado pelo carácter duradouro e tendo em atenção a realidade empresarial, este assumirá o rosto de um contrato incompleto e como tal, “o credor da prestação tem o poder de, em cada momento, ajustar e organizar o trabalho, adequando-o às exigências da organização e articulando cada prestação com as realidades com os demais trabalhadores. O específico modo de aproveitamento da actividade que é proporcionado pelo contrato de trabalho implica que a definição da prestação a realizar pelo trabalhador seja feita com alguma indeterminação, abrindo espaço ao poder de direcção do empregador”⁸³.

Assim, “até ao início da vigência desta Lei, exceptuando-se o caso do *ius variandi*, era absolutamente vedado ao empregador a faculdade de cometer ao trabalhador quaisquer actividades não compreendidas na sua categoria. Agora, as alterações introduzidas alteraram os poderes do empregador no que respeita à utilização

⁸² Cfr. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Polivalência Funcional - requisitos de concretização*, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. I, Instituto de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2001, p. 296. Cfr. No mesmo sentido, ANTÓNIO VILAR, *ob. cit.* pp. 158 -159, referindo que “aliás, um dos objetivos a prosseguir através da polivalência funcional pode ser o de propiciar a adaptação do trabalhador às mutações tecnológicas, organizacionais ou outras, favorecer a promoção profissional, melhorar a qualidade do emprego e contribuir para o desenvolvimento cultural, económico e social do trabalhador”. Cfr. No âmbito da contratação colectiva, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *A Polivalência Funcional na Regulamentação Colectiva do Trabalho 1996 a 2000*, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, (coord. PEDRO ROMANO MARTINEZ), vol. III, Instituto de Direito do Trabalho Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2002, p. 52, de onde se retira que “na pesquisa das referências feitas à polivalência nesta fonte de Direito do Trabalho importa isolar, desde logo, uma dimensão subjectiva, na qual a polivalência surge como critério qualificativo de trabalhadores a quem são reconhecidas qualidades performativas individualizadoras e distintas de outros de idêntica categoria, profissão ou nível de qualificação. Trabalhador polivalente é o capaz de exercer com regularidade tarefas de diversas profissões do mesmo nível de qualificação ou funcional, razão por que merece o título de *oficial principal* da respectiva profissão, seja ela a de electricista, de construtor civil ou de técnico de manutenção industrial”.

⁸³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 166.

da mão-de-obra, conferindo-lhe a faculdade de modificar unilateralmente, em circunstâncias de normalidade empresarial, as tarefas do trabalhador, que fica então obrigado a disponibilizar outras actividades, ainda que não compreendidas na respectiva categoria, desde que tenham afinidade ou ligação funcional com as actividades correspondentes à sua função normal”⁸⁴.

1.1. Condições para o exercício da “polivalência funcional”

Da análise geral dos n.ºs 2 a 6 do artigo 22.º da LCT podemos retirar vários pontos essenciais para o estudo deste regime:

- o empregador tem a faculdade de exigir do trabalhador outras actividades, ainda que não compreendidas na definição da categoria respectiva;
- esta faculdade só será lícita se o trabalhador tiver qualificação e capacidades;
- as actividades têm que ter afinidade ou ligação funcional com aquelas que correspondem à sua função normal;
- este poder, só pode ser usado se o exercício da função normal do trabalhador se mantiver como actividade principal;
- as funções exercidas a título acessório não poderão acarretar para o trabalhador desvalorização profissional ou diminuição da retribuição;
- a retribuição pode no entanto ser elevada, no caso de às funções acessórias corresponder retribuição mais elevada;

⁸⁴ Cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Flexibilidade e Polivalência*, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1998 p. 137. Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO VILAR, *ob. cit.*, p. 151, “ao estabelecer que o trabalhador fica obrigado a disponibilizar outras actividades, ainda que não compreendidas na respectiva categoria, desde que tenham afinidade ou ligação funcional com as actividades correspondentes à sua função normal, a Lei 21/96 veio introduzir algumas especificidades. Agora, os princípios da contratualidade e da correspondência têm que se articular com o desvio *relacionista*; o poder normal do empresário passa a ocupar espaços que antes eram reservados ao quadro do seu poder excepcional; o critério de identificação do objecto do contrato passa a ter que ser complementado com o da afinidade ou ligação funcional com as actividades correspondentes à função normal do trabalhador”. Veja-se ainda BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Polivalência e Mobilidade*, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1998, pp. 130-131, o Autor faz referência às vantagens da polivalência referindo que “1. Haverá, por certo, consenso quanto às vantagens da polivalência como enriquecimento profissional do trabalhador e como aumento da sua empregabilidade. 2. Haverá ainda consenso quanto à necessidade de o contrato de trabalho se adaptar a novas condições como preço de garantia de segurança no emprego. 3. Haverá ainda consenso quanto às necessidades de constante redefinição dos pontos de trabalho nas empresas em funções da evolução organizativa e tecnológica e das novas concepções sobre organização de trabalho (trabalho em equipas, maior autonomia decisória).”

- o trabalhador, se assim entender, após seis meses do exercício destas funções acessórias terá direito a reclassificação.

Verificamos assim, que a lei exige determinadas condições, para que o empregador possa lançar mão desta nova faculdade, designada por polivalência funcional. Por sua vez, estas condições, podem ser divididas em condições objectivas e subjectivas e, além disso, segundo JORGE LEITE⁸⁵, as primeiras podiam ainda, agrupar-se em positivas ou negativas. Mostra-se assim necessário, para um melhor entendimento, tentar descortinar e enquadrar os conceitos referidos nos números 2 a 6 do artigo 22.º da LCT.

1.1.1. Condições objectivas

1.1.1.1. Condições objectivas positivas⁸⁶

1.1.1.1.1. Afinidade

De acordo com o n.º 2 do artigo 22.º as novas funções, ainda que não compreendidas na definição da categoria respectiva, categoria estatuto, têm de ter afinidade ou ligação funcional⁸⁷ com a função normal do trabalhador⁸⁸.

⁸⁵ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, pp. 32-34.

⁸⁶ Além das condições objectivas positivas que serão enunciadas, há ainda quem lhe acrescente uma outra, mesmo que não expressa legalmente, assim, para LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Polivalência Funcional – requisitos...*, *ob. cit.*, p. 304, o interesse da empresa é condição objectiva positiva para o trabalho polivalente. Fundamenta o Autor que, este interesse não se pode deixar de parte pois “é critério estruturante do exercício de todos os poderes patronais”. Em sentido contrario, cfr. AMADEU DIAS, *ob. cit.*, p. 151, refere que “a reacção do trabalhador a uma determinação de polivalência funcional não pautada pelo interesse da empresa, não poderá consistir na recusa de obediência (art. 20.º, n.º 1, al. c)”. Ver ainda, neste sentido, MARIA JOÃO MACHADO, *A polivalência funcional*, Trabalho e Segurança Social, N.º 3, Março/1997, p. 12.

⁸⁷ Como refere AMADEU DIAS, *ob. cit.* p. 145, é necessário ter em conta “que as duas expressões não são ligadas pela copulativa «e», correspondente a cumulação de requisitos diversos, mas pela disjuntiva «ou», significando identidade de significado dos dois termos, ou indiferença, para os fins legais, do recurso à afinidade ou à ligação funcional. Entende-se que é esta última a posição em que se coloca o legislador – através da polivalência, o empregador tento pode incumbir o trabalhador do desempenho de actividades próximas, acessórias ou complementares – afinidade – como de actividades que com a própria da sua categoria-função apresentem correlação, por integradas num mesmo processo produtivo – ligação funcional”.

⁸⁸ Dado que existe a possibilidade das novas actividades estarem ou não compreendidas na categoria estatuto do trabalhador pode concluir-se, e seguindo de perto AMADEU DIAS, *ob. cit.*, pp. 155-156, que a lei acolhe duas modalidades de polivalência. O Autor fala de polivalência limitada, quando as novas tarefas fazem parte da mesma categoria estatuto, e de polivalência ampla quando a função que o trabalhador desempenha está integrada numa determinada categoria estatuto e as novas funções que irá realizar, acessórias, integram outra categoria estatuto.

Quando falamos de “afinidade” automaticamente somos remetidos para o campo da “semelhança, homogeneidade, de proximidade quanto à natureza e características das funções em confronto”⁸⁹. Deste modo, “o juízo de afinidade implica, pois, o estabelecimento de uma comparação entre funções, o que por seu turno, requer a identificação de um critério de comparação (*tertium comparationis*)”⁹⁰. Aqui, demonstra-se necessário ter em conta a finalidade desta operação, sendo que, este critério comparativo terá de ser coerente com o sentido do regime em que se insere, caminhando no sentido do conteúdo do contrato, ou seja, respeitando o modelo organizativo e funcional em situações de normalidade empresarial.

Por outro lado, não podemos esquecer que a actividade contratada também corresponde a certa posição empresarial, e não só a um conjunto de tarefas a desempenhar. Desta forma, e como refere ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO⁹¹, “podemos concluir que a “afinidade” convoca as dimensões atinentes aos conteúdos técnicos, ao grau de complexidade das tarefas, à sua inserção na empresa à sua centralidade e importância na organização produtiva. São estes os aspectos a considerar para que seja possível apurar a existência de uma relação de afinidade entre as tarefas”.

1.1.1.1.2. Ligação funcional

A ligação funcional “apela à ideia de instrumentalidade da actividade acessória relativamente à actividade principal. Dir-se-á, assim, que uma actividade tem ligação funcional com outra quando ambas se inserem no mesmo processo produtivo, ou seja, quando o resultado de uma implica, exige ou postula a outra”⁹².

Este requisito está assim relacionado com a forma como é desenvolvido o processo de trabalho na empresa. Sendo que uma actividade encontrar-se-á ligada a outra quando é condição dela, verificando-se aqui uma relação de instrumentalidade, ou, por sua vez, quando é condicionada por ela, falamos de mera sequencialidade. Assim,

⁸⁹ Cfr. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Polivalência Funcional - requisitos...*, ob. cit., p. 302. Cfr. No mesmo sentido, AMADEU DIAS, ob. cit., p. 144, que tendo por base o *Dicionário Enciclopédico de Língua Portuguesa*, de Publicações Alfa, de 1992, para o qual é dado a afinidade o significado de conformidade, analogia, semelhança ou relação, concluiu que “actividades com afinidade com outras serão actividades análogas, conformes, relativas ou semelhantes a outras”.

⁹⁰ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 179.

⁹¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 179.

⁹² Cfr. JORGE LEITE, ob. cit., p. 33.

nas palavras de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁹³, para adensar o conceito de ligação funcional há que ter em conta “a contiguidade ou proximidade lógico-funcional entre as duas actividades – não podendo bastar que elas constituam segmentos, mais ou menos distanciados, de um mesmo «processo»”.

Contudo, é necessário relembrar, como anteriormente foi referido, que a actividade contratada demarca uma determinada posição do trabalhador na organização empresarial logo, para determinar a “contiguidade ou proximidade lógico-funcional” com a actividade contratada, será necessário decifrar o grupo dos postos de trabalho que poderão eventualmente condizer com essa posição.

Desta forma, “a partir deste posicionamento, que envolve não apenas um certo conteúdo funcional mas também um perfil específico, é possível precisar um espaço de contiguidade ou proximidade, abrangendo os postos de trabalho cuja ocupação não envolva o esvaziamento ou a distorção da posição do trabalhador”⁹⁴ sendo que, “a concretização destes critérios dificilmente pode ser feita com elevado grau de abstracção, sem atender ao género de actividade e ao modelo de organização produtiva”⁹⁵.

1.1.1.1.3. Carácter acessório

O poder do empregador em ampliar as actividades do trabalhador só é possível se o trabalhador continuar a exercer a sua função normal como actividade principal (art. 22.º, n.º 3), ou seja, as novas actividades encarregadas ao trabalhador têm que ser exercidas acessoriamente às actividades da sua função normal⁹⁶.

⁹³ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 225.

⁹⁴ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 180-181.

⁹⁵ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 180-181.

⁹⁶ Veja-se, por ex. o Ac. STJ, de 23/3/2000, CJ/STJ, Ano VIII, 2000, Tomo I, p. 289. Do presente acórdão resulta que “I – O contrato de trabalho confere à entidade patronal um poder de autoridade sobre o trabalhador ao seu serviço com vista a assegurar o bom funcionamento da empresa, direito esse que resulta directamente do contrato de trabalho. II – A entidade patronal pode ordenar a execução de trabalhos que não se enquadram na categoria profissional do trabalhador, desde que elas se insiram no mesmo processo produtivo e o trabalhador continue a exercer as funções nucleares da sua categoria”; o Ac. RL, de 9/12/2004, CJ, Ano XXIX, 2004, Tomo V, p. 154, “I – Os princípios da mobilidade, flexibilização ou polivalência funcional não admitem o afastamento do exercício das funções inerentes à categoria profissional do trabalhador. II – Se o empregador ordena a execução de tarefas não correspondentes à categoria profissional necessário é que elas tenham afinidade ou ligação funcional com as actividades da categoria que sejam exercidas em cumulação com a actividade principal. III – Se a entidade patronal ordena a execução de tarefas

Como esclarece JORGE LEITE⁹⁷ “a *accessoriedade* da actividade a realizar ao abrigo deste poder de direcção ampliado sugere, assim, não apenas a ideia de cumulação de actividades como também a ideia da sua secundarização, ou seja, a ideia de que a mesma ocupa um papel menor no conjunto da actividade do trabalhador e não, como parece óbvio, a ideia de que é, necessariamente, uma actividade menos importante. Acessória é, pois, neste sentido, toda a actividade, em regra específica de outra função, que se junta, como actividade suplementar e secundária, às actividades correspondentes à função normal do trabalhador que se mantêm como suas actividades principais”.

1.1.1.1.4. Carácter transitório

Da análise ao artigo 22.º da LCT verifica-se que o carácter transitório não encontra expressão legal em nenhum dos seus números todavia, as posições doutrinárias divergem quanto à existência ou não de um requisito de transitoriedade.

Protegendo a teoria de que a polivalência não está sujeita a qualquer limite temporal *verbi gratia*, JOSÉ JOÃO ABRANTES⁹⁸, referindo que “contrariamente ao que se passa com o *ius variandi*, não consta da lei qualquer referência a um carácter transitório da polivalência. Poder-se-ia dizer que este requisito resultaria, indirectamente, do direito à reclassificação (...) mas a verdade é que a polivalência não está, à partida, sujeita a qualquer prazo, uma vez que a oposição do trabalhador à reclassificação a que tem direito não é um facto impeditivo do exercício do poder de ampliação conferido ao empregador”.

Em sentido algo diferente, parte da doutrina defende a existência do carácter transitório da polivalência, entendendo que este requisito resulta indirectamente do direito de reclassificação, previsto no n.º 5 do mesmo artigo. Ora se pensarmos que após seis meses de exercício das funções acessórias o trabalhador obtém o direito a reclassificação, somos remetidos para uma baliza temporal, podendo o empregador apenas durante seis meses submeter o trabalhador a esse exercício.

com cujo exercício deixaria de manter a sua função normal como actividade principal, essa ordem é ilegítima. IV – A desobediência a tal ordem não constitui justa causa de despedimento”.

⁹⁷ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 34.

⁹⁸ Cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *ob. cit.* p. 139. Consultar ainda, no mesmo sentido, AMADEU DIAS, *ob. cit.* p. 152, referindo o Autor que “é a transitoriedade do *jus variandi* contra o carácter definitivo da polivalência um dos aspectos mais salientes da distinção entre os dois regimes derogatórios da regra geral do n.º 1 do artigo” e CATARINA CARVALHO, *ob. cit.*, p. 1043.

Contudo, como elucida JORGE LEITE⁹⁹, embora se retire indirectamente este requisito do direito à reclassificação, “a transitoriedade é, porém, apenas tendencial, já que a oposição do trabalhador à reclassificação a que tem direito não é um facto impeditivo do exercício do poder consagrado (...) aliás, se se entender, como parece razoável, que o direito à reclassificação só existe para categoria não inferior, haverá de concluir-se que o regime de cumulação ou não é meramente transitório ou só pode respeitar a funções de nível igual ou superior”.

1.1.1.2. Condições objectivas negativas

1.1.1.2.1. Desvalorização profissional

De acordo com o n.º 4 do artigo 22.º da LCT “o disposto nos dois números anteriores deve ser articulado com a formação e a valorização profissional”, isto é, a afectação do trabalhador a tarefas afins ou funcionalmente ligadas não pode implicar a desvalorização profissional do trabalhador. Surgindo assim como o primeiro limite negativo, ao poder ampliado do empregador, a proibição de desvalorização profissional, não podendo o empregador sujeitar o trabalhador a determinadas tarefas cuja execução implique a desvalorização profissional deste último.

Este conceito, além de não ser um conceito normativo, também não é um conceito de clara precisão. Para o tentar descortinar, tentar-se-á ter em conta as leis relativas à formação profissional. Neste sentido, de acordo com o artigo 3.º, n.º 3 do DL

⁹⁹ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p 34. Cfr. No mesmo sentido, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Polivalência Funcional - requisitos...*, *ob. cit.*, p. 304, o Autor refere que “tendencialmente, afigura-se correcto aludir ao carácter transitório da polivalência, pois após seis meses de exercício dessas funções, o trabalhador pode ser reclassificado (art. 22º/5), o que, a acontecer extingue a polivalência. No entanto, em duas situações parece possível manter por tempo indeterminado a obrigação de prestar funções em regime de polivalência. Em primeiro lugar, a reclassificação parece pressupor a promoção ou, no mínimo, a integração em categoria do mesmo nível hierárquico. É o que resulta tanto da disciplina comum do contrato de trabalho (cfr. art. 23.º), como da articulação literal entre a hipótese reclassificativa e o aumento da retribuição. Ora, a polivalência também permite a prestação de funções inerentes a categoria inferior, como evidencia a regulamentação das hipóteses de “desvalorização, profissional” e de “diminuição da retribuição” (art. 22º/3, *in fine*). Nesta hipótese, haverá polivalência sem possibilidade de reclassificação e, por isso, sem termo resolutivo. Por outro lado, a reclassificação depende da vontade do trabalhador, de manifestação obviamente não obrigatória. Caso o não faça, o trabalhador não fica desobrigado da prestação polivalente, cumpridos que estejam os demais requisitos legais. Em ambos os casos, o trabalhador continuará obrigado à polivalência enquanto o empregador nisso tiver interesse”.

401/91 de 16-10¹⁰⁰, a formação, no que respeita à pessoa do trabalhador, tem por objectivos, a promoção profissional, à melhoria da qualidade do emprego e o desenvolvimento cultural, económico e social. Deste modo, é legítimo afirmar que existe “desvalorização profissional se e quando as funções acessoriamente exercidas se mostrem inibitórias ou inviabilizadoras destes objectivos”¹⁰¹.

Seguindo este raciocínio, AMADEU DIAS¹⁰² afirma que “a expressão valorização profissional¹⁰³, utilizada no n.º 4 do art. 22.º, significa a prossecução de todos ou alguns dos objectivos identificados no n.º 3 do art. 3.º do Dec. - Lei n.º 401/91 como finalidades da formação profissional contínua, mesmo que se não trate da promoção profissional ou evolução na carreira”, por sua vez, “o conceito de desvalorização profissional, ou desqualificação profissional, é, por contraposição, a prossecução, consciente ou não, de objectivos que se traduzam na negação das finalidades enunciadas no n.º 3 do art. 3.º do mesmo Dec. - Lei n.º 491/91”.

1.1.1.2.2. Diminuição da retribuição

Um outro limite negativo ao ampliado poder de direcção do empregador, assenta na proibição da diminuição da retribuição do trabalhador, como se pode retirar do n.º 3 do artigo 22.º “em caso algum, as actividades exercidas acessoriamente podem determinar a (...) a diminuição da sua retribuição”. Porém, isto não significa que seja vedada a possibilidade ao empregador da atribuição de novas funções cuja retribuição seja menor.

O que aqui se pretende dizer é que “a retribuição do trabalhador não pode ser negativamente afectada pela cumulação de funções, pelo que se às funções acessoriamente exercidas, supondo-o legalmente permitido, corresponder salário inferior, o trabalhador manterá o salário que vinha auferindo”¹⁰⁴

¹⁰⁰ O DL n.º 401/91 de 16 de Outubro, no seu art. 3.º, n.º 3 dispõe que “formação profissional contínua insere-se na vida profissional do indivíduo, realiza-se ao longo da mesma e destina-se a propiciar a adaptação às mutações tecnológicas, organizacionais ou outras, favorecer a promoção profissional, melhorar a qualidade do emprego e contribuir para o desenvolvimento cultural, económico e social”.

¹⁰¹ Cfr. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Polivalência Funcional - requisitos...*, *ob. cit.*, p. 305. Cfr. Ainda, neste sentido, JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 34 e os artigos 19 al. d) e 42.º, n.º 1 da LCT.

¹⁰² Cfr. AMADEU DIAS, *ob. cit.*, p. 48.

¹⁰³ No texto original a expressão “valorização profissional” encontra-se a negrito.

¹⁰⁴ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 35.

1.1.2. Condições subjectivas

1.1.2.1. Qualificação

O termo qualificação não é um termo claro. Com base na terminologia nacional de formação profissional, escolhida tendo em conta a terminologia adoptada pelo CEDEFOP a nível Europeu, a expressão qualificação surge como similar à expressão “formação profissional”. Por sua vez, a expressão “formação profissional” é definida como “formação que visa a aquisição das capacidades indispensáveis pra poder iniciar o exercício de uma profissão”. Naturalmente, estas capacidades irão variar tendo em conta a função que se exerce dentro de cada profissão, e vai desde a formação de base até à mais alta especialização¹⁰⁵.

Contudo, a noção legal que mais se aproxima da qualificação expressa no n.º 2 do artigo 22.º da LCT é a noção de *perfil profissional* definida no DL 401/91 de 16-10, como “conjunto que competências, atitudes e comportamentos necessários para exercer as funções próprias de um grupo de profissões afins, de uma profissão ou de um posto de trabalho”.

Assim, para JORGE LEITE¹⁰⁶, daqui resultaria que a qualificação seria “a soma ou talvez melhor, a síntese do conjunto de aptidões pessoais para o desempenho de determinado cargo, função, ou posto de trabalho, aptidões naturais e aptidões adquiridas, designadamente, força e destreza física e intelectual conhecimentos escolares, científicos e técnicos, experiência etc., todas elas suas componentes, podendo, porém, incluir igualmente a *componente formal* da titulação escolar e/ou profissional”¹⁰⁷.

Contudo, concordando com o Autor¹⁰⁸, também para nós, o facto do n.º 2 do artigo 22.º exigir não um, mas dois requisitos, a capacidade, de seguida analisada, e a qualificação, leva a entender que a qualificação não deve ser perspectivada de um ponto de vista tão amplo como o que foi acima referido mas de uma forma mais restrita, isto é, para determinada habilitação escolar e/ou profissional legalmente exigida¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cfr. Neste sentido, JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 35 e AMADEU DIAS, *ob. cit.* p. 142.

¹⁰⁶ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 31.

¹⁰⁷ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 31.

¹⁰⁸ Cfr. Neste sentido, JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 31.

¹⁰⁹ Cfr. Neste sentido, JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 31 o Autor exemplifica “para a posse de um título certificador de determinados conhecimentos escolares e/ou profissionais ou da ausência de moléstias ou outras condições impeditivas do exercício de certas profissões”.

1.1.2.2. Capacidade

Não é somente exigível que o trabalhador tenha a qualificação necessária para que possa exercer as funções que lhe forem encarregues pelo empregador, demonstrando-se necessário que este tenha capacidade.

Não é pelo facto do trabalhador apresentar determinada componente escolar ou profissional que se assumirá automaticamente que este é capaz de exercer determinada tarefa. Estes factores assentam apenas “numa mera presunção de real capacidade para o exercício de certo cargo ou actividade, mas não é sua prova irrefutável”¹¹⁰.

Podem ser vários os factores que levam a que uma condição, a habilitação, não leve à condição de outra, a capacidade. Pense-se, desde logo, que o trabalhador mesmo credenciado, pode não se encontrar em condições de exercer determinada actividade por ter perdido após esta credenciação a capacidade, ou mesmo porque nunca possui essa capacidade¹¹¹.

A capacidade referida no n.º 2 do artigo 22.º “tem, assim a ver com as aptidões reais, inatas e ou adquiridas, de que o trabalhador é dotado no momento em que realiza ou lhe é dada ordem para realizar uma determinada actividade, isto é, como se disse para a qualificação em sentido amplo, com o conjunto de competências, atitudes e comportamentos indispensáveis ao exercício da função ou da actividade em causa”¹¹².

1.2. Efeitos jurídicos da realização de actividades acessórias

Da análise do n.º 5 do artigo 22.º da LCT podemos retirar dois efeitos jurídicos que se produzem na esfera jurídica do trabalhador pela realização das tarefas acessoriamente exercidas. Falamos do direito a retribuição mais elevada, caso às actividades acessórias corresponda maior retribuição, e o direito à reclassificação, do

¹¹⁰ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 32.

¹¹¹ Cfr. Neste sentido, JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 32. O Autor menciona que “na verdade, pode suceder que o credenciado se não encontre em condições de desempenhar uma dada actividade, quer porque, posteriormente à obtenção do título de habilitação, perdeu, por qualquer causa (acidente ou doença do foro fisiológico ou psicológico ou outro motivo), as capacidades para o exercício da actividade (tempo de reacção do motorista, a voz do professor, etc.), quer mesmo porque delas nunca tenha sido dotado, caso em que, por qualquer motivo, fraudulento ou não, a declaração de habilitação não corresponde às qualidades da pessoa formalmente habilitada”.

¹¹² Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 32.

qual o trabalhador poderá usufruir após seis meses de exercício das actividades acessórias.

1.2.1. Retribuição mais elevada

Como referimos anteriormente, a propósito das condições objectivas negativas, em hipótese alguma o trabalhador poderá ver a sua retribuição afectada mesmo que exerça funções a que corresponda retribuição inferior, mantendo nessa situação a retribuição inicialmente acordada.

Todavia, é necessário ter em conta que o trabalhador pode exercer funções a que corresponda, já não retribuição inferior, mas superior, o que lhe concederá um direito. Falamos do direito à retribuição mais elevada de acordo com o n.º 5 do artigo 22.º.

Deste modo, para aferir a existência deste direito torna-se necessário ter em conta o valor retributivo das novas funções e se estas forem melhor remuneradas o trabalhador terá direito a essa retribuição. Podemos dizer que este direito do trabalhador assenta no princípio Constitucional “para trabalho igual, salário igual”¹¹³.

1.2.2. Reclassificação

Relativamente à reclassificação¹¹⁴, direito que o trabalhador obtém nos termos do n.º 5 do art. 22.º, é necessário antes de mais reter dois aspectos, primeiramente as

¹¹³ Cfr. O artigo 59.º da CRP, “Direito dos trabalhadores”, nos termos do n.º 1 al. a) do referido artigo “todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna”. No mesmo sentido, cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 36. Ver ainda, a este propósito, o Ac. REV., de 2/12/2003 disponível em www.dgsi.pt e o Ac. STJ de 9/6/1998, CJ/STJ, Ano VI, 1998, Tomo II, pp. 287 e ss.

¹¹⁴ Cfr. Neste sentido, AMADEU DIAS, *ob. cit.*, pp. 146-147, “trata-se dum conceito muito utilizado nas convenções colectivas, para significar a adequação ou ajustamento da categoria-estatuto às funções efectivamente exercidas, ou categoria-função, sempre que ocorra a alteração do conteúdo funcional das categorias-estatuto. Isto é – por alteração da descrição do conteúdo funcional de categorias convencionais, ou por supressão de categorias anteriormente previstas na convenção colectiva, pode ocorrer que a designação profissional que um trabalhador vinha mantendo deixe de se mostrar correctamente integrada na categoria-estatuto que anteriormente regulava a sua categoria-função, ou careça de ser substituída por outra, que estabeleça a sua integração numa das categorias-estatuto que constituem o novo elenco da convenção colectiva; é, portanto, necessário promover a determinação de qual a nova categoria-estatuto que mais adequadamente se ajusta à sua categoria-função, e, em consequência, alterar a designação profissional do trabalhador. A título de exemplo, transcreve-se a cláusula 32ª do CCT da Industria Metalúrgica (BTE, 1ª Série, n.º 6/79): «Os trabalhadores classificados como correspondentes em língua portuguesa e esteno-dactilógrafo/a em língua portuguesa são reclassificados e integrados, para todos os efeitos, em escriturário de 2.º escalão». Assim, a reclassificação

actividades acessórias têm que ser exercidas pelo período de seis meses e posteriormente, deixar claro que só poderá haver reclassificação se existir vontade do trabalhador nesse sentido, sendo que se trata de um ónus ao seu dispor, “exige o consentimento do trabalhador e presume (presunção *iuris et de iure*) o do empregador”¹¹⁵.

O direito de reclassificação passa assim por uma mudança de categoria, isto é, da mudança para a categoria que corresponde às funções acessoriamente exercidas. Claro é que não está aqui incluída, por motivos óbvios, a possibilidade de mudança para categoria inferior à antecedente. Por outro lado, não quer dizer que tenha que ser obrigatoriamente superior.

Ora, a categoria pode ser do ponto hierárquico idêntica à precedente, no entanto, o trabalhador, pelas razões que bem entender, pode preferir mesmo que esta não lhe traga qualquer acréscimo salarial¹¹⁶. Verificamos assim, que não é apenas o desempenho de actividades a que corresponda retribuição mais elevada que dá direito à reclassificação. Desde que não implique baixa de categoria, este é um direito reconhecido a todos os trabalhadores que exercem funções acessórias por um período de seis meses.

Quanto ao período exigido, seis meses, a lei não faz distinção se serão seis meses consecutivos ou intercalados e, não havendo esta distinção, entender-se-á que a contagem será independentemente do exercício das funções acessórias ser exercido de uma forma contínua ou interpolada¹¹⁷.

Convém não esquecer a componente negativa que o direito a reclassificação pode vir a assumir. Este pode ser usado como um meio de anular as expectativas de outros trabalhadores, “de facto pode a empresa arbitrariamente escolher os empregados

distingue-se claramente da promoção, que corresponde à evolução dentro da mesma carreira ou ordenação hierárquica de categorias-estatuto; e tanto pode corresponder a uma promoção – se houver diferença entre os conteúdos funcionais das categorias integradas numa carreira – como, mais frequentemente, corresponderá à saída duma carreira para outra, por ter sido alterado, por acordo, o objecto da sua prestação laborar, ou categoria função, ou por, no seguimento do desempenho de funções adicionais, em regime de polivalência, durante certo tempo, ter optado pela sua integração na categoria – estatuto correspondente ao desempenho daquelas actividades adicionais”.

¹¹⁵ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 36, o Autor expõe que a reclassificação não se traduz num desvio ao princípio da contratualidade, referindo que “com a atribuição da nova categoria ao trabalhador, por opção deste, mudam, de acordo com o princípio da correspondência enunciado no n.º 1 do art. 22.º, as suas funções. Apesar do silêncio da lei, nada indica, com efeito, que a reclassificação operada ao abrigo e nos termos do n.º 5 se traduza num desvio àquele princípio”.

¹¹⁶ Cfr. No mesmo sentido, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *ob. cit.*, p. 142 e JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 37.

¹¹⁷ Cfr. No mesmo sentido, JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 37 e ANTÓNIO VILAR, *ob. cit.*, p. 154.

que pretende promover, e colocá-los temporariamente a exercer funções superiores, em detrimento de outros trabalhadores, que estariam, em termos objectivos, melhor posicionados para efeitos de promoção e que assim se vêem ultrapassados, num flagrante atropelo aos seus direitos fundamentais e ao princípio da não discriminação ilegal e injusta, configuradora de um autêntico abuso de direito”¹¹⁸.

2. A extensão do objecto do contrato de trabalho - a passagem da LCT para o Código do Trabalho

Antes de mais, é de notar que o regime da polivalência funcional, que alterou o artigo 22.º da LCT, na tentativa de atenuar a rigidez quanto às funções desempenhadas pelo trabalhador, revelou grandes dificuldades na sua aplicação prática.

Para MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹¹⁹ a dificuldade na aplicação prática deste regime prendeu-se com os seguintes motivos: “pela dificuldade de operacionalizar os requisitos da figura da polivalência, que eram estabelecidos pela lei de um modo vago, e com recurso a uma terminologia sem tradição juslaboral; pela dificuldade de conjugar a figura da polivalência com a figura que antigamente enquadrava a variação das funções do trabalhador (*o jus variandi*), que se manteve com os seus próprios requisitos; e pela dificuldade de conceptualizar a própria figura da polivalência, vista por um sector da doutrina já como uma forma de variação do objecto do contrato de trabalho e por outros como um alargamento desse objecto”.

¹¹⁸ Cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *ob. cit.*, p. 142. Consultar ainda, no mesmo sentido, JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 37.

¹¹⁹ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 442. Consultar ainda, quanto às dificuldades que envolviam o regime da polivalência na LCT, ANTÓNIO NUNES CARVALHO, *Mobilidade funcional, ob. cit.*, p. 171, o Autor refere que “os exactos termos desta «reconfiguração do objecto do contrato» envolvendo a atracção para o conteúdo da prestação devida de certo tipo de tarefas, designadas como “*acessórias*”, resultavam, porém, bastante confusos. Sobretudo, pela dificuldade em conjugar “*actividade contratada*” e “*função normal*” e em definir o sentido da dita «*accessoriedade*». Para além disso, esta ideia de reconfiguração do objecto do contrato deixava na sombra um aspecto essencial: o poder patronal de exigir certas tarefas ao abrigo deste «*princípio de polivalência*» estava sujeito a limites e regras que cresciam aos parâmetros normais de exercício do poder determinativo da função (...), deixando entrever que não se tratava de um puro alargamento da actividade contratada”. Consultar ainda, relativamente aos conceitos utilizados no âmbito da LCT, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *A Mobilidade funcional..., ob. cit.*, p. 99, referindo que “o conjunto de dúvidas que esta redacção suscita vai favorecer os conflitos nas empresas e a litigiosidade laboral. O legislador mistura com absoluta displicência conceitos fundamentais que era importante deixar esclarecidos e utiliza sinónimos ou falsos sinónimos em termos de suscitar todas as dúvidas. Emprega, sobretudo, conceitos de outras ciências sociais não transponíveis para uma legislação laboral com o mínimo de tecnicidade”.

Deste modo, o Código anterior tentou aperfeiçoar este regime e o actual manteve as linhas deste aperfeiçoamento. Assim, não resultará grande estranheza o facto de não termos dedicado um capítulo exclusivo para a análise do regime da polivalência no Código de 2003, visto o regime actualmente previsto, em relação ao Código anterior, não ter sofrido alterações significativas¹²⁰, notando-se apenas algumas alterações sistemáticas¹²¹ e de redacção que sempre que acharmos necessário faremos referência.

Como se pode verificar, agora, é no artigo 118.º, “funções desempenhadas pelo trabalhador”, que está consagrado, em moldes relativamente distintos da LCT, o chamado “princípio da polivalência” que por sua vez se mantém fiel em conteúdo ao artigo 151.º do anterior Código do trabalho, cuja epígrafe se denominava “Funções desempenhadas”.

O princípio da estabilidade do objecto da prestação laboral, referido no capítulo anterior, é mais uma vez assegurado no artigo 118.º do CT. Aqui pode ler-se “o trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que se encontra contratado”. Contudo, esta regra não é absoluta, o que se pode retirar da referência “em princípio” logo, daqui resulta a possibilidade da exigência ao trabalhador de outras tarefas distintas da actividade para que foi contratado.

Como temos vindo a demonstrar, 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”¹²². Por outro lado, o que define o contrato de trabalho, ou seja, o que o torna autónomo relativamente a outros tipos de contrato, que titulam a afectação de uma actividade a outrem com a contrapartida de uma retribuição,

¹²⁰ Cfr. Quanto às alterações do artigo 118.º relativamente à redacção original, (art. 151.º CT 2003), ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade funcional*, ob. cit., pp. 164-166.

¹²¹ Cfr. Neste sentido, JOANA NUNES VICENTE, *Flexibilidade Funcional*, Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? Actas do Congresso de Direito do Trabalho, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 407-408. Quanto às alterações sistemáticas a Autora refere que “em primeiro lugar, sublinhe-se, apesar de poucas, ainda assim, registaram-se em 2009 ligeiras alterações no capítulo da actividade contratada, entendido em sentido amplo. Basta pensar, desde logo, na nova arrumação sistemática que o material normativo sobre o objecto da prestação de trabalho conhece. O núcleo central – determinação do objecto e as suas possíveis alterações – encontra-se hoje todo ele reunido numa secção do Capítulo I (do Título II do Livro I), intitulada “Actividade do trabalhador” (arts. 115.º e ss. do CT), ao contrário do que se verificou, pelo menos, durante a vigência da lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, em que se assistia a uma tripartição: num primeiro capítulo, dispunham-se as regras gerais sobre o objecto (arts. 11.º e ss.); num outro dedicado à prestação do trabalho, encontravam-se as normas sobre o conteúdo e limites desse objecto (arts. 149.º e ss.); e por fim, no capítulo sobre as vicissitudes contratuais, juntamente com institutos jurídicos como a cedência ocasional de trabalhadores e a transmissão de empresa ou estabelecimento, estava regulada a designada “Mobilidade Funcional” (art. 313.º)”. Cfr. No mesmo sentido ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 164-166.

¹²² Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 166.

reside na específica forma de aproveitamento da actividade, que permite, ao credor da prestação, o poder de, em cada momento, regular e estruturar o trabalho de acordo com as necessidades da organização e articular cada uma das prestações com as desempenhadas com os restantes trabalhadores.

Este modo específico de aproveitamento da actividade que o contrato de trabalho oferece, provoca um grau de indeterminação evidente, na prestação que o trabalhador irá realizar, abrindo-se, indiscutivelmente, espaço ao poder de direcção do empregador.

Por sua vez, este espaço será “parametrizado pelo tipo de funções que o trabalhador se comprometeu a prestar – na terminologia do n.º 1 do art. 115.º e do n.º 1 do art. 118.º, pela “actividade para que o trabalhador é contratado”¹²³.

Neste sentido, acrescenta ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO ¹²⁴ que “a “actividade contratada”, definida em termos genéricos, normalmente a partir de um tipo profissional, representa, pois, o quadro de referência para o desenvolvimento do vínculo laboral, o âmbito no qual se exerce o poder de direcção (mais concretamente, o poder determinativo da função). Este quadro de referência não deve, no entanto, ser considerado em termos estáticos. Por um lado, os próprios conteúdos profissionais não permanecem imóveis”¹²⁵ de outra parte, “o normal desenvolvimento da relação de trabalho gera e consolida comportamentos e expectativas que se projectam nos contornos da “actividade contratada””¹²⁶. “Em suma, mantendo-se a actividade contratada como quadro de referência para o desenvolvimento da relação laboral, o conteúdo substancial dessa actividade e as fronteiras de tal quadro evoluem com a

¹²³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 166. O Autor lembra que está aqui presente a categoria contratual. Acrescentando ainda que “a principal função tradicionalmente associada a este conceito é, precisamente, a delimitação do poder patronal e, correlativamente, do espaço de subordinação do trabalhador”.

¹²⁴ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, pp. 168-169.

¹²⁵ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 168, veja-se que, “o modo de trabalhar, a inovação tecnológica e o funcionamento das empresas são realidades evolutivas e as respectivas mutações repercutem-se no conteúdo das prestações de trabalho. Por ex., as concretas tarefas de quem tenha sido contratado nos anos 70 do século passado para funções de secretariado e hoje se mantenha ainda nessas tarefas certamente sofreram alteração, ainda que se mantenha a mesma “actividade contratada”.

¹²⁶ Como elucida ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 169, “alguém que seja admitido numa empresa como “técnico jurista” pode ser afecto a várias áreas do Direito: a contínua afectação desse mesmo técnico a uma determinada área (v.g. a fiscalidade), vai, ao longo do tempo, condicionar os sucessivos actos de exercício do poder determinativo da função e, também, envolver maior responsabilização e acréscimo de exigência quanto ao nível de profissionalidade concretizado na prestação (não será, continuando o nosso exemplo, admissível uma inopinada reafectação do trabalhador a áreas do Direito completamente distintas, sendo-lhe, no entanto, exigível um acréscimo nível de competência na especialidade que ao longo do tempo exerce) ”.

própria relação. Normalmente, a evolução projecta-se também nos planos da inserção na organização e da retribuição”¹²⁷.

Deste modo, continua como no Código anterior, a prever-se que o trabalhador desempenhe, em princípio, funções que correspondam à actividade para que foi contratado e o empregador, no âmbito dessa actividade, deve atribuir-lhe as funções que se demonstrem mais ajustáveis às suas qualificações profissionais e aptidões. É esta a mensagem do n.º 1 do artigo 118.^o¹²⁸.

Sabendo que o trabalhador deve, em princípio, desempenhar tarefas, que correspondam à actividade para que foi contratado, resta-nos saber o que compreende essa actividade. Desta forma, surge o n.º 2 do mesmo artigo a tentar descortinar o que deve ser entendido por actividade contratada e aí verificamos que: “a actividade contratada, ainda que determinada por remissão para categoria profissional de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, ou regulamento interno de empresa, compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e que não impliquem desvalorização profissional”.

Como se pode verificar estamos, agora, perante uma extensão do objecto do contrato de trabalho, o que se traduz na maior transformação do regime da polivalência da LCT para o Código do Trabalho¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 169.

¹²⁸ O n.º 1 do artigo 118.^o é o resultado da junção dos n.ºs 1 e 5 do artigo 151.^o do CT de 2003. Na opinião de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 164-165, “esta alteração, embora não se possa considerar estritamente necessária, faz sentido, já que o preceito passa a reunir as regras fundamentais quanto ao exercício do poder determinativo da função”, o Autor acrescenta ainda que, “deve, em todo o caso, registar-se uma modificação cujo sentido parece transcender a mera redacção. O enunciado do n.º 5 do art. 151.^o do texto de 2003 retomava o registo programático do velho art. 43.^o da LCT (de acordo com o artigo 43.^o da LCT, o empregador deve procurar atribuir a cada trabalhador, no âmbito da actividade para que foi contratado, as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional). Já a nova formulação da parte final do n.º 1 do art. 118.^o, (de onde se retira, (...) devendo o empregador atribuir-lhe (...), as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional), “parece revestir-se de algum grau de perceptividade. Daqui, não pode, ainda assim, retirar-se uma funcionalização do poder determinativo da função à tutela do património profissional do trabalhador.” Sobre o sentido programático do art. 43.^o da LCT, consultar BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 2.^a ed., Atlântida Ed., Coimbra, 1972, p. 111 e MÁRIO PINTO/P. FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Comentário às leis do trabalho*, vol. I, LEX, Lisboa, 1994, pp. 202-203.

¹²⁹ Cfr. Neste sentido, GLÓRIA REBELO, *Para uma organização qualificante: da importância dos conceitos de actividade e de mobilidade funcional no Código do Trabalho*, QL, Ano XII, n.º 25, 2005, p. 14, “O objecto do contrato de trabalho é agora a actividade contratada, pelo que na relação individual de trabalho o trabalhador obriga-se a prestar toda a actividade para a qual se encontra habilitado, o que na óptica da gestão implica que mobilize não só as suas competências detidas, mas também que potencie a mobilização de competências ainda por explorar numa perspectiva de desenvolvimento profissional individual e organizacional. E esta reconfiguração tem necessariamente repercussões no plano da gestão dos recursos humanos, pois o que

A polivalência deixa assim, de ser encarada como um poder extraordinário atribuído ao empregador, no âmbito do seu poder de direcção, pois agora, as funções afins ou funcionalmente ligadas integram automática e naturalmente a “actividade contratada” fazendo deste modo, parte dela e logo atribuídas pelo empregador e devidas pelo trabalhador no desempenho normal do poder de direcção do primeiro¹³⁰.

Contudo, este poder de direcção do empregador, para além de encontrar, em primeira linha, o limite no tipo de funções que o trabalhador se comprometeu contratualmente, como foi supra referido, em segunda linha, sujeitar-se-á aos limites que decorrem do artigo 126.º do CT.

Do artigo 126.º do CT resulta que o empregador deve proceder de boa fé no exercício do seu poder de direcção, embora, “naturalmente que isto não significa que o exercício do poder de direcção esteja pré-ordenado à satisfação dos interesses e expectativas profissionais de cada trabalhador”¹³¹.

Assim, é na extensão do objecto do contrato de trabalho que reside a grande diferença do CT de 2003, que o CT de 2009 aproveitou, em relação à forma que era encarada a polivalência funcional na LCT. Na realidade, o Código, ao contrário do que acontecia na LCT, apenas adoptou o que o Acordo de Concertação Social de Curto Prazo de 1996 pretendia, ou seja, que as funções afins e funcionalmente ligadas deviam integrar o objecto do contrato. Objectivo esse não acolhido pela LCT, talvez pelos

tendencialmente releva é “a mobilização efectiva dos saberes-fazer do trabalhador em situação de trabalho numa relação de trabalho necessariamente dinâmica”. Assim, e porque um enquadramento contratual do trabalhador associado à definição (estática) do posto de trabalho não corresponde à realidade das organizações actuais, necessariamente mais competitivas e que apelam à mobilização permanente de competências para uma gestão eficiente, é preciso realçar a importância dos conceitos dinâmicos de actividade e de mobilidade funcional plasmados no Código do Trabalho”. Veja-se a este respeito o Ac. RL, de 14/5/2008, disponível em www.dgsi.pt, de onde se pode retirar que “III – O Objecto do contrato de trabalho – a prestação devida pelo trabalhador – é agora a “actividade contratada”, alargada *ope legis* às funções “afins ou funcionalmente ligadas”. Estas passaram, automaticamente, a fazer parte desse objecto, ampliando assim de forma a abranger, já não apenas um núcleo essencial de funções, como também e por mera força da lei, todas as funções afins ou funcionalmente ligadas a esse núcleo fundamental da actividade devida”.

¹³⁰ As alterações, no que diz respeito à polivalência funcional, merecem a reprovação do advogado ANTÓNIO GARCIA PEREIRA, in JORNAL EXPRESSO, *Garcia Pereira analisa reforma da Lei Laboral. Flexibilização sim, mas com mais formação*, 02.08.2002, entrevista concedida a Ruben Eiras, disponível em www.gesta.org/trabalho/garcia.doc. De acordo com GARCIA PEREIRA esta extensão pode dar origem a abusos pois, na opinião do Autor "a polivalência faz sentido para puxar um trabalhador para qualificações mais elevadas e não para utilizar um trabalhador com altas qualificações a fazer tarefas menos elevadas. Em formato de caricatura, a polivalência é vista pelos empresários como um meio de pôr o director financeiro a limpar as instalações sanitárias sob o pretexto de mobilidade funcional. O salário continua o mesmo, mas isto pode ser utilizado como uma forma de 'mobbing' contra o trabalhador".

¹³¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 167.

conceitos menos determinados que o ASCP utilizava num designado “princípio da Polivalência”¹³².

Com a codificação surge assim, uma verdadeira reconfiguração do objecto do contrato de trabalho. Como ficou demonstrado, é às partes que cabe a determinação da actividade a que o trabalhador ficará obrigado contratualmente, sendo que estas podem ainda fazê-lo por remissão, quer para “categoria de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou de regulamento interno de empresa”. Por sua vez, nos termos do n.º 2 do artigo 118.º, agora, esta actividade, mesmo que determinada por remissão, compreende, “as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e que não impliquem desvalorização profissional”.

Assim, segundo JOÃO LEAL AMADO¹³³, “o legislador como que «corrige» ou «completa» as partes, assim se assistindo a uma autêntica *redefinição ou reconfiguração legal do objecto do contrato de trabalho*”.

Do n.º 2 do artigo 118.º ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹³⁴ faz a seguinte observação: “do que se trata no n.º 2 do art. 118.º é ainda (como acontecia no n.º 2 do art. 22.º da LCT, na redacção de 1996) de consignar a faculdade patronal de exigir ao trabalhador tarefas que estão para além das funções “correspondentes à actividade contratada”: as quais lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, desde que o trabalhador tenha qualificação adequada e que o seu desempenho não implique desvalorização profissional. Este poder não se deixa conduzir inteiramente ao poder determinativo da função, tal como recortado no n.º 1 do art. 118.º, já que está submetido a regras específicas (n.º 4 do art. 118.º e 267.º), que acrescem à moldura normativa que genericamente envolve o exercício do poder de direcção. Nesta medida, continua a ser fundamental distinguir entre as tarefas compreendidas na actividade contratada e as funções a que se refere o n.º 2 do art. 118.º”.

Nesta medida, o Autor¹³⁵ expõe que, “no primeiro caso, o quadro de referência para a determinação das tarefas a desempenhar é constituído pela “actividade

¹³² Cfr. Neste sentido, ISABEL RIBEIRO PARREIRA, *ob. cit.*, p. 130, refere que “a Lei 21/96, movida provavelmente mais por este princípio do que pelas linhas técnico-jurídicas desenhadas naquele diploma, imbuída de uma intenção revolucionadora à luz da flexibilidade e da urgente promoção da polivalência, parece ter caído na tentação das meras intenções, na promiscuidade das implicações sociais a que o Direito do Trabalho é por essência permeável, arriscando a perda das necessárias concretizações”.

¹³³ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 244.

¹³⁴ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, pp. 172-173.

¹³⁵ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 173.

contratada”, tal como definida pelas partes, e o exercício desse poder rege-se pelas normas genericamente aplicáveis ao poder de direcção, a que se soma a orientação fixada na parte final do n.º 1 do art. 118.º. No segundo grupo, o conjunto de funções a que o trabalhador pode ser afecto está na periferia do tipo de actividade desenhado pelas partes. É balizado – ainda por conexão a esse quadro de referência – pela aplicação à actividade contratada de certos critérios operativos, objectivos (afinidade ou ligação funcional) e subjectivos (qualificação e não desvalorização profissional do trabalhador)”.

Resumindo, a categoria já não é suficiente para delimitar o objecto do contrato, é apenas a forma de expressar o seu “núcleo duro”¹³⁶, pois agora este será formado, em princípio, não só pelas tarefas incluídas na categoria mas também pelas funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas.

Por fim, é de notar, que a técnica legislativa utilizada na codificação, não foi acolhida de bom grado por alguns Autores. Falamos *verbi gratia*, de JOANA NUNES VICENTE¹³⁷, defendendo que “esta opção de estatuir que fazem parte da actividade contratada *ab initio* funções que respeitem os parâmetros de afinidade ou ligação funcional – mas em todo o caso funções diferentes das acordadas - goza de um artificialismo detectável sobre vários ângulos”.

Para a Autora¹³⁸, este artificialismo, surge, desde logo, porque tenta qualificar-se como fixação inicial de origem contratual o que na realidade assenta numa manifestação de variabilidade do objecto que foi acordado (o que tem como objectivo encarmos a polivalência funcional como um processo normal do desenvolvimento do programa que as partes acordaram)¹³⁹.

A Autora¹⁴⁰ continua referindo que, sendo a prestação de trabalho um dos principais aspectos do contrato de trabalho e um dos elementos cruciais que as partes acordaram, o seu conteúdo devia permanecer livre de qualquer modificação, permanecendo a autonomia negocial das partes. Todavia, isto não acontece, pois a actividade contratada ao compreender as funções afins e funcionalmente ligadas afirma

¹³⁶ Expressão usada por JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 244, o Autor refere-se a um núcleo duro ou central.

¹³⁷ Cfr. JOANA NUNES VICENTE, *ob. cit.*, p. 409.

¹³⁸ Cfr. JOANA NUNES VICENTE, *ob. cit.*, p. 409.

¹³⁹ Questões desde sempre levantadas pela doutrina portuguesa, dividida por duas orientações, os que encaram a polivalência funcional como um modo de variabilidade do objeto contratual e aqueles que a acolhem como extensão legal ao objeto do contrato de trabalho, veja-se neste sentido, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Polivalência Funcional - requisitos...*, *ob. cit.*, pp. 313- 314.

¹⁴⁰ Cfr. JOANA NUNES VICENTE, *ob. cit.*, p. 410.

uma “ingerência heterónoma” que devia, por norma, ser alheia à vontade inicial dos contraentes. De facto, é agora estabelecido no n.º 2 do artigo 118.º que a actividade contratada “compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas”, o que também, para ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES¹⁴¹ “envolve, desde logo, um absurdo lógico: o de um elemento *compreender* outro que lhe é, por definição exterior”.

2.1. Requisitos para a afectação a funções afins ou funcionalmente ligadas

De uma leitura global do artigo 118.º do CT podemos retirar dois núcleos de funções no âmbito do objecto negocial¹⁴²: no n.º 1 as funções que correspondem à actividade contratada pelas partes, que podemos denominar como “conteúdo nuclear da actividade laboral”¹⁴³ e, um segundo núcleo que corresponde as funções afins ou funcionalmente ligadas a essa actividade laboral, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, que por sua vez consistem nas “actividades compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional”, (art. 118.º n.º 3) e “integram o sentido amplo da actividade laboral e podem ser exercidas acessoriamente à actividade laboral nuclear”¹⁴⁴. Estas últimas são as que correspondem às situações de polivalência funcional na LCT.

Mantendo a mesma linha do Código anterior, o Código do trabalho de 2009 continua a sujeitar o desenvolvimento das funções afins ou funcionalmente ligadas, às funções nucleares do trabalhador, a requisitos de afinidade, ligação funcional, qualificação e desvalorização profissional.

A “ligação funcional”, e a “afinidade” reportam-se a um carácter objectivo, enquanto a “qualificação” e a “desvalorização profissional” têm um sentido subjectivo. As duas primeiras, implicam que se estabeleça uma ligação entre determinadas funções e a actividade contratada, sendo que o exercício dessas funções só será exigível ao trabalhador desde que estejam preenchidos os requisitos subjectivos.

¹⁴¹ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, ob. cit., pp. 223-224.

¹⁴² Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., p. 441.

¹⁴³ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., p. 441.

¹⁴⁴ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., p. 441.

2.1.1. Requisitos objectivos

2.1.1.1. Afinidade ou ligação funcional

Como se pode verificar, embora as funções afins ou funcionalmente ligadas tenham passado, *ope legis*, a fazer parte do objecto do contrato de trabalho, a afinidade ou a ligação funcional das funções continuam a ser requisito objectivo para o desenvolvimento destas.

Para além do que já foi exposto a propósito do regime da polivalência na LCT, nos pontos 1.1.1.1.1 e 1.1.1.1.2, agora, não podemos deixar de verificar que o n.º 3¹⁴⁵ do artigo 118.º vem tentar clarificar o que poderá ser ou não exigido ao trabalhador, oferecendo uma definição do que se deve considerar como “função afim” ou “funcionalmente ligada”. Assim, preceitua o n.º 3 do artigo 118.º que “consideram-se afins ou funcionalmente ligadas, designadamente, as funções compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ O n.º 3 do artigo 118.º corresponde ao n.º 3 do artigo 151.º do Código de 2003, verificando-se apenas alterações de redacção. Desde logo, a expressão “salvo regime em contrário” foi substituída por “sem prejuízo do disposto” em IRCT. Na opinião de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade funcional, ob. cit.*, p 165, “aparentemente, trata-se de simples uniformização de redacção”, contudo, o Autor defende que, “poder-se-á, porventura, entender que a nova redacção pretendeu deixar claro que o afastamento do regime legal não requer disposição expressa nesse sentido em instrumento de regulamentação colectiva, sendo bastante que o regime do IRCT seja total ou parcialmente incompatível com o preceito legal em causa. A nosso ver, esta era já a interpretação correcta do texto de 2003”. Segundo o Autor, “tendemos a considerar que o n.º 3 do artigo 118.º, possui uma dupla função: se, por um lado, fornece elementos de densificação dos critérios de afinidade e ligação funcional, por outro lado, tem também um sentido promocional, dirigido aos protagonistas da convenção colectiva. A própria redacção do preceito parece sugerir que os grupos e carreiras aí referidos são aqueles que contam de IRCT. Com efeito o n.º 3 associa à definição dos grupos e carreiras profissionais em fonte colectiva o sentido normativo de reconhecimento de afinidade ou ligação funcional entre as actividades que nelas cabem, quando outra coisa não decorra desses mesmos instrumentos de regulamentação de trabalho (designadamente, pela existência de cláusulas convencionais-colectivas que explicitem, para o respectivo âmbito de aplicação, regras de aplicação dos critérios da afinidade e da ligação funcional ou que, pura e simplesmente, permitam concluir que os grupos ou carreiras neles definidos não relevam para efeitos do preenchimento desses critérios)”.

¹⁴⁶ Como refere JOANA NUNES VICENTE, *ob. cit.*, pp. 412-413, nesta matéria, o nosso legislador não acompanhou a solução normativa seguida pelo sistema espanhol. “Neste último ordenamento, fixou-se que a mobilidade funcional ordinária pode ser exercida dentro dos limites do grupo profissional; mais do que isso, a lei espanhola estabelece quais os factores de unificação que devem presidir à constituição dos grupos, quais os factores a que, portanto, devem atender os parceiros sociais quando elaboram os grupos profissionais em sede de contratação colectiva. Os factores de identidade a ter em conta são o tipo de aptidões profissionais, o tipo de habilitações académicas e o conteúdo geral da prestação. Procura-se garantir, logo na criação da própria estruturação grupal, uma certa horizontalidade, uma certa equivalência funcional”. Cfr. Neste sentido arts. 22º, n.º 1 e n.º 2 e 39.º, n.º 1 do Estatuto de los Trabajadores, aí no caso da não existência de grupos profissionais, a alternativa, passa pela mobilidade ser exercida entre categorias profissionais equivalentes, sendo que a lei fixa também, neste caso o que deve ser entendido por categorias equivalentes. Sobre este ponto veja-se ainda, JAVIER GÁRATE CASTRO, *La movilidad funcional (en torno al artículo 39)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, El Estatuto de los Trabajadores – Veinte años después, (Edición especial del número 100

Contudo, isto não obsta, na opinião de JOÃO LEAL AMADO¹⁴⁷, a que se resolva a indeterminação do objecto contratual. O Autor refere que “eleva-se assim, *ex vi legis*, o grau de indeterminação do objecto do contrato de trabalho, reduz-se *ope legis* o valor garantístico tradicionalmente atribuído à categoria profissional, as fronteiras do que ao trabalhador é ou não exigível ficam menos nítidas, vale dizer, alarga-se o espaço de actuação do poder de direcção do empregador e a autoridade deste, no plano funcional, consolida-se”¹⁴⁸.

Certo é, como afirma MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁴⁹, que o actual Código, na sequência do anterior, chama no n.º 3 do artigo 118.º a negociação colectiva com intuito de se preencherem estes conteúdos, expondo a Autora que, “*só integram a actividade contratada em sentido amplo, a actividade nuclear do trabalhador e as “funções afins ou funcionalmente ligadas” àquela função nuclear* (art. 118.º, n.º 2 do CT). Para integrar o conceito de afinidade ou conexão funcional, a lei recorre ao critério da inserção das actividades afins na mesma carreira ou no mesmo grupo profissional a que corresponde o núcleo essencial da actividade para que o trabalhador foi contratado (art. 118.º, n.º 3), o que é, reconhecidamente, um critério de grande amplitude. A lei admite, no entanto, que, por instrumento de regulamentação colectiva do trabalho, sejam estabelecidos outros critérios para determinar a afinidade

de Revista Espanhola del Derecho del Trabajo), Closas – Orcoyen. S.L., Madrid, 2000, p. 839 e MANUEL CARLOS PALOMEQUE, *La Modificación de la Prestación Laboral Pactada* (Un Estudio de Derecho Español), in VI Congreso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 2004. p.67. Como lembra JOANA NUNES VICENTE, *ob. cit.*, pp. 412-413, “No sistema português, a perspectiva não é exactamente a mesma. Isto porque embora, num primeiro momento, o legislador pareça querer interferir directamente na questão, estabelecendo que o poder de direcção encontra os seus limites nas funções que reflectem afinidade ou ligação funcional com as funções (inicialmente) acordadas, acaba, depois, por presumir, residualmente, que esta afinidade ou ligação funcional se basta com o facto de as funções envolvidas pertencerem ao mesmo grupo profissional. Sucede que, como o legislador laboral português não interfere no modo como esses grupos são constituídos, deixando portanto a questão ao arbítrio dos parceiros sociais, a estruturação grupal pode apresentar contornos muito diversos, desde configurações mais tradicionais, que incluem categorias hierarquizadas ou níveis profissionais estruturados verticalmente, assim como formas mais inovadoras que compreendem, numa perspectiva marcadamente horizontal, diferentes funções ou especialidades complementares”.

¹⁴⁷ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 245.

¹⁴⁸ Em relação ao n.º 3 do artigo 118.º, veja-se JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 245 referindo que, “poder-se-ia pensar que esta norma teria um intuito limitativo; mas o «designadamente» aniquila qualquer veleidade interpretativa nesta matéria”. Consultar ainda, neste sentido, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 508, “a actividade contratada é mais ampla, em princípio, do que a categoria profissional constante do IRCT, abrangendo, pelo menos, as actividades compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional”.

¹⁴⁹ Cfr. MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 443.

das funções, o que confere natureza convénio-dispositiva¹⁵⁰ a esta norma, no sentido e para os efeitos do art. 3.º n.º 5 do CT”¹⁵¹.

Por sua vez, quanto à alusão aos grupos e carreiras profissionais enunciados no n.º 3 ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹⁵² levanta a seguinte questão: quando no n.º 3 se alude a grupos e carreiras profissionais, estão apenas em causa os que constem de IRCT’s ou serão também relevantes os que constem dos instrumentos empresariais?”. O Autor¹⁵³ não só levanta a questão como lhe dá resposta, expondo que estando em causa a delimitação do poder de direcção, não faz sentido que a concretização dos critérios operativos do n.º 2 possa ser feita através de instrumentos que dimanam exclusivamente da vontade do empregador. E, assim sendo, não poderá admitir-se que igual resultado seja atingido através de regulamento de empresa que desenhe grupos os carreiras. Em todo o caso, a redacção aberta do n.º 3 do art. 118.º (“designadamente”) não retira relevância à eventual existência de certa parametrização empresarial, na medida em que possa indicar objectivamente a afinidade ou ligação funcional entre géneros de actividade”.

2.1.2. Requisitos Subjectivos

Como se pode verificar, da aplicação dos critérios de “afinidade” e “ligação funcional” resulta o conjunto de funções, que, em termos objectivos, podem ser exigidos ao trabalhador. Contudo, para que o seu desempenho possa efectivamente ser imposto a este, é necessário o preenchimento de mais duas condições: que o trabalhador possua “qualificação adequada” e que a afectação às tarefas em causa não implique “desvalorização profissional”.

Ora, as duas condições acima referidas, dizem respeito à concreta situação do trabalhador, logo estamos perante requisitos subjectivos. Sendo que “o requisito da qualificação profissional do trabalhador para o exercício das funções constitui requisito positivo, e o requisito da não desvalorização profissional constitui um requisito

¹⁵⁰ Cfr. Em sentido contrário, considerando que a norma se apresenta como supletiva, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 182 e PEDRO MADEIRA DE BRITO, et al., ob. cit., p. 332.

¹⁵¹ Note-se que desde 1996 são reconhecidos vários entraves ao aprofundamento desta via, ver em todo o caso, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Polivalência Funcional na regulamentação...*, ob. cit.

¹⁵² Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 182-183.

¹⁵³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 182-183.

negativo; o trabalhador deve estar apto para a execução das novas funções e, por outro lado, o exercício de funções não deve impedir o desenvolvimento das qualificações do trabalhador”¹⁵⁴.

2.1.2.1. Qualificação ¹⁵⁵

A qualificação, juntamente com a desvalorização profissional, que irá de seguida ser abordada, são requisitos que assumem uma enorme importância na medida em que servirão para aferir o leque das actividades que poderão ser exigíveis ao trabalhador.

No âmbito da LCT, a qualificação era entendida como “a soma ou, talvez melhor, a síntese do conjunto de aptidões pessoais para o desempenho de determinado cargo, função ou posto de trabalho, aptidões naturais e aptidões adquiridas, designadamente, força e destreza física e intelectual, conhecimentos escolares, científicos e técnicos, experiência, etc., todas elas componentes, podendo, porém, incluir igualmente a componente formal da titulação escolar e/ou profissional” ¹⁵⁶.

Juntamente com o requisito da qualificação profissional era exigido na LCT o requisito da capacidade do trabalhador, nos termos referidos no ponto 1.1.2.2. Contudo, desde a codificação, deixou de ser exigido.

Abandonada a capacidade, entendemos, assim, que a qualificação tem que ver com “o conjunto de conhecimentos, capacidades e experiências”¹⁵⁷ que o trabalhador foi adquirindo e se demonstrarão necessários para que este se adapte às novas tarefas, sem prejuízo, se for caso disso, de um processo de formação simples.

As novas tarefas a desempenhar têm que ser impreterivelmente possíveis de acordo com o património profissional do trabalhador, assumindo extrema importância todo o conhecimento, aptidão e saberes adquiridos pelo trabalhador.

¹⁵⁴ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 333.

¹⁵⁵ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 184, “o actual n.º 2 do art. 118.º suprime o qualificativo «profissional», que figurava no n.º 2 do art. 151.º do texto de 2003. Cremos que tal se deve ao estilo por vezes demasiado ático do legislador da Revisão. Ao longo do Código (arts. 69.º, 90.º, n.º 4, 93.º, 112.º, 127.º, n.º1, alínea *d*), 150.º n.ºs 1 e 3 \175.º, n.º4, 177.º, 186.º, 375.º, n.º 1, alínea *d*), etc.) a expressão qualificação reporta-se, seja ou não acompanhada da menção à profissionalidade, ao património profissional do trabalhador, seja na perspectiva do que nele existe, seja na óptica do seu enriquecimento”.

¹⁵⁶ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 31 e ver ainda neste sentido, AMADEU DIAS, *ob. cit.*, pp. 142-144.

¹⁵⁷ Cfr. R. DEL PUNTA, *cit. apud* ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 185.

O requisito da qualificação, assim como o da desvalorização profissional, está intimamente relacionado com a necessidade de qualificação e formação profissional. Neste sentido, o n.º 4 do artigo 118.º concede ao trabalhador o direito a formação profissional não inferior a dez horas anuais sempre que o exercício das funções acessórias exigir especial qualificação. Note-se que este direito do trabalhador é independente de se tratar de funções que este desempenha a título principal ou acessório¹⁵⁸.

Para ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹⁵⁹, “esta exigência de qualificação adequada poderá à primeira vista parecer contraditória com a regra do n.º 4”, contudo, diz ser somente aparente, referindo que “quer no momento da admissão do trabalhador quer ao longo da execução do contrato apenas podem ser exigidas ao trabalhador tarefas que este esteja em condições de executar, ainda que tal envolva a ministração de formação inicial. É a esta qualificação que se refere o n.º 2 do art. 118.º já o n.º 4 se apresenta como afloramento de uma tutela dinâmica da profissionalidade: quando o empregador, ao abrigo do regime da polivalência (...) pretenda afectar o trabalhador a funções de acrescida tecnicidade, este terá direito, como contrapartida desse alargamento da faculdade patronal de aproveitamento da sua actividade a um especial crédito de formação – a qual, note-se, não tem necessariamente que se reportar à actividade desempenhada (n.º 1 do art. 133º). Conjuga-se, portanto, o mecanismo de flexibilização da prestação do trabalhador com o dispositivo de enriquecimento da profissionalidade, a expensas do empregador”.

2.1.2.2. Desvalorização profissional

Verifica-se que a lei continua a proibir a prestação de tarefas que possam causar desvalorização profissional para o trabalhador, ou seja, a desvalorização profissional assume-se novamente como requisito subjectivo negativo para que o empregador possa submeter o trabalhador à execução de tarefas afins ou funcionalmente ligadas.

Relembramos assim que não se trata aqui da obrigação de valorizar profissionalmente o trabalhador mas sim da obrigação de não o encarregar de tarefas que

¹⁵⁸ Cfr. Neste sentido, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 333.

¹⁵⁹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, pp. 185-186.

o possam desvalorizar profissionalmente, isto é, “a mobilidade *ex n.º* 2 do art. 118.º não tem de estar pré-ordenada ao crescimento profissional do trabalhador¹⁶⁰.”

O requisito da desvalorização profissional é o de mais difícil concretização, pois envolve um juízo subjectivo sobre aquilo que se há-de considerar como desvalorização profissional.

Ora, ao trabalhador está associado um “património profissional”¹⁶¹ que terá de se proteger. Em primeira linha, não pode o trabalhador ser privado das suas experiências, conhecimentos e aptidões, contudo o conteúdo desta profissionalidade é bastante complexo, logo não corresponde somente a este somatório. Por outro lado, “a sua tutela filia-se no valor fundamental da dignidade do trabalhador e na inseparabilidade do trabalho relativamente à pessoa que trabalha”¹⁶².

Como salienta M. BROLLO¹⁶³ a matéria da mobilidade funcional coloca-se “numa das zonas mais telúricas do Direito do Trabalho”, contrapondo-se “a liberdade do empregador de decidir as modalidades de iniciativa económica e os limites aos actos de gestão da relação de trabalho, ditados pela tutela do valor da dignidade da pessoa do trabalhador”. Deste modo, afirma ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹⁶⁴ que “a desvalorização profissional deve, pois, ser colocada no plano da dignidade do trabalhador, das suas legítimas expectativas e das representações inerentes ao fenómeno da profissionalidade”.

Isto não quer dizer que seja vedado ao empregador o poder de incumbir o trabalhador do exercício de funções que pertençam a uma categoria inferior¹⁶⁵, pois a lei admite essa possibilidade. Foi, apenas anteriormente referido, que o trabalhador não pode ser privado da sua experiência, conhecimentos ou aptidões.

¹⁶⁰ Cfr. No mesmo sentido, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Polivalência Funcional – requisitos...*, *ob. cit.*, pp. 305-306. Após vários debates esta foi também a orientação acolhida na doutrina italiana relativamente ao regime do artigo 13.º do Estatuto dos Trabalhadores, veja-se assim A. BELLA-VISTA, *L’oggetto dell’obbligazione lavorativa*, in F. CARINCI (dir.), *Il Lavoro Subordinat*, t. II, Turim, Giapichelli, 2007, p. 1526.

¹⁶¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 187.

¹⁶² Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 187.

¹⁶³ M. BROLLO, *cit. apud* ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 187.

¹⁶⁴ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 187.

¹⁶⁵ Cfr. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.* p. 445, referindo que não parece “que deste requisito decorra a proibição, pura e simples, da exigência ao trabalhador de funções que correspondam a uma categoria inferior à sua, uma vez que, no recorte das funções afins a lei faz apelo à carreira profissional e não há categoria do trabalhador, entende-se que este requisito obsta à exigência de tarefas que diminuam significativamente o estatuto do trabalhador no seio da empresa, designadamente perante os colegas”.

Contudo, a este propósito, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹⁶⁶, faz a seguinte observação: “mas a sua afectação a uma tarefa para a qual o essencial da sua profissionalidade, adquirida e desenvolvida ao longo do percurso profissional, não tenha qualquer pertinência, equivale, na prática, a esse desapossamento, implicando desvalorização profissional. O mesmo acontecerá quando se lese a conservação ou a possibilidade de aquisição de competências profissionais, ou quando se inviabilize a progressão na hierarquia. Ou, ainda, quando se prejudique a imagem do prestador de trabalho relativamente aos demais trabalhadores, se diminua substancialmente o grau de autonomia ou a actuação no âmbito da representação externa da imagem da empresa”.

O factor tempo, isto é, a duração do exercício das funções acessórias, irá ser muito importante para o juízo acerca da existência ou não de desvalorização profissional em cada caso, assim como o modo como o trabalhador as executará, se de um modo predominante ou complementar. A verdade é que o exercício das mesmas funções pode assumir contornos muito diferentes, dependendo da forma como são exercidas.

2.2. Direitos do trabalhador no âmbito alargado da actividade laboral

As funções afins ou funcionalmente ligadas do núcleo central da actividade contratada integram o objecto do contrato e podem ser exigíveis ao trabalhador, nos mesmos moldes da actividade que corresponde ao núcleo central, desde que respeitem os requisitos acima referidos, quer os subjectivos quer os objectivos.

Contudo existem especificidades no regime da prestação do trabalho, neste âmbito alargado da actividade. São elas o direito do trabalhador à formação profissional, que referimos aquando a abordagem do requisito subjectivo positivo da qualificação e o direito do trabalhador ao tratamento retributivo mais favorável. É de notar, que em relação ao regime da LCT, o direito à retribuição mais elevada mantem-se, mas o mesmo já não acontece com o direito à reclassificação pelos motivos que serão posteriormente enunciados a propósito da transitoriedade das funções afins ou funcionalmente ligadas¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 187.

¹⁶⁷ Veja-se ponto 2.3.

2.2.1. Retribuição mais elevada

Actualmente, assim como o já acontecia no domínio da LCT, o trabalhador quando se sujeita ao desempenho de funções de acordo com o n.º 2 do artigo 118.º, não pode, à partida, sujeitar-se à degradação do seu nível retributivo.

O raciocínio manteve-se o mesmo. Na elaboração do contrato, trabalhador e empregador fixam o montante da retribuição ou definem-na através do acto de classificação na categoria normativa, correspondente às funções maioritariamente desempenhadas e esse montante não pode ser ferido por força do exercício da faculdade do empregador em afectar o trabalhador a tarefas acessórias da actividade contratada.

A afectação do trabalhador a tarefas acessórias da actividade contratada, não pode implicar degradação do padrão retributivo do trabalhador. Contudo, o contrário pode acontecer, isto é, o desempenho das funções acessórias à actividade contratada pode originar um tratamento retributivo mais benéfico para o trabalhador.

Anteriormente, no Código do Trabalho de 2003, esta matéria da retribuição encontrava consagração legal no art. 152.º cuja epígrafe era “efeitos retributivos”. Agora, o Código actual trata desta matéria no art. 267.º sob a epígrafe “retribuição por exercício de funções afins ou funcionalmente ligadas”.

Apesar da alteração sistemática¹⁶⁸, o sentido da norma é o mesmo, que na codificação anterior: “a afectação do trabalhador a “funções afins ou funcionalmente ligadas” à actividade acordada determina a percepção da remuneração que lhes corresponda, quando esta for mais elevada do que aquela que é devida pelas tarefas que o trabalhador predominantemente desempenha e que correspondem à actividade para que se encontra contratado. Por outras palavras o recurso ao regime da polivalência pode implicar a classificação do trabalhador numa categoria normativa a que corresponda retribuição mais elevada”¹⁶⁹.

¹⁶⁸ A actual inserção sistemática merece crítica por parte de vários Autores, *verbi gratia* ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 188, JOANA NUNES VICENTE, *ob. cit.*, p. 635 e PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 334.

¹⁶⁹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 189. O Autor acrescenta que “sendo este o sentido da norma, evidente se torna a incorrecção do enquadramento sistemático que lhe foi dada em 2009. Como é evidente, não está aqui em causa uma prestação *a se* ou um aditivo ou complemento retributivo. Trata-se, muito pelo contrário de uma regra de determinação do estatuto retributivo e que opera, necessariamente, em conjugação com um parâmetro retributivo empresarial ou definido em instrumento de regulamentação colectiva (tal como sucede, aliás, no âmbito do regime do *jus variandi*, com o actual n.º 4 do art. 120º)”. Cfr. Ainda, neste sentido, JOANA NUNES VICENTE, *ob. cit.*, p. 625, referindo a Autora que “não se vê, pois, que motivo possa ter determinado ou que benefício advenha desta sua nova arrumação sistemática”.

De acordo com o n.º 1 do artigo 267.º, o trabalhador tem direito a retribuição mais elevada mesmo que apenas exerça as funções do n.º 2 do artigo 118º a título acessório.

Ora, mesmo que o trabalhador não esteja afecto a estas tarefas de um modo predominante, se a elas corresponder retribuição superior, o trabalhador terá direito a essa maior retribuição, (e não somente na proporção do período normal de trabalho que corresponda ao exercício dessas tarefas)¹⁷⁰.

Por fim, o n.º 1 do artigo 267.º deixa bem claro que o trabalhador apenas terá direito ao tratamento retributivo mais favorável enquanto este desempenhar as funções acessórias, sendo que, e nas palavras de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO¹⁷¹ a reclassificação do trabalhador na categoria normativa superior é, portanto, “transitória e reversível”. Só não será desta forma no caso de as funções acessórias passarem a corresponder á actividade predominante e estavelmente desempenhada e, por força dos parâmetros que em geral definem a classificação do trabalhador, se considere que deve o trabalhador ser classificado na categoria normativa da actividade predominante e estavelmente desempenhada.

É então aqui abordado, para além do plano estritamente contratual, a ligação entre as funções efectivamente desempenhadas pelo trabalhador (categoria real) e tratamento retributivo.

Assim, como o direito à formação profissional previsto no n.º 4 do artigo 118.º, “o reconhecimento do princípio de que a remuneração é determinada pelas funções efectivas e predominantemente exercidas em cada momento é fortemente temperado pela logica bilateral: o alargamento das tarefas que podem ser exigidas ao trabalhador, de acordo com as conveniências patronais, é feito com contrapartidas”¹⁷².

¹⁷⁰ Para ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 189, “há lugar a uma reclassificação”, já para PEDRO MADEIRA DE BRITO *et al.*, *ob. cit.*, p. 334, trata-se de um “aflorescimento do princípio da equivalência das prestações: à prestação de maior valor deve corresponder a retribuição mais elevada”.

¹⁷¹ Para ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 189

¹⁷² Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob.. cit.*, p. 191.

2.3. Transitoriedade

Como tivemos oportunidade de esclarecer, no ponto 1.1.1.1.4., no âmbito da LCT era estabelecido um limite de seis meses findos os quais o trabalhador teria direito a reclassificação. Por sua vez, este direito levava a doutrina a questionar sobre o carácter transitório, ou não, do regime da polivalência.

Agora deixou de fazer sentido continuar a levantar esta questão, pois ao contrário do que acontecia no regime anterior à codificação laboral, que estabelecia um limite geral de seis meses, terminados os quais o trabalhador tinha direito a reclassificação profissional, o regime do Código do Trabalho não sujeita o exercício das actividades afins a qualquer limite temporal.

Esta solução, a não sujeição a limite temporal, findo o qual daria direito a reclassificação profissional, é sem dúvida a que melhor se ajusta com a “redefinição ou reconfiguração legal do objecto do contrato de trabalho”¹⁷³. Ora, se estas funções, as afins ou funcionalmente ligadas, fazem agora parte da actividade contratada elas são negocialmente devidas pelo trabalhador e, por isso, de acordo com as necessidades da empresa, podem a qualquer momento ser exigidas pelo empregador, pois correspondem “à gestão normal do vínculo natural em moldes de elasticidade”¹⁷⁴.

2.4. Acessoriedade

No regime da LCT, como ficou demonstrado no ponto 1.1.1.1.3., o artigo 22.º n.º 3 impunha claramente que as novas tarefas a desempenhar tinham de ser exercidas acessoriamente às actividades da sua função normal, ou seja, era requisito imposto legalmente, que o trabalhador continuasse a exercer a sua função normal como actividade principal.

No regime da codificação, a lei não é clara relativamente à questão de se saber se as funções afins ou funcionalmente ligadas só podem ser executadas acessoriamente à função nuclear do trabalhador, como na LCT, ou a título principal ou mesmo substitutivo da função nuclear.

¹⁷³ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 244.

¹⁷⁴ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 445.

A falta de clareza quanto a este problema surge na referência a estas funções como acessórias no n.º 4 do artigo 118.º. O legislador, ao prever que tais funções podem ser determinadas pelo empregador “ainda que a título acessório”, nos termos do n.º 1 do artigo 267.º, permite-nos concluir, relativamente a este problema, que tais funções podem ser realizadas a título principal da função nuclear ou substitutivo desta¹⁷⁵.

Em sentido oposto, ou seja, entendendo que estas funções só podem ser realizadas a título acessório, encontra-se MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹⁷⁶, expondo que “estas funções devem ser exercidas a título acessório da actividade nuclear do trabalhador e não a título principal ou substitutivo daquela actividade, por dois motivos: porque esta solução é a que melhor se coaduna com a razão de ser da própria figura da afinidade funcional, que pretende, sobretudo, ultrapassar a rigidez do princípio da invariabilidade da prestação, facilitando o desempenho de tarefas adicionais ou complementares da actividade principal do trabalhador; e porque a solução inversa pode dar lugar a uma alteração da função nuclear do trabalhador em termos unilaterais (porque definidos pelo empregador) e definidos (porque deixou de ser balizada por um limite temporal), uma vez que a actividade teoricamente *afim* é a que passa a ser a actividade nuclear do trabalhador. Ora, em que formalmente ambas as actividades integrem o objecto do contrato, substancialmente há uma alteração daquilo que foi acordado pelas partes como actividade laboral, o que não se coaduna com o princípio geral *pacta sunt servanda* (art. 406.º n.º 1 do CC) ”.

¹⁷⁵ Cfr. No mesmo sentido, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 332 e na jurisprudência o Ac. RL, de 14/5/2008 disponível em www.dgsi.pt, de onde se retira que: “(...) a partir de 1/12/2003, com a entrada em vigor do Código do Trabalho, deixou de ser necessária essa condição. Nos termos do art. 151.º, n.º 2 deste Código o empregador pode atribuir ao trabalhador o desempenho de tarefas afins ou funcionalmente ligadas às funções para que foi contratado, para as quais detenha qualificação profissional, sem que seja necessário manter, a título principal ou preferencial, a execução de funções que se integrem no objecto contratual, e desde que tal desempenho não implique desvalorização profissional para aquele. Diferentemente do que se verificava no anterior instituto da polivalência funcional (art. 22.º, n.ºs 1, 2 e 3 da LCT, na redacção introduzida pelo art. 6º da Lei 21/96, de 23/7), em que a função correspondente à categoria para que o trabalhador foi contratado se mantinha, isto é, continuava a ser o elemento central e nuclear do seu trabalho, o art. 151.º, n.º 2 do Código do Trabalho não exige que o exercício de funções afins ou funcionalmente ligadas seja acessório; não exige a manutenção de um núcleo de funções inerentes à categoria para que o trabalhador foi contratado ou que as funções afins sejam exercidas em regime de cumulação com a actividade principal”.

¹⁷⁶ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 446. Seguindo a mesma orientação, veja-se o Ac. RL de 9/12/2004, CJ, Ano XXIX, 2004, Tomo V, pp. 154 e ss. Do presente acórdão retira-se que “II - se o empregador ordena a execução de tarefas não correspondentes à categoria profissional, necessário é que elas tenham afinidade ou ligação funcional com as actividades da categoria que sejam exercidas em cumulação com a actividade principal”.

2.5. Dever de informação

No regime da polivalência, previsto na LCT, embora não resultasse do texto legal a obrigação do empregador informar e fundamentar a decisão de colocar o trabalhador no exercício de funções ao abrigo da polivalência, defendia-se que a boa fé no cumprimento dos contratos e mais forçadamente o dever de informação plasmado no DL 15/94, de 11 de Janeiro, fazia incorrer o empregador nessa obrigação.

A partir do momento em que, com a codificação¹⁷⁷, a polivalência passa a consubstanciar um exercício normal do poder de direcção, compreende-se que não exista, desde logo, um dever específico de informação, distinto do dever geral relativo ao contrato de trabalho e previsto nos artigos 106.º a 109.º do CT.

As funções afins ou funcionalmente ligadas fazem parte da actividade contratada, logo o dever de informação no âmbito destas funções continua a ser o dever normal de informação dos aspectos relevantes na prestação do trabalho. Nestes termos, a propósito do artigo 118.º, o dever de informação previsto no artigo 106.º n.º 3 al. c), abrange expressamente o dever do empregador informar o trabalhador sobre a sua categoria ou a descrição sumária das funções correspondentes.

¹⁷⁷ A propósito do Código anterior, onde se “estrela” este alargamento do objecto do contrato, ISABEL RIBEIRA PARREIRA, *ob. cit.*, p. 146, já lembrava que “todavia, com esta discrição sumária o trabalhador nada fica a saber sobre este novo legal alargamento do objecto contratual, podendo essa possibilidade desconhecida influenciar de forma relevante a sua opção por celebrar aquele particular contrato de trabalho ou outro, ou aceitar essas condições de trabalho ou outras. Tanto mais que são vulgares no clausulado contratual praticado, em situações vulgares de quase ausência total de liberdade de estipulação, quer as ausências de descrições funcionais, quer as respectivas referências ainda que resumidas. Por isso, pensamos que – pelo menos num primeiro período de vigência do Código e na ausência de um dever específico de informação nesse sentido – deveria ser entendida a referência exemplificativa do artigo 98.º, n.º 1 e n.º 2 como incluindo um dever específico de informação sobre o teor do art. 151.º, sendo necessária a referência expressa à legal inclusão no objecto do contrato das funções afins ou funcionalmente ligadas, até porque esse dever potenciaria a delimitação mais cuidada da actividade devida pelas partes”.

IV. Jus Variandi

1. Fundamento

As empresas, devido a vários factores, por vezes são confrontadas inesperadamente com a necessidade de satisfação de determinado resultado tendo que oferecer respostas imediatas. Nestas circunstâncias, é necessário que os trabalhadores, nos termos legalmente previstos, se sujeitem provisoriamente a uma reestruturação organizacional da actividade laboral.

Partindo de alguns exemplos, esta sujeição poderá passar pela alteração da actividade a desenvolver¹⁷⁸, o modo de realizar a actividade ou mesmo a alteração do próprio local de trabalho¹⁷⁹. Nestes termos, a razão de ser do *jus 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”¹⁸⁰ sendo necessário que os trabalhadores se movimentem funcionalmente.

Ora, se o empregador, deparado com determinado problema de gestão, verifica que a resolução do mesmo não passa pela contratação de novos trabalhadores, diante essas necessidades, poderá, desde que preenchidos determinados requisitos, exigir ao trabalhador a prestação de uma actividade distinta da que, contratualmente, este se encontra obrigado a prestar¹⁸¹.

Mais uma vez, a lei atendeu às exigências de flexibilidade empresarial, as quais exigem que o trabalhador seja funcionalmente móvel¹⁸². O legislador não fez nada mais

¹⁷⁸ Como refere LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho*, RDES, Ano XXXII, N.ºs 1-2-3-4, 1990, p. 328, “em atenção às necessidades da organização de meios no seio da qual o trabalhador executa a sua prestação, a lei admite uma forma de modificação unilateral temporária do objecto da obrigação principal do contrato de trabalho”.

¹⁷⁹ Cfr. Neste sentido, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 328 e ss.

¹⁸⁰ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., pp. 449-450. A Autora menciona dois exemplos, são eles: “o acréscimo ocasional de um trabalhador 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”. Cfr. Ainda, no desenvolvimento da mesma ideia, FELICIANO TOMÁS DE RESENDE, *As prestações das partes no contrato de trabalho*, ESC n.º 32, 1969, p. 15, defendendo que a figura do *jus variandi* é exigida por motivos como: “a iminência de perigos ou prejuízos para a organização empresarial, a falta de trabalhadores, a alteração de técnicas ou mercados, em suma, interesses fundados das empresas e, por reflexo, da economia nacional”.

¹⁸¹ Cfr. Neste sentido MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., pp. 449-450.

¹⁸² Cfr. Neste sentido, JOÃO LEAL AMADO, ob. cit., p. 246.

do que atribuir ao empregador um instrumento de gestão flexível, pois permite-lhe, perante a mão-de-obra que este tem ao seu dispor, o preenchimento das necessidades da empresa, necessidades estas, que não foram previstas aquando a celebração do contrato, sem que para isso tenha que recorrer a mais mão-de-obra¹⁸³.

Resumindo, o recurso ao *jus variandi* surge pela necessidade de as empresas se adaptarem a novos condicionalismos¹⁸⁴ “impedindo que a organização destas e a sua necessidade técnica de divisão e especialização do trabalho adquiram rigidez no plano jurídico”¹⁸⁵. Deste modo, confirma BERNARDO LOBO XAVIER¹⁸⁶ que “no ritmo da vida moderna pode surgir a todo o tempo necessidade de uma mudança de técnica, 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 actividade a desenvolver pelo trabalhador. Por outro lado, não poucas vezes acontecerá que os próprios acidentes da vida das empresas, 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”.

Surge assim, do poder que o empregador tem ao seu dispor, de em determinadas circunstâncias exigir do trabalhador a prestação de actividades que não fazem parte da actividade laboral, o *jus variandi*¹⁸⁷.

¹⁸³ Cfr. Neste sentido, DIOGO VAZ MARECOS, *ob. cit.*, p. 310.

¹⁸⁴ Cfr. Neste sentido, CATARINA CARVALHO, *ob. cit.*, p. 1032.

¹⁸⁵ Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *A determinação qualitativa...*, *ob. cit.*, p. 27.

¹⁸⁶ Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *A determinação qualitativa...*, *ob. cit.*, p. 27.

¹⁸⁷ Cfr. Neste sentido, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *A determinação qualitativa...*, *ob. cit.*, p. 27, expondo que “para ocorrer (...) à instabilidade das circunstâncias que determinam a dedução no contrato de uma especial modalidade de serviço, torna-se necessário conceder poderes amplos ao chefe da empresa, para livremente modificar a organização do trabalho, alterando, se for preciso, as funções dos seus empregados e assalariados. E a tal solução não devem obstar os princípios negociais; quando não entrará em crise a instrumentalidade do contrato de trabalho para acudir às necessidades das empresas em constante evolução”. Cfr. Ainda, neste sentido, MÁRIO PINTO/P. FURTADO MARTINS/ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 111, “reconhece-se aqui a instrumentalidade do contrato de trabalho relativamente às finalidades da organização a que se destina e, consequentemente, permite-se, dentro de certos parâmetros, que sobrevindo necessidades relevantes inerentes ao funcionamento da organização, se reclamem do trabalhador tarefas não compreendidas no programa contratual”. Inserindo o *jus variandi* no princípio da mútua colaboração Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho ob. cit.*, p. 795, “no fundo, como a actividade laboral prossegue o fim do empregador, admite-se que possa ser exigido ao trabalhador uma prestação diversa. O poder de alterar e a obrigação de exercer uma actividade diversa inserem-se no princípio da mútua colaboração”.

2. Caracterização da figura

Originalmente previsto no n.º 2 do artigo 22.º da LCT, o regime do *jus variandi*, passou, com a Lei n.º 21/96 de 23 de Julho, para os n.ºs 7 e 8 da mesma norma, inserindo-se na matéria que dizia respeito ao objecto do contrato de trabalho.

Posteriormente, no Código do trabalho de 2003, com a denominação de mobilidade funcional, *o jus variandi*, foi regulado no artigo 314.º como uma das vicissitudes do contrato de trabalho¹⁸⁸, inserida no capítulo VII no título dedicado ao contrato de trabalho, juntamente com a mobilidade geográfica, a cedência ocasional, situações de suspensão de contrato ou mesmo a transmissão de estabelecimento.

Agora, na actual legislação laboral, este regime encontra-se previsto, com a mesma denominação do Código anterior, no artigo 120.º, na secção relativa à actividade de trabalho¹⁸⁹.

O novo Código do trabalho não ficou apenas pela alteração sistemática da figura do *jus variandi*, verificam-se também algumas alterações do próprio regime que por agora serão apenas enunciadas para mais tarde serem descortinadas individualmente.

Antes de mais, podemos verificar, na parte final no n.º 2 do artigo 120.º, a inserção de um regime de caducidade para as cláusulas de mobilidade funcional. De seguida, podemos retirar, do n.º 3 do mesmo artigo, o estabelecimento de um limite máximo para a variação da função. Por fim, os efeitos da variação da função na categoria do trabalhador encontram-se agora no artigo 120.º n.º 5, sendo que no Código anterior se encontravam na norma respeitante à mudança de categoria.

Nos termos do artigo 118.º, n.º 2, as funções a que o trabalhador está obrigado compreendem já as afins ou funcionalmente ligadas. Assim, o *jus variandi* operar-se-á para além desse limite. Desta forma, o *jus variandi* diz respeito “a um poder unilateral do empregador de modificar as funções do trabalhador que não se encontram

¹⁸⁸ Discordando da inserção deste regime a propósito das vicissitudes do contrato de trabalho veja-se, *verbi gratia*, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 449. A argumentação da Autora, assenta na consciência de que embora na realidade o regime do *jus variandi* consista na alteração do objecto, elemento essencial do contrato, o que tecnicamente faz com que se possa remeter a uma vicissitude negocial, este é, sem dúvida, um instrumento importante e de utilização recorrente no contrato de trabalho logo, não pode ser encarado com carácter excepcional, favorecendo a execução dinâmica do contrato de trabalho, adequando-o às necessidades do empregador “(logo, não excepcional)”.

¹⁸⁹ Para MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 449, a inserção do regime da mobilidade funcional no artigo 120.º, na secção relativa à actividade de trabalho, parece a mais adequada. Nas palavras da Autora, “a opção do actual Código no tratamento desta figura é assim mais consentânea com a sua real função”.

compreendidas na actividade contratada, o que significa não só as funções compreendidas naquela actividade, mas também para além das que sejam afins ou funcionalmente ligada”¹⁹⁰. Logo, nas palavras de PEDRO ROMANO MARTINEZ¹⁹¹ “para haver *jus variandi* torna-se necessário que a alteração determinada pelo empregador esteja em contradição com o programa contratual, isto é, com as regras que directa ou indirectamente regem aquela relação laboral; concretamente, que se imponha a realização de uma actividade diversa, não compreendida nas funções afins ou funcionalmente ligadas”.

Resumindo, trata-se de uma possibilidade conferida ao empregador de unilateralmente¹⁹² introduzir uma modificação no objecto do contrato e que, por sua vez, irá extravasar o mesmo¹⁹³. Por isto, há assim quem defenda, tal como GIUGNI¹⁹⁴, que “o *jus variandi* começa onde o poder de direcção acaba”, opinião da qual discordamos e que tem levantado imensas dúvidas na doutrina laboral.

Desta forma, uma parte da doutrina defende que o *jus variandi* constitui um corolário do poder directivo¹⁹⁵ por oposição aos que defendem que o mesmo constitui um poder autónomo¹⁹⁶.

¹⁹⁰ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 336.

¹⁹¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *ob. cit.*, pp. 743 -744.

¹⁹² Em sentido contrário, defendendo que o *jus variandi* prevê o acordo do trabalhador logo, não se trata de uma faculdade susceptível de exercício unilateral, cfr. Ac. RL. 17/7/85, CJ, Ano X, 1985, Tomo IV, p. 192, de onde se retira que “III - “o *jus variandi*” reveste carácter de excepção, pelo que o seu exercício está dependente da convergência dos requisitos legais, onde se inclui o acordo do trabalhador. Na falta desse acordo não há desobediência ilegítima, à ordem da entidade patronal que envolve o exercício do “*jus variandi*”. Acórdão também referenciado por ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *ob. cit.*, p. 227.

¹⁹³ Cfr. Neste sentido, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito...ob. cit.* pp. 226-227, “o *jus variandi* trata-se efectivamente de algo que exorbita do objecto contratual, isto é, de uma faculdade anormal que pertence ao empregador e se traduz na intimação feita ao trabalhador para que realize serviço não contratualmente prometido”.

¹⁹⁴ Cfr. GINO GIUGNI, *cit. apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 794.

¹⁹⁵ Partilhando uma visão ampla do poder de direcção cfr.: MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 686-687; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *ob. cit.*, p. 795, defendendo o Autor que “o poder de direcção, em sentido técnico, tem em vista a conformação do poder laboral; num sentido amplo, abrange igualmente determinadas alterações ao programa contratual, normalmente designadas por *jus variandi*”. Consultar ainda, ALFREDO MONTOYA MELGAR, *EL poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas*, Revista del Ministério de Trabajo y Assuntos Sociales, Derecho del Trabajo, 2004, n.º 48.º p. 135 e ss., o Autor afirma que “manifestações, umas vezes individuais e outras colectivas, do poder de direcção do empregador são também o *jus variandi* nos seus vários graus e manifestações, a faculdade de decidir da mudança de local de trabalho e modificações substanciais das condições de trabalho, suspensões e extinções por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produção e despedimentos por causas objectivas”. Cfr. No mesmo sentido, PIERPAOLO CIPRESSI, *cit.*, *apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 794, defendendo que “o *jus variandi* está compreendido no âmbito do poder de direcção, até porque respeita à execução da prestação de trabalho e constitui uma expressão da subordinação”. Cfr. Ainda PASQUALE CHIECO, *cit.*, *apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES *ob. cit.*, p. 794, entendendo que “é expressão do poder de direcção

A verdade é que, no contrato de trabalho, a situação jurídica do empregador não se encerra no débito remuneratório. É, também, necessário não esquecer a sua posição subjectiva de poder, à qual corresponde a subordinação da outra parte, o trabalhador¹⁹⁷. Por sua vez, esta posição de poder comporta, segundo DIOGO VAZ MARECOS¹⁹⁸, três poderes essenciais, o directivo o disciplinar e o regulamentar¹⁹⁹.

Tendo em conta o que foi anteriormente exposto, não há dúvidas, do que aqui se trata, ou seja, estamos perante uma manifestação unilateral da vontade do empregador em modificar o objecto do contrato logo, automaticamente somos levados a excluir quer o poder disciplinar, quer o poder regulamentar.

Descartados estes dois poderes, resta-nos o poder directivo e, por sua vez, verificando que o *jus variandi* tem que ver com a actividade laboral, consideramos não

uma imensa quantidade de direitos que passam pelo *jus variandi*". Veja-se ainda, VICENTE-ANTÓNIO MARTINÉZ ABASCAL, *cit.*, *apud* CATARINA CARVALHO, *ob. cit.*, p. 1032, o Autor embora concorde que o *jus variandi* tem como base o poder de direcção, não se identifica com este poder, implicando sim uma ampliação do mesmo. Consultar ainda, a este propósito, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 290, que em comentário ao artigo 97.º do CT refere que "poder de direcção" referindo no ponto III que "A prestação de trabalho subordinado, por natureza, contém a possibilidade de introduzir variações na prestação de trabalho, no conteúdo da relação obrigacional, nas circunstâncias da sua execução. Os poderes da entidade empregadora relativamente à obrigação de trabalhar são o reflexo jurídico dessa necessidade de variação da prestação. Com efeito, a peculiar configuração do trabalho subordinado, em que a prestação do trabalhador se encontra encarecida de determinação e de ajustamentos, torna imprescindível um poder de direcção, enquanto expressão característica da posição ocupada pela entidade empregadora na situação jurídica laboral; assim se administra a relação de trabalho, se resolve a indeterminação e se adapta a prestação, dentro dos limites fixados no contrato." De seguida no ponto IV, o Autor menciona que para além do poder de direcção no sentido enunciado no ponto anterior "existem outras posições activas da entidade empregadora que podem provocar alterações mais profundas na prestação de trabalho como, por exemplo, a possibilidade de alterar temporariamente a actividade contrata (artigo 120.º) (...) esta plêiade de posições jurídicas do empregador justifica que alguma doutrina se refira ao poder de direcção em sentido amplo abrangendo também os poderes de modificação unilateral do contrato. Entendemos, porém, que o poder de direcção a que se refere a disposição em anotação refere-se ao sentido restrito".

¹⁹⁶ Considerando que o *jus variandi* constitui um poder autónomo, consultar: JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, pp. 794-795; JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 246; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 200, o Autor refere que "não é considerado como *ius variandi* o desempenho das funções afins ou funcionalmente ligadas, previstas no n.º 118.º, n.º 2, uma vez que o *ius variandi* implica o afastamento do programa contratual, por ordem do empregador, o que não sucede nessa situação. Pode, por isso, dizer-se que o *ius variandi* já extravasa do poder de direcção do empregador em conformar a actividade do trabalhador dentro do objecto do contrato de trabalho (art. 97.º), dado que implica uma alteração temporária desse mesmo objecto em resultado de um negócio unilateral receptício do empregador". No mesmo sentido, veja-se ainda, CLARA ENRICO LUCIFREDI, *cit.*, *apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 794, entendendo que se trata aqui "de situações logicamente incompatíveis entre si, situando-se uma no interior e outra no exterior do objecto do contrato. O *ius variandi* é pois diverso, na sua estrutura e exercício, do poder relativo à disciplina e execução do contrato".

¹⁹⁷ Cfr. Neste sentido MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 673-674.

¹⁹⁸ Cfr. DIOGO VAZ MARECOS, *ob. cit.*, pp. 250 e ss. Veja-se ainda BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito... ob. cit.*, p. 325. Já no âmbito da LCT o Autor referia que "a LCT atribui à entidade patronal três poderes fundamentais na matéria de gestão: *poder directivo, poder disciplinar, poder regulamentar*".

¹⁹⁹ Note-se que esta divisão tripartida de poderes não é líquida.

haver indecisões quanto à sua recondução a este poder, “uma vez que é este poder do empregador que está especificamente vocacionado para modelar e adequar a actividade laboral do trabalhador”²⁰⁰.

Contudo, ao contrário dos Autores²⁰¹ que embora defendam que o *jus variandi* constitui um corolário do poder directivo, mas inserido na faceta conformativa deste poder, julgamos, de acordo com MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁰², que “envolvendo o *jus variandi* uma modificação da função e não apenas uma diferente modelação da actividade já desenvolvida, ele terá que se reconduzir a uma manifestação do poder determinativo da função”.

Concebemos assim, o poder de direcção com uma tal amplitude que acaba por abranger o próprio *jus variandi*. Distinto do regime do artigo 118.º, que diz respeito ao exercício de um poder que o empregador passa a gozar desde o início, o *jus variandi* reporta-se a um poder cuja constituição fica dependente da existência de um facto superveniente, não deixando de continuar a submeter-se a esse poder de direcção do empregador.

No seguimento do que temos vindo a expor, claramente nos apercebemos que estamos perante um desvio a dois princípios: o princípio da invariabilidade da função²⁰³

²⁰⁰ Cfr. Neste sentido MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 673-674.

²⁰¹ Cfr. Neste sentido BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 328, FERNANDO RIBEIRO LOPES, *Direito do Trabalho*, (copiogr., FDL), Lisboa, 1977/1978 p. 194 e ss. e ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 22.ª ed. Madrid, 2001, p. 362. No mesmo sentido, consultar ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 679, referindo o Autor que “a prestação de trabalho caracteriza-se de acordo com as indicações dadas pela entidade empregadora. Assim sendo, ela não é, por definição, imutável: o empregador pode, a todo o momento, determinar a modificação das tarefas a cargo do trabalhador. Esta modificação opera, em primeira linha no domínio do contrato: de entre as múltiplas actividades que este faculte, o empregador selecciona, em cada momento, as que lhe convenham. As modificações assim possibilitadas concretizam-se mediante uma declaração feita pelo empregador, unilateral e recipianda e que traduz uma vontade relevante de modificação na prestação. O poder de conformação aqui em jogo, tipicamente laboral, pode atingir o modo, o local e o âmbito da actividade a desenvolver. Contidas, numa medida variável, em cada contrato, as possibilidades de variação assim oferecidas podem advir, também, da lei ou de instrumento colectivo. Para além das modificações derivadas, nestes termos, da própria natureza necessariamente indeterminada da situação laboral, outras podem surgir, de natureza extraordinária, e baseada directamente na lei: aqui surge o *ius variandi*”.

²⁰² Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 685-687. A Autora entende que o conteúdo do poder de direcção tem três manifestações essenciais: a determinação da função do trabalhador, a conformação da actividade laboral em concreto e o poder de vigilância, referindo ainda, que, “esta recondução lógica do *jus variandi* confirma adicionalmente que o poder determinativo da função não tem apenas uma manifestação inicial, mas tem também manifestações subsequentes ao longo da vida do contrato”.

²⁰³ Segundo MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 447, “apesar de ser hoje muito menos rígido do que antes da introdução do regime da polivalência funcional, por força do alargamento do âmbito do conceito de actividade laboral (...) o princípio da invariabilidade da prestação continua a ter grande importância, por dois motivos: em primeiro lugar, porque contribui para a objectivação da actividade laboral, e, nessa medida, prossegue o objectivo histórico do Direito do Trabalho de diminuir, tanto quanto possível, a dependência do prestador de trabalho subordinado em relação ao respectivo credor: em segundo lugar,

e o princípio do cumprimento pontual dos contratos, previsto no artigo 406.º do CC, onde se poder ler no seu n.º 1, “o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”²⁰⁴.

Esta derrogação ao princípio, segundo o qual os contratos não são alteráveis unilateralmente, é assim legitimada pela necessidade de ajustar a gestão de trabalho ao dinamismo da realidade técnico-organizativa da empresa. Neste sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ²⁰⁵ refere que “o *jus variandi* pressupõe um desvio ao princípio *pacta sunt servanda* (art. 406.º do CC), justificado por motivos empresariais, que não constitui uma especificidade do domínio laboral”.

Posto isto, e tendo verificado que o *jus variandi* permite que o empregador possa fazer variar, unilateralmente, a prestação devida pelo trabalhador, o que fará, com que este último realize tarefas não compreendidas no objecto do contrato, podemos, desde logo, evidenciar o carácter excepcional do *jus variandi*.

Este ponto merece algumas observações, sendo, antes de mais, necessário ter em conta dois aspectos: contratual e organizacional. Existem Autores que considerem o *jus variandi* como excepcional em ambos os aspectos e outros que embora o considerem excepcional do ponto de vista contratual, atribuem-lhe carácter de normalidade do ponto de vista organizacional.

Neste último entendimento, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²⁰⁶ refere que “a par da mobilidade interna, integrada na gestão ordinária da prestação, o Código do Trabalho consagra uma mobilidade externa, que corresponde ao poder excepcional de exigir ao trabalhador tarefas não compreendidas na actividade contratual, mesmo que latamente considerada. A qualificação deste poder, o *ius variandi*, como excepcional é

porque este princípio constitui um limite geral aos desvios à especificação inicial da actividade laboral, que possam surgir ao longo da execução do contrato de trabalho”.

²⁰⁴ Cfr. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 448.

²⁰⁵ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, pp. 795-796. Partilhando da mesma opinião cfr. LUÍS MIGUEL MONTEIRO, *Da vontade contratual...*, p. 317 e ss. O Autor pressupõe o *jus variandi* como uma modificação do objecto do contrato, afastando a justificação no instituto da alteração das circunstâncias (art. 437.º CC), mas sim como uma excepção ao princípio previsto no artigo 406.º CC. Em sentido contrário, veja-se MÁRIO PINTO/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p.115, encarando o *jus variandi* como uma manifestação da colaboração que comanda todos os contratos.

²⁰⁶ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, pp. 191-192 e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 449. Introduzindo já o *jus variandi* nos poderes comuns de gestão da empresa veja-se BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Determinação qualitativa...*, *ob. cit.*, p. 27, posição reavida em MÁRIO PINTO/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 111.

feita por relação ao princípio contratual da imodificabilidade do conteúdo dos contratos por acto unilateral – e por isso nos referimos aqui a uma administração extraordinária da prestação. Já na perspectiva da gestão das organizações produtivas deve ser considerado como um instrumento importante e de uso corrente, que permite dar resposta a ocorrências normais no quotidiano empresarial”.

Discordamos, pois, desta recondução, considerando o regime do *jus variandi* com carácter excepcional, tanto na perspectiva contratual, pelo facto de na realidade modificar um elemento essencial do contrato, o objecto^{207/208}, como na perspectiva organizacional.

Consideramos o *jus variandi* com carácter excepcional do ponto de vista contratual, pois se a regra assenta no princípio que os contratos devem ser pontualmente cumpridos e não alterados unilateralmente, e aqui está ao alcance do empregador essa possibilidade, não se pode negar que esta faculdade ao dispor do empregador se reveste de carácter excepcional.

Quanto à qualificação do *jus variandi* como excepcional do ponto de vista organizacional, tomamos por base o artigo 118.º do CT, ou melhor, a amplitude do mesmo. Ora, o artigo 118.º ao integrar no objecto do contrato as funções afins ou funcionalmente ligadas, já se apresenta, na nossa opinião, suficientemente amplo, tendo em conta a extensão das possíveis funções afins ou funcionalmente ligadas que podem desabar nessa previsão. Daí, concluímos que na amplitude oferecida pelo artigo 118.º

²⁰⁷ Cfr. Neste sentido, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 795, “O *ius variandi* corresponde, pois, a um poder de fazer variar unilateralmente a prestação devida, estendendo-a a comportamentos que, em princípio, ficariam fora dela, o que, quanto a nós, põe logo a nu o seu carácter excepcional”. Cfr. No mesmo sentido, CARLO PISANI, *cit.*, *apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 795, o Autor reforça que a relação laboral assentando no contrato de trabalho e correspondendo as funções, acordadas pelas partes, ao conteúdo da prestação principal de uma das partes e objecto do contrato logo, só poderão por norma ser alteradas por acordo. Numa perspectiva distinta, acerca do carácter do instituto do *jus variandi*, parte da doutrina trata-o como um direito potestativo, cfr. neste sentido, DIOGO VAZ MARECOS, *ob. cit.*, p. 310. O Autor afirma que o artigo 120.º, n.º 1 consagra um verdadeiro direito potestativo, na medida em que concede ao empregador este poder de modificar, unilateralmente, o objecto do contrato de trabalho. Cfr. Ainda LAURA CASTELVETRI, *cit.*, *apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 795, defendendo que é o contrato de trabalho que legitima esse direito potestativo, “ estas prerrogativas não constituem uma anomalia, porque (...) a regra geral que permite remeter a determinação do programa negocial para a escolha de um dos contraentes existe no direito comum dos contratos”.

²⁰⁸ Colocando em causa a constitucionalidade do *jus variandi*, enunciando um desvio à contratualidade do vínculo laboral, cfr. J. BARROS MOURA, *Compilação de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1980, p. 89. Discordando desde entendimento, veja-se MÁRIO PINTO/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 115, referindo que “o alargamento da prestação ocorre por efeito do princípio da boa fé e não põe, de modo algum, em causa os direitos do trabalhador, preservados pelos limites estreitos que se apõem a esta variação unilateral do contrato. Pode, portanto, concluir-se que o *jus variandi*, longe de representar um desvio à contratualidade do vínculo laboral, constitui uma consequência dessa mesma contratualidade”.

estão em causa as situações de normalidade empresarial, ao passo que o *jus variandi* só pode estar direccionado para as restantes situações, isto é, as de excepcionalidade empresarial.

Concordamos, pois, com a recondução do *jus variandi* a situações de “anormalidade na vida da empresa”²⁰⁹, “excepcionalidade empresarial”²¹⁰ ou a “circunstâncias anómalas da vida desta”²¹¹.

3. Requisitos para o exercício do *jus variandi*

De acordo com o n.º 1 do artigo 120.º do CT o recurso ao *jus variandi* encontra-se legalmente limitado, só podendo o empregador a ele recorrer se preenchidos determinados requisitos:²¹² que o interessa da empresa o exija; que esta variação seja transitória e que não implique uma modificação substancial na posição do trabalhador.

3.1. Que o interesse da empresa o exija

Na legislação laboral o “interesse da empresa” é frequentemente referido²¹³ e encontrámo-lo aqui a propósito do *jus variandi*. Nos termos do n.º 1 do artigo 120.º, o recurso ao *jus variandi* será admissível se corresponder ao interesse da empresa²¹⁴. Este

²⁰⁹ Cfr. LUÍS MIGUEL MONTEIRO *Da vontade contratual...*, ob. cit., p. 323.

²¹⁰ Cfr. JORGE LEITE, ob. cit., p. 29.

²¹¹ Cfr. CATARINA CARVALHO, ob. cit., p. 1041.

²¹² Acerca dos requisitos da figura do *jus variandi*, veja-se, entre outros, o Ac. RL de 1/04/1998, CJ, Ano XXIII, 1998, Tomo II, pp. 175 e ss., (o presente acórdão esclarece ainda que o ónus da prova dos requisitos do *jus variandi* recai sobre o empregador).

²¹³ Veja-se por ex. o artigo 194.º, n.º 1 al. b) relativo à Transferência do local de trabalho.

²¹⁴ Cfr. Neste sentido ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 199. Para o Autor é evidente a aproximação entre a construção normativa do *jus variandi*, o regime da transferência unilateral e o da exigência de trabalho suplementar, “sendo invocável um determinado quadro de fundamentação (o interesse da empresa – n.º 1 do art. 120.º e alínea b) do n.º 1 do art. 194.º – ou uma decisão com base em certas circunstâncias – n.ºs 1 e 2 do art. 227.º), pode o empregador exigir ao trabalhador a prestação da sua actividade em termos que, normalmente, estariam vedados ao poder patronal (porque se refere a tarefas não compreendidas na actividade contratada, ou realizadas em local diferente do acordado ou desempenhadas num tempo que não estaria na disponibilidade patronal) ”.

é o primeiro requisito²¹⁵ enunciado no respectivo preceito normativo e, por sua vez, o preenchimento deste conceito revela um elevado grau de dificuldade.

Tratando-se de um poder excepcional, conferido ao empregador, de fazer variar as funções para além dos limites do contrato, é logicamente compreensível que o empregador não o possa fazer de forma discricionária, podendo apenas uma razão séria e objectiva o justificar.

Mas como definir “o interesse da empresa”? Há quem defenda que o “interesse da empresa” é algo que não existe²¹⁶. Nesta medida, “a circunstância de a lei se lhe referir não seria garantia da sua existência real e o famoso “interesse da empresa” não passaria de uma aparência, de um eufemismo, de uma mistificação e de uma carta branca para as decisões dos tribunais”²¹⁷.

Antes de mais, quando se fala no interesse da empresa é necessário distinguir o interesse da empresa como subjectivo, reconhecendo-o como o interesse do empregador, do interesse da empresa como objectivo. “Nesta última acepção, podemos reportar-nos a um interesse da empresa considerada como instituição portadora de interesses próprios para os quais concorrem o trabalhador e o empregador”²¹⁸. Na realidade, verifica-se uma grande dificuldade em distinguir o interesse da empresa do interesse do empregador, já que é este último que materializa o primeiro²¹⁹.

Enquanto requisito para o exercício de um direito por parte do empregador e tendo este direito de variação o seu fundamento na necessidade de mobilidade funcional no interior da empresa, este interesse só pode ser objectivo e não subjectivo.

Nesta medida, o interesse da empresa apenas será lícito para fazer face a necessidades da empresa e não do empregador enquanto indivíduo, não se podendo

²¹⁵ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 194 considera, em certo sentido, o “interesse da empresa” como o único pressuposto do *jus variandi*, isto, porque segundo o Autor “o carácter temporário decorre da própria fisionomia da figura (variação por oposição a modificação) e a tutela da posição do trabalhador opera como limite negativo”.

²¹⁶ Veja-se, *verbi gratia*, CLARA ENRICO LUCIFREDI, *cit. apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 802. Além de defender que o interesse da empresa é coisa que não existe, a Autora fala do “absurdo jurídico de um interesse não pessoal”.

²¹⁷ Cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 802 e veja-se a este respeito PIERRE-DOMINIQUE OLLIER, *cit. apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 802, referindo que, “o poder do empregador, não de organizar ou de reorganizar a empresa, mas de não o fazer, de a deixar funcionar em condições defeituosas, de cometer erros de gestão, de decidir o seu encerramento e de despedir o seu pessoal quando ela deixa de ser rentável, mostra como é difícil invocar o interesse da empresa para justificar a sua perda e que é necessário regressar a uma justificação puramente patrimonial da soberania patronal. O interesse da empresa é pois um eufemismo, já que não reside na conciliação de interesses respectivos do trabalhador e do empregador. E a responsabilidade do empresário é outro eufemismo para designar, nos casos extremos, um direito absoluto de decidir sozinho em causa própria”.

²¹⁸ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 337.

²¹⁹ Cfr. Neste sentido MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 451.

verificar um comportamento discricionário por parte do empregador. É evidente que falamos de um requisito para o exercício de um direito por parte da entidade empregadora, o que parece excluir, à partida, que a exigência do interesse da empresa possa aludir unicamente ao interesse do empregador enquanto indivíduo, ou seja, ao interesse subjectivo²²⁰.

Não esqueçamos que o empregador é o titular da relação jurídica subordinada reportada a uma organização, logo têm que ficar automaticamente afastadas todas as possibilidades de fazer variar a prestação que procurem unicamente satisfazer os interesses do empregador enquanto indivíduo. “Por outro lado, a organização de que é titular projecta-se no contrato de trabalho enquanto pressuposto de facto, configurando os poderes que lhe são atribuídos. O empregador não pode assim agir simplesmente enquanto credor do trabalho e devedor do salário; tem de actuar em conformidade com a organização na qual se insere a organização de trabalho”²²¹.

O interesse da empresa, enquanto requisito do *jus variandi*, está intimamente ligado com situações do funcionamento da organização empresarial, “a que correspondem necessidades de gestão objectivamente aferíveis”²²². Contudo, o interesse da empresa não se pode confundir com essas situações. É necessário que o empregador faça uma ponderação, revelando neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²²³ que “raras vezes, perante tal quadro fático, o recurso ao *jus variandi* figurará como a única solução possível: constitui, quase sempre, uma opção, não uma consequência inexorável, em que é identificado, pelo empregador, como consentâneo com o «interesse da empresa»”.

Em suma, o interesse da empresa “deve ser entendido como uma referência às exigências da organização, ou seja, à correcta aplicação de regras técnico-organizativas, implicitamente contidas nas normas da empresa”²²⁴. Segundo PEDRO MADEIRA BRITO²²⁵ “do ponto de vista prático, é necessário que se verifique um facto que possa pôr em causa a normalidade técnico-produtiva para que seja lícita a exigência de funções situadas na periferia da actividade-tipo, de forma a permitir a mobilidade funcional. É

²²⁰ Cfr. Neste sentido PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 337.

²²¹ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 337.

²²² Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 193.

²²³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 193.

²²⁴ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 337.

²²⁵ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 338.

sobre este pressuposto que repousa a possibilidade de utilização temporária da força de trabalho, em termos diversos”.

O interesse da empresa pode ser avaliado objectivamente, uma vez que provem de circunstâncias supervenientes da vida da empresa, “compreendendo quer situações de força maior externas à empresa (alterações dos mercados e técnicas, perigos eminentes), quer momentos de crise originados no âmbito da própria organização produtiva (falta de trabalhadores, necessidades de conversão técnica etc.) e não de quaisquer conveniências pessoais de quem ordenou a mudança”²²⁶.

Como refere COUTURIER²²⁷, o interesse da empresa só fará realmente sentido e será útil se for um interesse diferente do interesse subjectivo do empregador, ou, como acrescenta JÚLIO GOMES²²⁸, “pelo menos, (...) se o empregador não for o único intérprete possível”.

Assentando num acto de gestão, o *jus variandi*, requer uma fundamentação objectiva, sendo apenas admissíveis reflexões assentes em “critérios gestionários”²²⁹. Esta fundamentação será susceptível de controlo externo²³⁰, contudo falamos apenas da verificação ou não por parte do juiz de fundamentos objectivos segundo critérios típicos de normalidade técnico-organizativos. Deste modo, fica vedada ao julgador a possibilidade de se substituir na “ponderação do empregador, na busca da «melhor

²²⁶ Cfr. CATARINA CARVALHO, *ob. cit.*, p. 1041. Neste sentido, veja-se ainda o Ac. STJ, de 88/05/20, BTE 2.ª Série, N.º 4-5-6/90, p. 424, daqui retira-se que “o requisito (da exigência do interesse da empresa) verifica-se quando o interesse da empresa é objectivamente avaliável – o que sucede se oriundo de circunstâncias anómalas da vida da mesma empresa, e não de quaisquer conveniências pessoais de quem ordenou a mudança”.

²²⁷ Cfr. GÉRADE COUTURIER, *cit. apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 802.

²²⁸ Cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, pp. 803-806, o Autor refere ainda que isto não quer dizer, como grande parte da doutrina defende, que para dar um sentido útil ao interesse da empresa, seja obrigatória a existência de um interesse comum entre empregador e trabalhador, defendendo que “é suficiente considerar que a empresa é uma organização de pessoas, que não deixam de ser pessoas por nela participarem e que devem ser tratadas com o respeito correspondente”. Desta forma, para o Autor “o interesse da empresa representa uma especificação da boa fé, a exigência de uma racionalidade na gestão que não se compadece com a prossecução de políticas arbitrárias e, muito menos, de vinganças pessoais”. O Autor acrescenta que estamos muito distantes da concepção de empresa enunciada por J. BARROS MOURA, *ob. cit.*, p. 89. Veja-se ainda, MÁRIO PINTO/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p.115, referindo que “a razão de ser do reconhecimento do *jus variandi* patronal não é a concepção da empresa como comunidade de interesses, mas sim a ideia de colaboração que preside a qualquer contrato”.

²²⁹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 194.

²³⁰ Cfr. Neste sentido ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 194. O Autor lembra ainda que “a estreita ligação entre o conceito de interesse da empresa e os mecanismos de controlo do exercício do poder patronal, foi, inclusivamente, posta em evidência pelo Código do Trabalho, com a imposição ao empregador do dever de comunicar ao trabalhador o fundamento do recurso ao *jus variandi* (actual n.º 3 do art. 120.º)”.

solução»²³¹. Se assim fosse, o *jus variandi*, colocar-nos-ia “numa gestão judicial da empresa”²³²

3.2. Variação transitória

O requisito da transitoriedade²³³ das funções, não compreendidas na actividade inicialmente acordada, previsto no n.º 1 do artigo 120.º, tem em vista evitar que o empregador, através do recurso ao *jus variandi*, modifique o contrato de trabalho sem o acordo do trabalhador, o que seria contrário ao princípio geral do cumprimento pontual dos contratos²³⁴.

A transitoriedade tem que ver com a anormalidade ou excepcionalidade em termos de funcionamento da empresa e da gestão da prestação do trabalho. Deste modo, não é difícil concluir que, sempre que a execução da prestação em causa adquirir estabilidade e se demonstre o modo de operação normal da empresa, estamos perante uma violação do requisito da transitoriedade²³⁵.

Por outro lado, esta transitoriedade tem que corresponder ao interesse da empresa, em concreto, que se pretende concretizar. Contudo, para ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²³⁶ “a simples conexão desta transitoriedade com os factos em que radica o interesse da empresa é falível já que, (...) tal interesse é identificado através de um acto de gestão, pelo que se decide, com fundamento em parâmetros de racionalidade empresarial, o recurso a este instrumento. Tanto pode acontecer que se trate de responder a necessidades transitórias da empresa (v.g. um acréscimo eventual da actividade) como pode simplesmente pretender-se um remédio pontual para aspectos

²³¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 194.

²³² Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, ob. cit., p. 338.

²³³ Veja-se, a título de exemplo, os seguintes Acórdãos: Ac. STJ, CJ/STJ, Ano VIII, 2000, Tomo II, “1 – Para que se verifique o *jus variandi* é necessário a existência de, pelo menos, o carácter transitório das funções exercidas”; Considerando ilícito o recurso ao *jus variandi* quando a variação da função não seja transitória, o Ac. RP de 4/06/2007, disponível em www.dgsi.pt; o Ac. da RP, de 07/07/1986, CJ, 1986, Tomo IV, p. 261, nos termos do qual “o *jus variandi* só é legal se for transitório o exercício das novas funções de que é incumbido o trabalhar. A entidade patronal deve dar conhecimento ao seu trabalhador dessa transitoriedade, sob pena de se ter como legítima a recusa dele em exercer novas funções, já que, em princípio deve permanecer inalterada a prestação laboral” e questionando sobre a licitude do recurso frequente ao *jus variandi* durante anos veja-se o Ac. STJ de 23/02/2005, CJ/STJ, Ano XIII, 2005, Tomo I, p. 245, concluindo pela licitude desde que preenchidos as restantes requisitos.

²³⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., p. 451.

²³⁵ Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 195 e MÁRIO PINTO/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO, ob. cit., p. 112.

²³⁶ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 195.

permanentes do funcionamento da organização”. Estando esta transitoriedade em conexão com o interesse concreto da empresa pode-se verificar que um período de um ano seja excessivo perante o fundamento que foi invocado ou que, noutras situações, um período maior se demonstre justificado.

O legislador de 2009, ao contrário do que aconteceu na LCT e no Código anterior, estabelece um parâmetro temporal no n.º 3 do artigo 120.º. Agora, a realização pelo trabalhador de tarefas não compreendidas na actividade contratada “não deve ultrapassar dois anos”.

Seguindo de perto ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²³⁷, a introdução desta baliza temporal na actual lei laboral não nos parece um aspecto positivo. Desde logo, porque enquanto em determinadas situações essa duração será demasiado elevada noutras poderá ser demasiado reduzida ou mesmo porque o facto de agora existir uma baliza temporal, fixada em dois anos, pode levar à errada ideia que este será o padrão normal de duração do *jus variandi*.

Por outro lado, pela falta de clareza quanto à interpretação desta baliza temporal, provocada pelo termo utilizado, “não deve” ultrapassar dois anos. Esta imprecisão leva-nos assim a questionar se poderá este prazo ser ultrapassado ou se, por outro lado, poderão existir excepções.

Se tivermos em conta o n.º 3 do artigo 194.º 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 “pode”, supra referido, goza de maior imperatividade que o “deve” do n.º 3 do artigo 120.º, abrindo de forma expressa uma excepção, desde que haja fundamento razoável perante o funcionamento da empresa.

Comparando assim os dois regimes, leva-nos a considerar que este período, estabelecido em dois anos, “vale como referência genérica, como um limiar tendencialmente máximo, que apenas pode ceder quando, dentro do quadro de justificação relevante, exista um interesse especialmente premente ou circunstâncias que

²³⁷ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 196, para o Autor “causa alguma surpresa, à luz da negociação colectiva nacional e do direito comparado, o estabelecimento dessa fasquia temporal nos dois anos.” Contudo, refere que “o Livro Branco das Relações Laborais considerava “desejável” (sem explicitar porquê) a fixação de um prazo limite ainda que com carácter supletivo em relação à contratação colectiva, situado entre 1 e 3 anos. Escolhendo entre esses limites tão díspares, o legislador terá feito a mediana”.

excepcionalmente o justifiquem, e não sejam lesados interesses atendíveis ao trabalhador”²³⁸.

Em sentido diverso, PEDRO MADEIRA DE BRITO²³⁹ entende os dois anos como a duração máxima para a afectação temporária do trabalhador a funções que não estão compreendidas na sua actividade e, seguindo este raciocínio, o Autor questiona se ultrapassados os dois anos na realização de tarefas em regime de *jus variandi* poderá o trabalhador recusar-se a prestar essas funções que lhe foram incumbidas ao abrigo desta faculdade do empregador, ou se adquire o direito à categoria contratual e normativa das tarefas que agora exerce. O Autor²⁴⁰ inclina-se para a seguinte resposta, “o trabalhador que esteja mais de dois anos no exercício de funções em *ius variandi* consolida a sua situação quer em termos contratuais, quer em termos de estatuto, porque depois de dois anos já não estamos no exercício temporário de funções, excepto no caso de se tratar de situações do artigo 119.º. Neste caso, vale a proibição legal”.

Tendo em conta o que até aqui foi referido, para além de não considerarmos, como PEDRO MADEIRA DE BRITO²⁴¹, este limite temporal como uma duração máxima, não concordamos na forma como o Autor coloca a questão supra referida, pois temos que ter em conta que o problema substancial em causa irá surgir também por outros motivos. Pense-se no caso de não existir, ou deixar de existir, o “interesse da empresa” ou no caso de a posição substancial do trabalhador estar, ou passar a estar, lesionada²⁴².

Em todas as situações aqui enunciadas não se verifica, ou deixa de se verificar, uma condição de exercício do poder de variação, sendo que o comportamento do empregador passará a ser sancionado ao abrigo do n.º 7 do artigo 120.º. Nestes termos o trabalhador não tem de cumprir as ordens do empregador pois as funções não lhe são exigíveis, produzem-se assim os efeitos “que a lei associa ao exercício ilegítimo dos poderes patronais”²⁴³.

²³⁸ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 197.

²³⁹ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, ob. cit., p. 339.

²⁴⁰ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, ob. cit., p. 339.

²⁴¹ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, ob. cit., p. 339.

²⁴² Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 197- 198.

²⁴³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 198.

No caso do desempenho das tarefas não compreendidas na actividade contratada perdurar, consideramos que só existe alteração da categoria contratual se preenchidos os pressupostos legais e contratuais exigidos para a modificação do contrato²⁴⁴.

Assim, para ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²⁴⁵ “admitir — como, há que o reconhecer, tantas vezes faz a jurisprudência — que o exercício, imposto pelo empregador, de desempenho de funções não compreendidas no programa contratual pode automaticamente determinar a modificação da prestação contratual acaba por equivaler ao reconhecimento de um poder patronal de alteração do contrato. Esta objecção não pode ser afastada com a genérica atribuição de valor negocial a comportamentos de aceitação de imposições patrimoniais, uma vez que, como de há muito se conhece, é aqui necessária grande prudência. Nem vale o argumento de que muitas vezes a modificação assim operada acaba por redundar em benefício do trabalhador, equivalendo a uma promoção. A regra de ouro nesta matéria continua a ser a da consensualidade: todas as modificações da categoria contratual, tanto as ascendentes como as descendentes e as horizontais exigem o consenso das partes. Note-se, inclusivamente, que existe sempre o perigo de se facultar uma via para subverter o sistema de promoções que esteja institucionalizado, maxime por convenção colectiva”.

3.3. Não implique modificação substancial da posição do trabalhador

Como foi referido, a construção normativa do *jus variandi* aproxima-se bastante de outros regimes, falamos do regime da transferência unilateral e da exigência de trabalho suplementar.

Para que o empregador possa exigir ao trabalhador a realização da sua actividade em moldes que por norma lhe estariam cerrados²⁴⁶, tem que ser invocado no regime do *jus variandi* e da transferência unilateral um determinado quadro de fundamentação, o interesse da empresa, como consta do n.º 1 do artigo 120.º e da alínea b) do n.º1 do artigo 194.º. Por sua vez, no âmbito da prestação de trabalho suplementar

²⁴⁴ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 198.

²⁴⁵ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 198.

²⁴⁶ Isto, porque no caso do *jus variandi* serão exigidas tarefas que não fazem parte da actividade contratada. No caso da transferência unilateral será exigido ao trabalhador o desempenho das suas funções num local diferente do inicialmente acordado e, por fim, quanto ao trabalho suplementar, será exigido ao trabalhador o desempenho das funções num tempo que não estaria na disponibilidade patronal. Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 199 e MÁRIO PINTO/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO, ob. cit., p. 120.

tem que se verificar a existência de uma decisão com base em determinadas circunstâncias, como decorre dos n.ºs 1 e 2 do art. 227.º.

Concedida esta possibilidade ao empregador, o trabalho irá ser prestado em moldes que não correspondem ao padrão normal de cumprimento, logo esta faculdade “é, naturalmente, susceptível de causar danos ao trabalhador”²⁴⁷. A lei não deixa de admitir essa possibilidade, mas apenas dentro de certos limites. Deste modo, a transferência só é legítima quando não implique prejuízo sério para o trabalhador; o trabalho suplementar só pode ser exigido na verificação de um motivo atendível e o empregador só pode recorrer ao *jus variandi* desde que não implique modificação substancial da posição do trabalhador.

ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²⁴⁸ reflecte sobre estes interesses e no seu fundamento, concluindo que “esta valoração legal dos interesses em presença radica, a nosso ver, no princípio da boa fé no cumprimento dos contratos e nos deveres de colaboração que dele promanam e, bem assim, no carácter duradouro do vínculo laboral: essa colaboração é, neste tipo de contratos, que instituem uma relação estável entre as partes, particularmente intensa. A parametrização funcional e geográfica e a padronização temporal da prestação tutelam interesses fundamentais do trabalhador. Encontramos aí um núcleo irredutível, em que, tendencialmente, não pode ter lugar a cedência perante o “interesse da empresa” e, depois, um outro espaço, onde há lugar à ponderação de interesses, de acordo com as coordenadas do princípio da boa-fé, com as especiais matizes que adquire nas relações contratuais duradouras”.

Assim, verificamos que a finalidade que o empregador pretende alcançar através do contrato pode implicar que o esforço exigido no cumprimento do mesmo seja intensificado. Contudo, “nem todos os sacrifícios são exigíveis, sendo que o grau de sacrifício exigível não pode deixar de corresponder à intensidade do interesse da contraparte”²⁴⁹. Surge, então, a proibição da modificação substancial da posição do trabalhador como condição (ao lado do interesse da empresa e da transitoriedade) imposta para o exercício do *jus variandi*, como se pode verificar na parte final do n.º 1 do artigo 120.º.

Contudo, este requisito, por se tratar de um conceito indeterminado, apresenta-se como o mais difícil de concretizar, colocando assim imensos problemas de

²⁴⁷ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 199.

²⁴⁸ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 199-200.

²⁴⁹ Cfr. MÁRIO PINTO/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO, ob. cit., p. 120.

interpretação. Para MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁵⁰, estes problemas de interpretação assentam em dois motivos: “desde logo pela sua formulação equívoca (a expressão «alteração substancial» faz apelo a um juízo excessivamente subjectivo do intérprete); e, depois, pela dificuldade de o destrinçar do requisito da «não desvalorização profissional» do trabalhador, entretanto introduzido a propósito da figura da polivalência funcional e que o Código mantém na delimitação da actividade laboral em sentido amplo”.

Uma parte da doutrina entende que este requisito proíbe o recurso ao *jus variandi* quando ao trabalhador seja atribuído uma função que corresponda a uma categoria inferior à que este se insere. Outra parte, a maioritária, segue o raciocínio desenvolvido por FELICIANO TOMÁS DE RESENDE²⁵¹. Para demarcar este requisito, de acordo com este raciocínio, existe modificação substancial da posição do trabalhador quando a variação da função coloca o trabalhador numa “situação hierárquica injustamente penosa”, ou seja, numa situação que afecte a dignidade do trabalhador ou se revele para ele vexatória²⁵².

Para MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁵³, tendo em conta a variedade das necessidades de gestão que podem fundamentar o recurso ao *jus variandi*, entende-se que o requisito da proibição da modificação substancial da posição do trabalhador deve ser estruturado pela combinação de dois critérios: “um critério de afinidade mínima das funções em questão²⁵⁴; e um critério de estado de necessidade”.

²⁵⁰ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 452.

²⁵¹ Cfr. FELICIANO TOMÁS DE RESENDE, *ob. cit.* p. 14.

²⁵² Como refere ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, p. 230, não é suficiente que as tarefas temporariamente exigidas correspondam a categoria inferior, para que se verifique modificação substancial da posição do trabalhador, além do que a própria lei admite a variação *in pejus*. Assim, “é necessário que o desnível hierárquico se mostre susceptível de provocar desprestígio ou afectar a dignidade profissional do trabalhador. Todavia, o alcance deste requisito só é bem definido à luz de outra ordem de considerações. Ele há-de relacionar-se com a óbvia necessidade de articular o princípio geral da inalterabilidade do objecto do contrato por acto unilateral de qualquer dos sujeitos com o reconhecimento de um direito de variação ao empregador, com incidência nesse mesmo objecto. Essa articulação far-se-á à luz de duas ordens de exigências: a da “flexibilidade” no uso da mão-de-obra disponível e a da tutela das potencialidades e perspectivas profissionais do trabalhador. Ora essa tutela não pode satisfazer-se com o simples afastamento do “vexame” ou da “indignidade”: ela tem que interferir com a natureza dos serviços temporariamente exigidos, na sua relação com o género de aptidões profissionais colocadas pelo contrato à disposição do empregador. A “modificação substancial” existe, por conseguinte, sobretudo quando se não verifique qualquer afinidade entre as tarefas temporariamente cometidas e as que definem a categoria do trabalhador”.

²⁵³ Cfr. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 453.

²⁵⁴ Veja-se p. ex. este critério aplicado no Ac. RC de 19/03/1992, CJ, Ano XVII, 1992, Tomo II, p. 92, “II- se não houver afinidade entre a natureza da tarefa ordenada ao trabalhador e as correspondentes à sua categoria profissional, não pode a entidade

Quanto ao critério de afinidade mínima das funções, pode afastar-se a possibilidade de recurso ao *jus variandi* se a função exigível ao trabalhador não tiver nenhuma ligação com a função que este habitualmente exerce²⁵⁵. Por sua vez, o critério do estado de necessidade possibilita a ponderação de dois factores. Por um lado o interesse objectivo da empresa, que terá de fundamentar o recurso ao *jus variandi*, por outro lado o sacrifício que o trabalhador irá enfrentar em virtude da variação da prestação.

Deste modo, acrescenta MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁵⁶ que “o interesse objectivo de gestão, que justifica o *jus variandi*, pode configurar-se como uma situação de necessidade, que permite a violação de um direito alheio (no caso, o direito do trabalhador à invariabilidade da prestação) para prossecução de um interesse superior (no caso, o interesse de evitar os prejuízos que podem advir para o empregador de não proceder à variação). Com esta configuração, 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”²⁵⁷.

Quanto a nós, partindo do que foi exposto, e na esteira de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, consideramos que para que se possa preencher o conceito de “modificação substancial”, é necessário, antes de mais, partir de um elemento essencial, a definição da actividade contratada em termos latos, que nos é oferecida pelo n.º 1 e n.º

patronal fazer uso do “jus variandi” e no Ac. RC de 6/01/1993, CJ, 1993, Tomo I, p. 75, “III – No exercício dos “jus variandi” as tarefas ordenadas devem inscrever-se na área das que antes exercia o trabalhador ou ter com elas alguma afinidade”.

²⁵⁵ Cfr. Neste sentido MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 453, referindo 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 arquitecto que faltou na elaboração de um projecto que ele tinha em mãos”. Partilhando do mesmo entendimento, cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 25, referindo que “as novas funções devem inscrever-se na área profissional das funções normais do trabalhador ou ter com ela alguma afinidade e deve corresponder-lhes no “organigrama” da empresa uma posição hierárquica idêntica à da sua categoria profissional.” Em sentido diverso, veja-se ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, 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, pois, segundo o Autor, se o trabalhador “for titular da necessária qualificação e tal não envolver, apreciadas as concretas circunstâncias, sacrifício significativo. Vale a pena recordar que a própria formação profissional disponibilizada (e paga) pela empresa pode ter lugar em área sem afinidade com as funções cometidas ao trabalhador (n.º 1 do art. 133.º), se existir acordo neste sentido. Ora, tendo o trabalhador recebido formação em certa matéria, sem afinidade com a actividade contratada, e verificando-se um interesse da empresa na sua afectação temporária a tarefas correspondentes a essa formação, podemos assumir, sem mais, que isso comporta para ele um sentido inexigível?”

²⁵⁶ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 453

²⁵⁷ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 453, “assim, se é, em princípio, vexatório exigir ao quadro de uma empresa que desempenhe as funções de uma secretárias na ausência desta, já era admissível exigir-lhe que, na ausência de todo o secretariado, mande uma correspondência urgente para o correio) ”.

2 do artigo 118.º do CT, pois esta definição não só parametriza o género e o grau de esforço intrínsecos à execução da prestação, como “tem associada uma certa inserção do trabalhador na organização empresarial e a um específico perfil profissional”²⁵⁸.

Assim, na ponderação da existência, ou não, de modificação substancial do trabalhador²⁵⁹, devem ser convocadas todas as vertentes supra referidas, pois elas integram a “posição do trabalhador”. Como refere o Autor²⁶⁰, ter-se-á que apurar, nomeadamente, “se a intensidade e penosidade do trabalho, o posicionamento hierárquico, a imagem perante os demais trabalhadores e interlocutores do trabalhador, a profissionalidade ou os parâmetros de execução da prestação sofrem uma alteração que corresponda a um sacrifício que não pode razoavelmente ser exigido ao trabalhador ou que, perante o “interesse da empresa” invocado, se deva considerar desproporcionado”.

Não esqueçamos, que nesta ponderação, a duração da afectação às novas tarefas será relevante. Nos termos expostos, conclui-se o seguinte: “verifica-se sempre uma interacção entre os parâmetros que estão implícitos nas três condições de exercício enunciadas no n.º 1 do art. 120.º, às 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; perante um interesse com intensidade mais diminuta ou a que esteja associada maior duração reduz-se o grau de sacrifício que é razoável exigir ao trabalhador)”²⁶¹.

Por fim, tendo em conta o âmbito do requisito em questão, parece pertinente fazer um pequeno apontamento relativamente ao fenómeno do assédio moral²⁶² pelo facto de, não raras vezes, o recurso ao *jus variandi* acabar por desaguar na tão conhecida e lamentável figura. Estando este requisito relacionado com a posição hierárquica do trabalhador na empresa, as qualificações profissionais, a intensidade ou penosidade do trabalho e mesmo a imagem do trabalhador perante os demais, não é de todo absurda a referência a este fenómeno, visto muitas das vezes andarem de mãos dadas.

²⁵⁸ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 200.

²⁵⁹ Note-se que esta verificação será sempre feita casuisticamente.

²⁶⁰ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 200.

²⁶¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 200-201. Veja-se ainda, a este respeito, FERNANDO RIBEIRO LOPES, ob. cit., p. 200, o Autor defende que “que este requisito deve ser concretizado em correlação com o primeiro: a modificação da posição do trabalhador poderá licitamente ser maior ou menor consoante o grau de importância do interesse da empresa, aferido este em função das consequências prováveis caso não seja satisfeito”.

²⁶² Cfr. No mesmo sentido a nota 130.

Na verdade, tem-se verificado que o empregador muitas das vezes “abusa” da mobilidade funcional, afectando o trabalhador a funções humilhantes, degradantes e vexatórias, colocando-o a executar funções para as quais o trabalhador não possui capacidades ou habilitações. Neste sentido, para muitos empregadores, “a polivalência funcional (...), a mobilidade, tornaram-se nos novos deuses” para a propagação do assédio moral no trabalho²⁶³.

4. Cláusulas de mobilidade funcional

Regressando à LCT, e tendo em conta o n.º 7 do artigo 22.º da referida Lei, podemos verificar que o recurso ao regime do *jus variandi* encontrava-se ainda condicionado pelo requisito da inexistência de estipulação em contrário. Todavia, a interpretação deste requisito dividiu a doutrina²⁶⁴.

De um lado, os Autores²⁶⁵ que entendiam que este requisito tornava o regime do *jus variandi* globalmente supletivo, isto é, o regime podia ser objecto de convenção negocial “tanto no sentido do fortalecimento dos seus requisitos ou mesmo no sentido da proibição da figura, como no sentido do alargamento ou da dispensa daqueles requisitos”²⁶⁶. Do outro lado, os Autores que defendiam que o regime do *jus variandi* devia ser visto como um regime imperativo mínimo. Sendo que só se admitiria a convenção em contrário (constante de instrumento de regulamentação colectiva do trabalho, ou de contrato de trabalho) se caminhasse num sentido mais favorável para o trabalhador, fortalecendo os requisitos legais do *jus variandi* ou proibindo a figura²⁶⁷.

No Código do Trabalho de 2003, a forma como o regime do *jus variandi* foi tratado, apontou para a natureza supletiva do regime. Assim, no n.º 2 do artigo 314.º do Código anterior, as partes, por estipulação contratual, podiam alargar ou restringir a

²⁶³ Cfr. REVISTA VISÃO, *Assédio Moral - Histórias de terror no trabalho*, por João Dias Miguel, N.º 923, 11 a 17 de Novembro de 2010.

²⁶⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 454.

²⁶⁵ Veja-se entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 680 e MÁRIO PINTO/FURTADO MARTINS/NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 111.

²⁶⁶ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 454.

²⁶⁷ Cfr. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 454, “(...) 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 arbitrarias da função por iniciativa do empregador”.

faculdade de variar a função conferida ao empregador. Referimo-nos às cláusulas contratuais de mobilidade funcional²⁶⁸, para as quais MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁶⁹ defendeu a necessidade de uma interpretação restrita, expondo que “as chamadas cláusulas contratuais de mobilidade funcional, através das quais o trabalhador, para além da actividade contratada, se obriga a prestar qualquer outra actividade que o empregador lhe venha a solicitar sem necessidade de observar os requisitos legais ou aligeirando esses requisitos” iriam diminuir o alcance do princípio da invariabilidade da prestação e podiam demonstrar-se perigosas, isto se tivermos em conta a debilidade do trabalhador no momento da celebração do contrato.

A primeira parte do n.º 2 do artigo 120.º, do Código actual, mantém a tradicional regra da supletividade do *jus variandi*, dispondo que “as partes podem alargar ou restringir a faculdade conferida no número anterior”, sendo que esta estipulação pode ser ajustada quer no momento da constituição do vínculo laboral quer em momento posterior.

Verifica-se, pois, no regime da codificação, que o nosso legislador foi um pouco mais além na mobilidade ao estabelecer as cláusulas de mobilidade funcional, agora previstas no n.º 2 do artigo 120.º. Estamos assim, perante uma mobilidade contratualizada. Note-se, porém, que estas cláusulas de mobilidade funcional não podem acarretar uma total indeterminação do objecto contratual, sendo que “só serão lícitas cláusulas de mobilidade que correspondam a interesses sérios das partes e contenham em si um grau de previsibilidade que impeça a indeterminação do objecto do contrato de trabalho”²⁷⁰.

²⁶⁸ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 341, “a supletividade das regras do *jus variandi* merece alguma reflexão. As cláusulas constantes de contrato de trabalho que versam sobre a possibilidade de adaptação da prestação de trabalho, para além dos requisitos previstos na lei, podem ser designadas por cláusulas de mobilidade. Tem-se afirmado que este tipo de cláusulas deve ter limites de modo a que os trabalhadores não fiquem obrigados a fazer tudo em qualquer lugar”. Cfr. Ainda, JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 801, que no âmbito do Código anterior, tendo em conta o disposto no n.º 2 do artigo 314.º, referiu causar-lhe alguma perturbação o facto de as partes poderem alargar a faculdade conferida ao empregador no n.º 1 do artigo 314.º, “sobretudo porque a lei não nos esclarece em que termos: poderão as partes estipular a possibilidade do empregador exigir a título definitivo funções não compreendidas no objecto do contrato? Temos sérias dúvidas já que não apenas tal poderia pôr em causa a irreversibilidade da categoria, consagrada no artigo 313.º, como, em última análise atribuir a uma das partes o poder de alterar de modo definitivo o objecto de um contrato”.

²⁶⁹ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 455.

²⁷⁰ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 342. Cfr. Ainda FAUSTO LEITE, *Mobilidade*, in Código do Trabalho - A Revisão de 2009, (coord. PAULO MORGADO DE CARVALHO), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 231, alertando sobre a proximidade por vezes existente entre as cláusulas de mobilidade funcional e as situações de assédio moral. Assim, o Autor lembra que “na verdade, há alguns empregadores que usam as cláusulas de mobilidade para impor aos trabalhadores tarefas manifestamente alheias à

Ora, nos termos do n.º 2 do referido artigo, a faculdade de exercício do *jus variandi* está na disponibilidade das partes. Resta agora, aqui, saber qual o alcance desta possibilidade, que às partes é conferida. No que toca à possibilidade de alargar ou restringir a faculdade concedida ao empregador, não surgem grandes dificuldades, residindo o problema na forma como é encarada esta restrição, se apenas por diminuição, ou puro afastamento. Quanto a isto a doutrina divide-se, pois enquanto alguns Autores²⁷¹ apontam no sentido de às partes ser concedida a possibilidade de afastar todo o regime, outra parte da doutrina²⁷² exclui a possibilidade da simples irradiação da figura.

Quanto a nós, tendo em atenção o disposto no artigo 280.º do CC, e acompanhando ANTONIO NUNES DE CARVALHO²⁷³, “não é lícita a pura e simples irradiação do *jus variandi*, como não é admitido um alargamento que subverta a ponderação de interesses a que se refere o n.º 1. As partes não podem, com efeito, pretender tornar o vínculo impermeável às decorrências do princípio da boa fé e da colaboração, ou inviabilizar a margem de adaptação que é requerida pela sua natureza duradoura. E está, naturalmente, vedada uma ampliação passível de desfigurar o quadro de referência constituído pela categoria contratual. Deixa-se contudo, na disponibilidade das partes a reconfiguração das condições de exercício (podem concretizar o «interesse da empresa», balizar a duração e redefinir os limites da “modificação substancial da posição do trabalhador”.

A mesma ideia é partilhada por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁷⁴, que, como anteriormente referimos, defende uma interpretação restrita do regime supletivo do *jus variandi*, interpretando o n.º 2 do artigo 120.º como a possibilidade, quer do alargamento, quer da restrição da figura, mas nunca a “modificação do seu regime jurídico, o que obrigará à verificação dos requisitos do instituto sempre que o empregador dele se pretenda prevalecer”.

actividade contratada como forma de punição ou de pressão para forçar a cessação do contrato. Estas práticas além de configurarem assédio moral passível de indemnização, constituem contra-ordenação muito grave (art. 120.º, n.º 7, do CT) ”.

²⁷¹ Cfr. Neste sentido JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 801, expondo “que as partes possam restringir, ou mesmo afastar esta faculdade, é algo que se compreende sobretudo se se entender que o interesse da empresa não é um interesse comum às partes”. Cfr. Ainda PEDRO MADEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 341.

²⁷² Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 195 e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 444-445.

²⁷³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 202.

²⁷⁴ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 455.

Neste sentido, a Autora²⁷⁵ considera que “(...) será de admitir que as partes estipulem, à partida, que o trabalhador aceita uma futura variação da actividade pelo empregador ou se compromete, desde logo, a exercer esta ou aquela outra actividade para além da actividade contratada; mas tal estipulação não impedirá que, perante uma pretensão de variação da função em concreto, por iniciativa do empregador, devam ser verificados os requisitos do interesse da empresa, da transitoriedade, do tratamento retributivo, e da modificação substancial da posição do trabalhador, nos termos assinalados”²⁷⁶.

Entendemos assim, pela proibição da simples irradiação da figura do *jus variandi* e pela possibilidade do alargamento da mesma²⁷⁷, desde que esse alargamento não se demonstre desmesurado ao ponto de colocar em risco os interesses em causa enunciados no n.º 1 do artigo 120.º.

Posto isto, resta-nos dedicar a nossa atenção ao elemento temporal das cláusulas de mobilidade funcional. Agora, diferentemente do que se verificou na legislação laboral de 2003, a possibilidade das partes estabelecerem um acordo quanto à faculdade que o empregador tem ao seu dispor de exigir funções não compreendidas na actividade contratada, está temporalmente limitada. Assim, o acordo das partes, relativamente ao ajustamento das condições do exercício do *jus variandi*, “caduca ao fim de dois anos se não tiver sido aplicado”. Abrindo de um lado, o legislador tentou fechar por outro, ao

²⁷⁵ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 455.

²⁷⁶ Cfr. No mesmo sentido PAULA QUINTAS/HELDER QUINTAS, *Código do Trabalho - Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 554, no âmbito do Código anterior, em comentário ao n.º 2 do artigo 314.º referiam que “o n.º 2, do presente artigo, certamente que irá ser objecto de acesa polémica, com efeito a consagração da possibilidade das partes, mediante acordo, alarguem o âmbito, ainda que potenciado, da mobilidade funcional, sem quais quer limites poderá gerar situações abusivas e intoleráveis. Será que as partes têm a possibilidade de afastar o preenchimento de alguns dos requisitos previstos no n.º 1? Entendemos que não, porquanto a norma constante no n.º 1, tem natureza imperativa. Aliás se, assim não se entender os limites da mobilidade funcional poderão ser afastados pelas partes, o que parece inaceitável.”; cfr. ainda JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 801, o Autor questiona se “poderão as partes estipular que o *jus variandi* pode ser exercido mesmo sem necessidade de interesse da empresa nesse sentido, ou mesmo que tal acarrete uma modificação substancial da posição do trabalhador, sem estabelecer quaisquer limites às funções que podem vir a ser exigidas? Mas não serão estas, no fim de contas, e sobretudo a primeira, exigências que resultam da necessidade de respeitar a boa fé no exercício de um direito?”; veja-se também JOSÉ JOÃO ABRANTES, *ob. cit.*, pp. 189 e ss., O Autor critica esta possibilidade das partes poderem alargar o regime do *jus variandi* “por não respeitar o carácter de absoluta excepcionalidade de que o recurso a este instituto – dado tratar-se de um poder do empregador que excepciona o princípio do artigo 406.º do Código Civil – se deverá revestir”.

²⁷⁷ Relativamente às disposições que alarguem o poder patronal, cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et. al.*, *ob. cit.*, p. 33, “a supletividade conferida por lei às cláusulas de mobilidade não pode degenerar numa total indeterminação da prestação do trabalho em todos os parâmetros ou parte deles; só serão lícitas cláusulas de mobilidade que correspondam a interesses sérios das partes e contenham em si um grau de previsibilidade que impeça a indeterminação do objecto do contrato de trabalho”.

estabelecer, no actual Código, um prazo de dois anos para ser activado, o que parece vir em defesa do trabalhador²⁷⁸.

Contudo, pode acontecer que o empregador accione as cláusulas antes do prazo caducar ou mesmo demonstre a intenção de voltar a prevê-las, pois, neste último caso, nada impede que findo esse prazo, as partes venham a celebrar um novo acordo com o mesmo conteúdo. Todavia, torna-se um pouco estranho que o empregador tenha interesse em fazê-lo quando as partes restringem a mobilidade funcional, já o contrário, quando a alargam, consegue ser mais compreensível.

Surge ainda um outro problema, que consiste em saber se colocadas em prática dentro do prazo estabelecido, dois anos, e terminada a sua execução, o prazo referido inicia nova contagem, e assim sucessivamente.

Segundo ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA²⁷⁹ a resposta é negativa, opinião da qual compartilhamos, referindo que “não se pensa que possa figurar-se o caso de uma vigência das cláusulas por todo o tempo de duração do contrato sem a existência de qualquer outra manifestação de vontade nesse sentido, sobretudo do trabalhador. Em múltiplas situações jurídico-laborais requer-se uma actualização da manifestação da vontade através de novas declarações negociais. Pensa-se que, *in casu*, tal não poderá deixar de ser defendido. É evidente que, de *iure condendo*, melhor teria sido estabelecer um prazo de validade para as cláusulas de mobilidade e não, apenas, um prazo de caducidade para a hipótese de não exercício”.

5. Ordem de alteração

À semelhança do n.º 4 do artigo 314.º do CT de 2003, onde se podia ler que, “a ordem de alteração deve ser justificada, com indicação do tempo previsível”, no actual n.º 3 do artigo 120.º a ordem de alteração continua a ter que ser justificada, e a indicar o tempo previsível. Contudo, terá agora, para além disto, que mencionar o acordo referido

²⁷⁸ Segundo DIOGO VAZ MARECOS, *ob. cit.*, p. 331, parece que “o legislador partiu do princípio de que a não utilização do acordo significa que o mesmo era destituído de interesse efectivo, cominando a sua caducidade quando o mesmo não seja utilizado”.

²⁷⁹ Cfr. ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA, *Flexibilidade*, in Código do Trabalho A Revisão de 2009, (coord. PAULO MORGADO DE CARVALHO), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 222-223.

no n.º 2 do mesmo artigo, se for caso disso, e a indicação do tempo previsível, que surge agora limitada no tempo, não devendo ultrapassar os dois anos.²⁸⁰

Como se pode verificar, a exigência da comunicação referir o acordo que, nos termos do n.º 2, restringe ou alarga a possibilidade do empregador encarregar o trabalhador do desempenho de tarefas fora do objecto do contrato, está dependente da sua existência. O acordo é uma mera possibilidade de que as partes dispõem, não existindo, não terá que ser mencionado. Quando o acordo exista, a exigência da sua menção na ordem de alteração parece-nos ter como objectivo aferir do enquadramento das novas tarefas exigidas ao trabalhador. Assim, para ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²⁸¹ ter-se-á pretendido “impor a invocação do acordo para demonstrar que as novas tarefas cabem no âmbito do alargamento estipulado ou, na situação inversa, que são exigíveis por não se encontrarem excluídas pela cláusula que restrinja o recurso ao *ius variandi*”.

Como se pode verificar, a revisão de 2009 não estabeleceu apenas um limite temporal para as chamadas “cláusulas de mobilidade funcional” abordadas no ponto anterior, tendo sido, igualmente, estabelecido um limite para o poder ao dispor do empregador em fazer variar as funções inicialmente acordadas com o trabalhador. Falamos assim, como foi anteriormente referido, a propósito do requisito da transitoriedade, de um limite de dois anos, que, mais uma vez, para nós, não deve ser entendido como inultrapassável em todos os casos, trata-se de uma mera previsão, a qual deverá igualmente fazer parte da ordem de alteração.

²⁸⁰ É de notar que este dever que recai sobre o empregador, embora só com a codificação tenha ganho expressão normativa, já anteriormente, no domínio da LCT, a jurisprudência considerava que o trabalhador tinha de ser informado das razões determinantes do *jus variandi*, ou seja, para a jurisprudência este requisito era já considerado obrigatório. Afinal, esta seria a única forma que o trabalhador teria para aferir da licitude da ordem que o empregador lhe dá. Para CATARINA CARVALHO, *ob. cit.*, p. 1047, “aliás, a situação em que se encontra o trabalhador poderá ser assaz delicada: se não acatar a ordem, poderá ser eventualmente despedido por desobediência ilegítima caso a ordem venha a ser considerada lícita pelo tribunal; se a acatar, alguma doutrina e jurisprudência referem a existência de um acordo tácito que determinaria uma modificação do objecto do contrato de trabalho”. A Autora acredita todavia, que não basta o mero cumprimento da ordem para se poder falar em acordo tácito. Aliás, o art. 217.º do CC diz-nos que há uma declaração tácita «quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade a revelam». Nestes termos, há que averiguar esses factos, não bastando o prazo, indício manifestamente insuficiente. Na realidade, o que é interpretável como aceitação tácita da modificação contratual pode significar sujeição ou resignação à ordem legítima – não basta o início externo da execução da prestação, sendo necessário recorrer a outros elementos de interpretação”. Veja-se o Ac. RL de 06/11/1991, CJ, 1991, Tomo V, p. 155, defendendo o cumprimento da ordem como a existência de um acordo tácito, logo originando uma modificação do objecto do contrato de trabalho.

²⁸¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 204.

O preceituado no n.º 3 do artigo 120.º vem assim referir o procedimento que a entidade patronal deve adoptar quando se pretende fazer valer da figura do *jus variandi*. De certa forma, pretende-se que os interesses invocados pelo empregador se tornem visíveis e mais claros o que, posteriormente, irá possibilitar o controlo da respectiva ordem, sobretudo, para a parte mais interessada e afectada no âmbito deste poder de variação, o destinatário da mesma, o trabalhador²⁸².

Relativamente a um possível controlo, alerta DIOGO VAZ MARECOS²⁸³ que “na hipótese de um tribunal vir a sindicar a fundamentação aduzida, este encontra-se circunscrito aos fundamentos invocados pelo empregador que determinam o exercício das funções não compreendidas na actividade contratada, não sendo considerados os motivos que o empregador venha a apresentar em sede judicial que extrapolem a comunicação realizada”.

No que respeita à formalidade desta comunicação, analisando o artigo 120.º, aparentemente, a lei parece não a sujeitar a nenhuma formalidade não se verificando, assim, a exigência da sua redução a escrito. Quando a este ponto doutrina divide-se. De um lado entende-se que esta ordem de comunicação está sujeita a forma escrita, por força do dever de informação (arts. 106.º e ss), do outro defende-se que a ordem de alteração não está sujeita a qualquer formalidade.

Considerando que a lei não sujeita esta condição a qualquer formalismo, encontra-se ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²⁸⁴, alegando que, para além de a lei não fazer menção expressa deste formalismo no artigo 120.º, também não se pode retirar esta exigência do dever de informação, pois o formalismo aí imposto apenas fará sentido para as modificações dotadas de permanência, o que não é o caso. Refere ainda que tal exigência seria incompatível com a celeridade e fluidez particulares do *jus variandi*.

Em sentido contrário, parte da doutrina considera que a ordem de alteração deve observar determinados formalismos, nomeadamente a redução a escrito com fundamento no dever de informação previsto no artigo 106.º e ss. do CT²⁸⁵.

²⁸² Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 203.

²⁸³ Cfr. DIOGO VAZ DE MARECOS, *ob. cit.*, p. 312.

²⁸⁴ Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 204.

²⁸⁵ Cfr. Sobre o dever de informação, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 310 sendo que “o dever de informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato de trabalho advém da Directiva N.º 91/533/CE, do Conselho, de 14 de Outubro de 1991, que foi transposta pelo Decreto-Lei n.º 5/94, de 11 de Janeiro. Contudo, tanto na Directiva como no Decreto-Lei n.º 5/94, atende-se a uma visão unilateral do dever de informar: a obrigação de informar a cargo do empregador. De modo diverso, o artigo em anotação (tanto na versão de 2003 como na de 2009) impõe o dever de o empregador informar o trabalhador

Ora, de acordo com o n.º 1 do artigo 106.º “o empregador deve informar o trabalhador sobre aspectos relevantes do contrato de trabalho”. Por sua vez, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, o trabalhador “deve informar o empregador sobre aspectos relevantes para a prestação da actividade laboral.” Este dever de informar, que assenta no princípio da boa fé²⁸⁶, aplica-se a ambas as partes, e não está presente apenas no momento da celebração do contrato mas vigora ainda durante a sua vigência. Deste modo, na verificação de alterações supervenientes, continua presente a obrigação de informar.

Da análise do n.º 3 do artigo 106.º podemos verificar algumas das informações que o empregador deve prestar ao trabalhador, entre elas, as informações que se referem à categoria e descrição sumária das funções correspondentes (al. c). Por sua vez, este cumprimento da obrigação de informar, deve ser prestado por escrito, nos termos do artigo 107.º do CT.

Neste medida, estando em causa situações relacionadas com a categoria e funções do trabalhador, por força dos artigos enunciados, defendemos que a comunicação deverá ser prestada por escrito e, mesmo que assim não fosse, ainda que sem grandes certezas, optar-se-ia pela previsão do n.º 1 do artigo 109.º, cuja epígrafe é “actualização da informação”. Nesta medida, alterando-se, como é o caso, um dos elementos referidos no n.º 3 do artigo 106.º o empregador terá que informar o trabalhador por escrito e no prazo de 30 dias.

Note-se que, apesar de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO²⁸⁷ defender que a ordem não está sujeita a qualquer formalidade, o Autor acaba por assumir a extrema importância da realização da mesma por escrito, referindo que “é, no entanto, indispensável que a comunicação seja realizada em termos que permitam a correcta apreensão quer do circunstancialismo que fundamenta a afectação às novas tarefas, quer da sua duração previsível. Por outro lado, o princípio da boa-fé poderá, em certas

(n.º 1) e o correspectivo dever de o trabalhador informar o empregador (n.º 2). O contrato de trabalho é sinalagmático e, tanto na formação como na execução, há deveres recíprocos, nomeadamente no que respeita a informações a prestar pelas partes. A consagração de deveres recíprocos impostos a cada uma das partes de informar a contra parte da sua situação jurídica e das alterações relevantes para o cumprimento do contrato de trabalho constitui um dos aspectos de alteração introduzida pelo Código do Trabalho.”

²⁸⁶ Cfr. Neste sentido: MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO *ob. cit.*, pp. 150-151 e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho, ob. cit.*, pp. 478-479.

²⁸⁷ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 204.

circunstâncias, impor um aviso prévio (por ex., se ocorrer uma alteração das condições de trabalho ou for necessário um especial esforço de adaptação) ”.

O Autor²⁸⁸ lembra ainda que apesar de a lei não fazer nenhuma exigência, (não esquecendo, como se poderá verificar posteriormente no n.º 6 do artigo 120.º, que a convenção colectiva pode dispor nesse sentido),²⁸⁹ é importante reter que o empregador, para sua própria protecção, deve ter em conta algum formalismo, sobretudo sempre que preveja que a variação irá atingir alguma estabilidade, uma vez que a realização da comunicação sem a observação das exigências que a lei determina constitui contra-ordenação grave, nos termos do n.º 7 do artigo 120.º, tendo o empregador interesse em garantir a possibilidade de provar que cumpriu com o dever que a lei lhe impõe.

Por fim, é necessário demonstrar a importância que a ordem de alteração assume para alguns Autores, nomeadamente para PEDRO MADEIRA DE BRITO²⁹⁰ defendendo que, para que o empregador possa recorrer à figura do *jus variandi* é necessário que se verifiquem quer as exigências do n.º 1 do artigo 120.º, (os requisitos materiais), quer as exigências previstas no n.º 3 do mesmo artigo, (os requisitos formais). O Autor encara assim as exigências do n.º 3 do artigo 120.º, como exigências de forma que constituem requisitos de licitude, para que a ordem do empregador, em colocar o trabalhador a exercer outras funções ao abrigo do *jus variandi*, seja lícita.

Nestes termos, para o Autor²⁹¹, a ordem de mudança de funções só será lícita se observar determinadas formalidades: indicar os motivos que justificam o *jus variandi*, por reporte ao interesse da empresa; indicar a duração do *jus variandi*, não podendo exceder dois anos; exista uma adequação do motivo indicado ao limite máximo de tempo de duração do *jus variandi*; e, se for o caso, a invocação do acordo das partes, previsto no n.º 2 do artigo 120.º. Desta forma, a ausência dos requisitos formais (120.º n.º 3), ou dos requisitos materiais (120.º n.º1), fazem a ordem do empregador ilícita, logo o trabalhador não terá que obedecer a tal ordem²⁹².

²⁸⁸ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 204.

²⁸⁹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 204, expondo que “(...) a convenção colectiva poderá introduzir outras exigências (designadamente, quanto à forma, à publicidade ou à comunicação às estruturas de representação colectiva dos trabalhadores) ”.

²⁹⁰ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, ob. cit., pp. 339-341.

²⁹¹ Cfr. Neste sentido, Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, ob. cit., p 341.

²⁹² Para PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, ob. cit., pp. 340-341, “o requisito de adequação resulta do facto de o *ius variandi* só ser lícito se a necessidade que determina o recurso a este mecanismo for transitório. Com efeito, 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. Todavia, só está em causa o limite máximo do *ius*

6. Retribuição

Nos termos do n.º 4 do artigo 120.º, o recurso ao *jus variandi* “não pode implicar diminuição da retribuição, tendo o trabalhador direito às condições de trabalho mais favoráveis que sejam inerentes às funções exercidas”.

Mais uma vez, como já acontecia na LCT e no Código de 2003, o legislador consagrou expressamente ao trabalhador essa garantia. Verifica-se apenas uma mudança de redacção, sendo que nos termos do n.º 8 do artigo 22.º da LCT, era previsto atribuir ao trabalhador o “tratamento mais favorável”, correspondente aos serviços temporariamente desempenhados. Por sua vez, no Código anterior o n.º 3 do artigo 314.º passou a fazer referência “às vantagens inerentes à actividade temporariamente desempenhada”. Finalmente, a actual legislação laboral, optou pela expressão “condições de trabalho mais favoráveis”²⁹³.

Este direito do trabalhador, ao estatuto remuneratório mais favorável, é visto por alguns Autores²⁹⁴ como um dos requisitos para o exercício do *jus variandi*. Para nós, e acompanhando MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO²⁹⁵, não se trata aqui de um requisito, mas sim de um aspecto do regime do *jus variandi*.

Ora, se o empregador não proceder ao pagamento da retribuição mais elevada, que em determinado caso cabe ao trabalhador, isto não fará com que a ordem de variação da prestação se torne ilegal, apenas irá conferir ao trabalhador um crédito salarial²⁹⁶. Trata-se assim de uma consequência do regime do *jus variandi* e não de um

variandi, porquanto o empregador pode a todo o tempo fazer cessar a situação, dando indicações ao trabalhador para retomar as suas funções. O que se exige é que se possa extrair dos fundamentos invocados pelo empregador, quer o interesse que motiva a variação, quer o limite máximo pelo qual pode o trabalhador realizar uma actividade não constante do programa contratual. Por outro lado, a existência de um acordo quanto à mobilidade funcional, não afasta que o exercício do poder de modificação unilateral das funções deva fundar-se no interesse da empresa e que o mesmo deva ser temporário, pelo que quando exista acordo a sua invocação serve apenas para justificar as condições em que o poder do empregador está a ser exercido”.

²⁹³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 204. O Autor refere que a expressão adoptada no Código de 2003 parece ganhar com uma maior precisão e chama a atenção para a falta de clareza nestas variações de redacção, visto tratar-se de uma questão onde a certeza assume, ou devia assumir, uma das principais preocupações não se pode esquecer que o incumprimento por parte do empregador da regra em questão tem como consequência o disposto no n.º 7 do artigo 120.º, ou seja, o seu incumprimento é punido como contra-ordenação grave.

²⁹⁴ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 246 e PAULA QUINTAS/HÉLDER QUINTAS, *ob. cit.*, p. 555.

²⁹⁵ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 456-457. Cfr. No mesmo sentido, recusando que a regra do tratamento retributivo se reconduza a um requisito para o exercício do *jus variandi*, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, *ob. cit.*, p. 231.

²⁹⁶ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 456-457. Em sentido contrário, veja-se PAULA QUINTAS/HÉLDER QUINTAS, *ob. cit.*, p. 555.

pressuposto para que o empregador possa modificar unilateralmente as funções desempenhadas pelo trabalhador²⁹⁷.

Por sua vez, esta consequência já se encontra prevista no artigo 129.º do CT como uma garantia do trabalhador, decorrendo assim do princípio da irredutibilidade da retribuição, previsto na alínea d) do referido artigo. Podemos assim dizer que o disposto no n.º 4 do artigo 120.º do CT vem mais uma vez reforçar e acautelar a garantia da irredutibilidade da retribuição e, por sua vez, a garantia da irreversibilidade da categoria (art. 129.º al. d) e al. e) do CT)²⁹⁸.

Analisando de forma mais detalhada o preceituado no n.º 4 do artigo 120.º, podemos destacar duas situações: a possibilidade do trabalhador ser chamado a desempenhar tarefas a que corresponde um padrão retributivo inferior²⁹⁹, mantendo-se o trabalhador no padrão retributivo que já se encontrava, e a possibilidade de o trabalhador ser chamado a desempenhar tarefas a que corresponda um padrão retributivo superior, “tendo direito às condições de trabalho mais favoráveis”³⁰⁰.

É assim necessário descortinar as duas possibilidades. No que toca à primeira, é necessário ter em conta, segundo ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³⁰¹, se a protecção desse padrão engloba apenas a retribuição base ou todo o padrão retributivo.

Seguindo o critério proposto por PIETRO ICHINO³⁰², ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³⁰³ refere que “é fundamental distinguir aquelas prestações ou complementos que poderiam ser retirados na sequência de actos unilaterais de gestão ordinária da prestação (subsídios de penosidade ou perigosidade, na sequência da afectação do trabalhador a funções sem essas características; trabalho nocturno ou regime de turnos, pela modificação do horário de trabalho; etc.) daquelas cuja percepção não está condicionada pelo exercício dos poderes de direcção ou de organização da empresa e não pode ser prejudicado pelo *ius variandi* (v. g. afectação do uso de um

²⁹⁷ Cfr. Neste sentido, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 342.

²⁹⁸ Cfr. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 457.

²⁹⁹ Verifica-se, assim, a possibilidade de uma variação *in pejus* e, ao pensarmos nesta possibilidade automaticamente nos surge a questão de saber se serão colocadas em causa as garantias do trabalhador, uma vez que este é chamado a desempenhar uma função a que corresponda uma categoria ou valor retributivo inferior, contudo, o exercício deste regime não pode afectar a categoria ou as regalias de que o trabalhador é titular.

³⁰⁰ Sobre estas situações consultar o Ac. RL de 6/10/1993, CJ, 1993, Tomo IV, p. 182 e o Ac. REv. de 2/12/2003, disponível em www.dgsi.pt.

³⁰¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 205.

³⁰² Cfr. P. ICHINO, cit. *apud*, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 206.

³⁰³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 205.

automóvel ou de um telemóvel para fins pessoais). Não são, no entanto, protegidas pela garantia legal as atribuições patrimoniais sem carácter retributivo (por ex. abono para falhas ou pagamento de despesas, quando, repita-se não lhes deva ser reconhecido carácter retributivo) »³⁰⁴.

Assim, na linha de pensamento de PIETRO ICHINO³⁰⁵, sustenta-se que “esta proibição de diminuição da retribuição se refere, apenas, àquelas componentes da retribuição que o empregador não poderia unilateralmente retirar; assim, por exemplo, mesmo que o subsídio de turno ou a remuneração por trabalho nocturno possam ser consideradas retribuição, o empregador pode, em regra, retirar um trabalhador do regime de trabalho por turnos ou do trabalho nocturno (embora, neste último caso, haja, porventura, que ter presente que, certos trabalhadores são contratados já à partida para trabalho nocturno e uma tal circunstância é tida em conta na fixação da sua retribuição inicial) e deixar de lhe pagar tais quantias pelo que teria aqui idêntica prerrogativa”³⁰⁶.

Quanto à possibilidade de o trabalhador ser chamado a desempenhar tarefas a que corresponda um padrão retributivo superior, “tendo direito às condições de trabalho mais favoráveis”, resta saber o que é englobado nestas “condições de trabalho”. Falamos apenas no tratamento retributivo, ou estarão outros aspectos englobados como cartões de crédito, telemóvel, automóveis, despesas de representação melhores instalações ou mesmo outros benefícios, como o acesso a um determinado local de estacionamento³⁰⁷.

A verdade é que a relação de trabalho não se cinge apenas a uma troca de trabalho e retribuição. Implica uma inserção numa determinada comunidade, “bem como uma dimensão simbólica, em que muitas vezes radicam soluções jurídicas (o quadro de benefícios e os requisitos – por vezes muito intrincados – critério de atribuição ou, mesmo, a categorização profissional da convenção colectiva e a tabela salarial que lhe está associada frequentemente encontram a sua raiz última nesta dimensão) »³⁰⁸.

Deste modo, e seguindo de perto ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³⁰⁹ “a expressão “condições de trabalho” compreende tendencialmente tudo isto, muito embora tenha a sua referência fundamental no tratamento retributivo. Enquanto durar a afectação a funções a que corresponda maior retribuição, o trabalhador terá direito ao

³⁰⁴ Parecendo partilhar da mesma opinião, veja-se JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, pp. 800-801.

³⁰⁵ Cfr. PIETRO ICHINO, *cit. apud* JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 800.

³⁰⁶ Cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *ob. cit.*, p. 800.

³⁰⁷ Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 207.

³⁰⁸ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 208.

³⁰⁹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 208.

enquadramento que lhe corresponda (designadamente, através da temporária reclassificação na categoria normativa superior). Relativamente a complementos ou aditivos retributivos, serão devidos, ao trabalhador, aqueles cuja percepção decorra automaticamente do desempenho das funções e sejam compatíveis com a transitoriedade do *jus variandi*. Significa isto, por exemplo, que tratando-se da substituição de um trabalhador temporariamente impedido, o tratamento devido ao substituto não será, necessariamente, igual àquele de que gozava o ausente. O mesmo raciocínio será aplicável aos demais benefícios”³¹⁰.

7. Reclassificação

Independentemente do direito ao tratamento mais favorável, (referenciado no ponto anterior), nos termos do n.º 4 do artigo 120.º, este tratamento não lhe confere o direito a reclassificação na categoria a que pertencem as funções temporariamente exercidas findo o exercício do *jus variandi*, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo.

Este regime, no Código anterior, encontrava-se previsto no n.º 2 do artigo 313.º, a propósito da mudança de categoria, e assume-se como uma das inovações mais relevantes da legislação anterior. Seguido da norma relativa à mudança de categoria, pretendia deixar claro que embora as funções temporariamente exercidas correspondessem a categoria inferior, não significava que o trabalhador iria verdadeiramente adquirir essa categoria, ou seja, que a categoria referente às funções temporariamente exercidas “não tinha relevância para a aplicação do regime da despromoção”³¹¹.

Segundo MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³¹², “a inserção da norma em questão, a propósito da mudança de categoria, demonstrava-se inadequada, visto que

³¹⁰ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 208.

³¹¹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 212-213, segundo o Autor “pretendia-se mais concretamente, resolver os problemas suscitados pela investidura do trabalhador em posições de cujo exercício é transitório (cargos de chefia ou de coordenação). Com efeito, certas situações têm por natureza carácter transitório, pelo que a extensão, sem mais, das normas que genericamente tutelam a posição do trabalhador na empresa fatalmente desvirtua essa natureza. Trata-se de um problema que, embora atenuado pela criação do regime da comissão de serviço, suscita dificuldades de monta, nem sempre devidamente resolvidos pelos tribunais. Esclarecia-se, pois, que a posição empresarial associada à modificação temporária da actividade devida necessariamente partilha dessa natureza transitória. O preceito tanto se aplicava às modificações temporárias operadas por acordo como às determinadas unilateralmente pelo empregador”.

³¹² Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, ob. cit., p. 457.

“o exercício de uma actividade formalmente correspondente a outra categoria reveste aqui um carácter temporário, pelo que não configura um caso de mudança de categoria”.

Para a Autora³¹³, “esta regra, que é tradicional entre nós, vem esclarecer que o regime legal da mudança de categoria tem como escopo as alterações definitivas da categoria interna do trabalhador na empresa e não outras alterações, independentemente dos reflexos que estas possam ter no estatuto ou no tratamento do trabalhador. Assim, não correspondem a uma mudança de categoria, nem se sujeitam ao princípio geral da irreversibilidade da categoria as situações de desempenho acessório de função afim da função nuclear (ao abrigo do art. 118.º n.º 2 do CT), nem as situações em que o trabalhador é chamado temporariamente ao desempenho de uma função não correspondente ao objecto do seu contrato (ao abrigo do *jus variandi*, nos termos do art. 120.º do CT), mesmo quando tal desempenho confira ao trabalhador o direito a um tratamento mais favorável, em virtude do facto de essas funções corresponderem formalmente a uma categoria interna superior”³¹⁴.

A Autora³¹⁵ lembra ainda que, o trabalhador terá direito ao tratamento mais favorável correspondente às funções acessoriamente exercidas, e não o que corresponde à categoria que lhe pertence, acrescentando que cessando as funções, o trabalhador retoma ao tratamento correspondente à sua categoria, que, entretanto, se manteve³¹⁶.

Agora, a regra quanto às funções acessoriamente exercidas, surgindo a propósito do *jus variandi*, ou seja, integrada no artigo 120.º, propõe um sentido normativo muito mais limitado³¹⁷.

Tentando entender o que levou o legislador a esta mudança na sistematização do preceito, ANTÓNIO NUNES CARVALHO³¹⁸ expõe que, “pode considerar-se que o legislador terá passado a esclarecer, apenas, que o *jus variandi* não implica alteração permanente da categoria contratual. Ou, surgindo o preceito na sequência da fixação dos

³¹³ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 457.

³¹⁴ Cfr. No mesmo sentido, PEDRO MADEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 343, “trata-se de uma alteração sistemática que merece o nosso aplauso, porque de facto a anterior inserção sistemática da norma era um pouco estranha e só justificável à luz dos antecedentes normativos. Esta disposição deve ser articulada com o artigo 115.º e com o artigo 118.º, portanto as mesmas procedem ao recorte das funções exigíveis ao trabalhador”.

³¹⁵ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 457.

³¹⁶ Neste sentido, a Autora faz referência ao Ac. STJ de 22/01/2008, disponível em www.dgsi.pt. O Acórdão em questão refere que a perda da remuneração, inerente às funções executadas em regime de mobilidade, quando estas terminam não ofende o princípio da irredutibilidade da retribuição.

³¹⁷ Cfr. Neste sentido, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 213.

³¹⁸ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional, ob. cit.*, p. 213.

efeitos retributivos do *jus variandi*, será possível entender que a referência é, neste caso, feita à categoria normativa, significando que a reclassificação operada por força da afectação a novas funções é apenas temporária”.

Independentemente de uma ou de outra interpretação o que podemos concluir, como refere o Autor³¹⁹, é que o legislador de 2009 quis esclarecer “entendimentos genericamente partilhados quanto ao funcionamento do *jus variandi* e que, a seu ver, careciam de norma expressa”. Contudo, qualquer uma das interpretações não deixa de ter outra consequência, “deixou de existir uma norma de delimitação do âmbito de aplicação do art. 119.º, excluindo os casos de retorno ao desempenho à actividade contratada após o desempenho temporário de funções superiores ou de cargos de estrutura”.

Resumindo, para ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³²⁰, a situação actual, em termos materiais, parece não conter uma solução distinta da que se retirava do anterior n.º 2 do artigo 313.º. Quando um trabalhador é designado, e consente, para desempenhar funções de coordenação ou de chefia, normalmente esta designação estará sujeita a termo.

Neste sentido, como refere ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES³²¹, “trata-se de funções em que o elemento «confiança» é suporte fundamental; e na atribuição da sua titularidade deve prevalecer o interesse (e a vontade) do empregador”, não existindo, assim, um direito ao cargo de chefia e “a atribuição de funções hierárquicas não pode deixar de ser unilateralmente revogável, à semelhança do mandato”, embora a categoria normativa se possa manter, como é o caso de assim designar a convenção colectiva³²².

Nesta situação, para ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³²³, é necessário fazer a distinção entre “os casos em que as tarefas correspondentes às funções de estrutura cabem ainda na actividade contratada daquelas em que tal não sucede. Na primeira situação, a afectação a essas tarefas compreende-se ainda no normal poder patronal de administração da prestação, sendo, também por isso mesmo, por definição reversível. Na segunda categoria de situações, é indispensável o assentimento do trabalhador e deverá o

³¹⁹ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit. p. 213.

³²⁰ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., pp. 212-213.

³²¹ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 216.

³²² Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, ob. cit., p. 216. O Autor lembra, ainda, que aplicar nestas situações o regime de comissão de serviços seria uma medida excessiva e desnecessariamente limitativa.

³²³ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 214.

acordo explicitar o carácter temporário (que pode igualmente, resultar dos instrumentos internos de organização da empresa, *maxime* do regulamento interno) ”.

Note-se que a regra que temos vindo a analisar, do n.º 5 do artigo 120.º, pode ainda ser afastada por convenção em contrário, ou seja, está sujeita a derrogação³²⁴. Contudo, é necessário ter algum cuidado na interpretação desta possibilidade de derrogação. Parece-nos aceitável que, quer por cláusula de contrato de trabalho, quer por instrumento de regulamentação colectiva, após o exercício de funções correspondentes a uma categoria superior, o trabalhador seja promovido a essa categoria, mas, o contrário, a atribuição ao trabalhador da categoria inferior, correspondente às funções que tenha vindo a exercer a título transitório, traduzir-se-ia num atentado ao princípio da irreversibilidade da categoria, previsto no artigo 129.º n.º 1 e) do CT.

Assim, pelos motivos indicados, para MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³²⁵ e para nós, considera-se apenas admissível a convenção que favorece o trabalhador, ou seja, que o reclassifica na categoria superior, mediante determinadas condições ou excedido determinado período de tempo de exercício das funções temporariamente exercidas³²⁶.

³²⁴ Segundo PEDRO MADEIRA DE BRITO, *et al.*, *ob. cit.*, p. 343, “a expressão salvo estipulação em contrário do n.º 5, pretende acautelar a possibilidade de o exercício temporário de funções de categoria mais elevada poder determinar a alteração de estatuto do trabalhador, o que acontece quando as convenções colectivas prevêem que o exercício de funções por um determinado tempo tem esse efeito. Pode igualmente ser objecto de acordo entre as partes durante a execução do contrato”.

³²⁵ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 458.

³²⁶ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, p. 458. Note-se, como refere ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, *ob. cit.*, p. 214, que “as cláusulas convencionais sobre «interinidade» ou «exercício de funções superiores» frequentemente impõem um dever de reclassificação, decorrido certo tempo de permanência nessas tarefas”. Veja-se ainda PEDRO MADEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 343, referindo que “o exercício continuado de funções correspondentes a uma “categoria superior” pode significar, em obediência ao princípio da efectividade ou da realidade que enforma o direito do trabalho, a modificação do objecto do contrato e do estatuto do trabalhador. Neste contexto, os casos em que as funções exercidas pelo trabalhador não correspondem àquelas que as partes acordaram ou quando o exercício de funções temporariamente não observa os requisitos legais, deve considerar-se que o trabalhador pode ter “direito a categoria” correspondente às funções que efectivamente exerce”.

8. Convenção colectiva

O texto legal de 2003 deixava clara a possibilidade de a convenção colectiva contemplar regras menos favoráveis para o trabalhador, quer quanto às condições de exercício do *jus variandi*, quer quanto ao tratamento retributivo.

Actualmente, o n.º 6 do artigo 120.º, referindo que “o disposto nos números anteriores pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho” aponta num sentido muito mais amplo: “todo o regime do *jus variandi* poderá ser “afastado” por instrumento de regulamentação colectiva e, de acordo com o n.º 1 do art. 3.º, independentemente do sentido mais ou menos favorável. Já não se trata apenas de alargar ou restringir as condições de exercício do n.º 1 ou de prever regras quanto à reclassificação em categoria normativa superior: numa interpretação literal do n.º 6 do art. 120.º, todo o regime fica na disponibilidade dos IRCT’s.”³²⁷

Embora esta nova formulação (que o legislador também utilizou noutras matérias, por ex., quanto às consequências retributivas no trabalho suplementar, no n.º 3 do art. 268.º) cause alguma perturbação, parece indicar um reposicionamento da autonomia colectiva, não só perante a lei mas também perante a autonomia individual.

Na esteira de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO³²⁸, defendemos que “a estrutura fundamental da figura do *jus variandi* e os equilíbrios que estão no seu núcleo essencial não podem ser desfigurados pela autonomia colectiva. A negociação colectiva poderá ampliar ou restringir as condições de exercício e precisar o conteúdo dos conceitos operativos fundamentais (interesse da empresa, transitoriedade, posição substancial do trabalhador), conservando, em todo o caso, o incontornável equilíbrio entre estes parâmetros. Como poderá reduzir ou ampliar o prazo de caducidade do n.º 2 ou, mesmo, proceder à sua eliminação”.

É ainda desejável que a convenção colectiva, relativamente ao n.º 3 do art. 120.º, confira maior concretização ao seu conteúdo e forma de comunicação, mas nunca que proceda à sua eliminação. Do mesmo modo, consideramos lícito que a convenção regule as consequências retributivas para o trabalhador pelo recurso ao *jus variandi*, assim como os benefícios a que este tem direito por este exercício. É ainda desejável a concepção de regras relativamente à reclassificação.

³²⁷ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 209.

³²⁸ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Mobilidade Funcional*, ob. cit., p. 209.

V. Conclusões

1.

Da vontade de iniciar uma relação laboral surgem várias necessidades, passando uma delas pela determinação da actividade que o trabalhador irá desempenhar. A lei não deixa dúvidas de que é às partes que cabe a tarefa dessa determinação, de acordo com o princípio da contratualidade do objecto do contrato de trabalho.

Nesta medida, trabalhador e empregador devem determinar a actividade que o trabalhador irá desempenhar, tendo em conta, como está subjacente a qualquer outro contrato, que o objecto do negócio jurídico terá que ser determinável, física e legalmente possível, e ainda em harmonia com a lei, a ordem pública e os bons costumes. Se assim não for, poderá verificar-se a eventual nulidade do contrato por indeterminabilidade do objecto.

Por sua vez, a lei confere autonomia às partes nessa determinação, podendo os sujeitos contratuais colocar no contrato as actividades a que o trabalhador se obrigará de uma forma concreta ou genérica e, se assim não pretenderem, o legislador concede-lhes ainda a possibilidade de o realizarem por remissão, que pode ser realizada para categoria de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou de regulamento interno de empresa.

Note-se que, diferentemente do que se verificava antes da codificação, a categoria já não se apresenta como uma forma de delimitar o objecto do contrato de trabalho, mas sim como mero ponto de partida para aferir as funções a que o trabalhador ficará obrigado a desempenhar.

Agora, a categoria apresenta-se como forma de aferir os direitos e as garantias do trabalhador, melhor dizendo, para indicar o estatuto profissional do trabalhador na empresa. Além de esclarecer a posição do trabalhador na hierarquia salarial, irá também enquadrar o trabalhador no sistema de carreiras profissionais e, por fim, será a referência para o que a entidade empregadora pode ou não pode exigir ao trabalhador.

2.

Tentando fugir ao factor de rigidez que as categorias iam assumindo, surgiu o discurso da polivalência funcional que, segundo ACSCP, consistia em alargar o objecto

do contrato de trabalho, passando este a abranger também as funções que demonstrassem afinidade ou ligação funcional em relação à actividade normalmente desempenhada pelo trabalhador.

Procurando seguir a orientação do ACSCP, o legislador procedeu à alteração do artigo 22.º da LCT. Contudo, não foi fiel na transposição do sentido, pois não alargou o objecto do contrato de trabalho *ope legis*, determinando que faziam parte deste as funções afins ou funcionalmente ligadas à função normal do trabalhador, deixando esta possibilidade na pendência de uma manifestação do empregador nesse sentido.

Assim, desde que respeitados os requisitos legalmente exigidos, o empregador, em circunstâncias de normalidade empresarial, poderia incluir as funções afins ou funcionalmente ligadas no objecto do contrato de trabalho. Falamos não só dos requisitos de afinidade ou ligação funcional, capacidade, qualificação, não desvalorização profissional do trabalhador e não diminuição da retribuição do trabalhador, mas também da necessidade da acessoriedade das funções em relação às funções normais e do limite temporal de seis meses no exercício das mesmas, pois o desrespeito deste limite teria como consequência o direito de o trabalhador optar pela reclassificação.

Com a codificação, tentando colocar em prática o que realmente era pretendido com o ACSCP, o legislador alargou *ope legis* o objecto do contrato de trabalho, deixando a polivalência de ser encarada como um poder extraordinário atribuído ao empregador, sendo que agora, a actividade contratada compreende não só as funções incluídas na categoria, mas também as que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e não impliquem desvalorização profissional.

Deste modo, é perfeitamente compreensível que o regime tenha sofrido alterações relativamente à LCT. Por um lado, continua a exigir-se a afinidade ou a ligação funcional entre as funções, a qualificação do trabalhador, assim como a proibição da desvalorização profissional ou da diminuição da retribuição do mesmo.

Por outro lado, já não faz sentido a obrigatoriedade do carácter acessório das novas funções ou o carácter transitório do exercício de actividades em regime de polivalência. Em consequência, compreende-se que, com o desaparecimento da exigência da transitoriedade deixa, de igual modo, de fazer sentido falar em reclassificação.

Ora, se as funções afins ou funcionalmente ligadas fazem agora parte da actividade contratada, são negocialmente devidas pelo trabalhador, podendo, assim, a qualquer momento, ser exigidas pelo empregador, quer de modo acessório, quer de modo permanente.

3.

Através do *jus variandi*, o empregador tem o poder de fazer variar a actividade, exigindo ao trabalhador a realização de tarefas que extravasam o objecto do contrato de trabalho, o que confere a este regime carácter excepcional, pois implica um desvio ao princípio *pacta sunt servanda* nos termos do artigo 406.º do CC.

Este poder, por sua vez, encontra-se sujeito ao preenchimento de determinados requisitos: é necessário que o interesse da empresa o exija, terá que ser um interesse de carácter objectivo ligado a situações anómalas na vida da empresa; terá que ser uma variação transitória, não devendo ultrapassar os dois anos, e não poderá implicar uma modificação substancial na posição do trabalhador.

O legislador foi ainda mais longe e, a par da mobilidade permitida no n.º 1 do artigo 120.º, concedeu às partes a possibilidade de alargarem ou restringirem este direito de variação, por estipulação contratual, através das chamadas cláusulas de mobilidade funcional.

Verificados os requisitos, é necessário que exista uma ordem expressa do empregador no sentido da alteração da função e, esta, deverá conter a justificação e indicação do tempo previsível da mesma e, se for caso disso, mencionar o acordo das partes.

Durante a execução de tarefas em regime de *jus variandi*, o trabalhador não pode ver o seu padrão retributivo afectado e, caso às novas funções correspondam condições mais favoráveis, o trabalhador terá direito a essas mesmas condições.

Ao empregador cabe fazer a prova dos requisitos do *jus variandi*, nos termos do artigo 342.º do CC. Encontrando-se preenchidos os pressupostos o trabalhador terá que obedecer à ordem do empregador, caso contrário poderá incorrer em sanção disciplinar, podendo mesmo ser-lhe aplicada a mais grave, o despedimento.

No caso de não se verificarem preenchidos os respectivos pressupostos, o trabalhador pode, de acordo com o artigo 128.º, n.º 1 al. e), recusar a ordem de alteração e, em determinadas circunstâncias podem verificar-se os pressupostos para a resolução do contrato com justa causa, nos termos do art. 394.º, n.º 2 al. b) do CT, ou para um

pedido de indenização, sobretudo por danos não patrimoniais. Nestes termos, se o trabalhador for alvo de despedimento por ter recusado a ordem do empregador, este despedimento será ilícito.

Bibliografia

ABRANTES, José João, *Flexibilidade e Polivalência*, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1998.

AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 3.^a ed., 2011.

ASCENSÃO, J. Oliveira, *A tipicidade dos direitos reais*, Editora Minerva, Lisboa, 1968.

BELLA-VISTA. A., *L'oggetto dell'obbligazione lavorativa*, in F. CARINCI (dir.), *Il Lavoro Subordinat*, t. II, Turim, Giapichelli, 2007.

BRITO, Pedro Madeira de, in MARTINEZ, Pedro Romano/ MONTEIRO, Luís Miguel/ VASCONCELOS, Joana/ BRITO, Pedro Madeira de/ DRAY, Guilherme Machado/ SILVA, Luís Gonçalves, *Código do Trabalho – Anotado*, 8.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.

CARVALHO, António Nunes de, *Reflexões sobre a categoria profissional (a propósito do Código do Trabalho)*, in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor MANUEL ALONSO OLEA, Almedina, Coimbra, 2004.

CARVALHO, António Nunes de, *Mobilidade Funcional*, in Código do Trabalho - A Revisão de 2009, (coord. PAULO MORGADO DE CARVALHO), Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

CARVALHO, Catarina, *O exercício do ius variando no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional*, in JURIS ET DE JURE – Nos 20 nos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa-Porto, (coord. MANUEL AFONSO VAZ), Porto, Novembro, 1998, Coimbra Editora, Coimbra.

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1991.

DIAS, Amadeu, *Redução do tempo de Trabalho, Adaptabilidade do horário e Polivalência Funcional (Lei n.º 21/96, de 23 de Junho), Comentários e Notas Críticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

FERNANDES, António Monteiro, *A categoria profissional e o objecto do contrato de trabalho*, Questões Laborais, Ano V, n.º 12, 1998.

FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 15.^a ed., Coimbra, Almedina, Coimbra, 2010.

GÁRATE CASTRO, Javier, *La movilidad funcional (en torno al artículo 39)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, El Estatuto de los Trabajadores – Veinte años después, (Édición especial del número 100 de Revista Española del Derecho del Trabajo), Closas – Orcoyen. S.L., Madrid, 2000.

GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho – Relações Individuais de Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007,

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito do Trabalho*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010.

LEITE, Jorge, *Flexibilidade Funcional*, Questões Laborais, Ano IV, n.º 9 -10, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

LEITE, Fausto, *Mobilidade*, in Código do Trabalho - A Revisão de 2009, (coord. PAULO MORGADO DE CARVALHO), Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

LOPES, Fernando Ribeiro, (copiogr. FDL), *Direito do Trabalho*, Lisboa, 1977/78.

MACHADO, Maria João, *A polivalência funcional*, Trabalho e Segurança Social, N.º 3, Março/1997.

MARECOS, Diogo Vaz, *Código do Trabalho Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 5.^a ed.. Almedina, Coimbra, 2010.

MESQUITA, José Andrade, *Direito do Trabalho*, AAFD, Lisboa, 2003.

MONTEIRO, Luís Miguel, *Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho*, RDES, Ano XXXII, N.ºs 1-2-3-4, 1990.

MONTEIRO, Luís Miguel, *Polivalência Funcional - requisitos de concretização*, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. I, Instituto de Direito do Trabalho Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2001.

MONTEIRO, Luís Miguel, *A Polivalência Funcional na Regulamentação Colectiva do Trabalho 1996 a 2000*, in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. III, Instituto de Direito do Trabalho Faculdade de Direito Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2002.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de direccion del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Politicos, 1965.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 22.^a ed. Madrid, 2001.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *EL poder de dirección del empresário en las estructuras empresariales complejas*, Revista del Ministério de Trabajo y Assuntos Sociales, Derecho del Trabajo, N.º 48, 2004.

MOREIRA, António José, *Flexibilidade*, in Código do Trabalho - A Revisão de 2009, (coord. PAULO MORGADO DE CARVALHO), Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MOURA, J. Barros, *Compilação de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1980.

NETO, Abílio, *Contrato de Trabalho - Notas Críticas*, 16.^a ed., Ediforum, Lisboa, 2000.

NETO, Abílio, *Código do Trabalho e Legislação Complementar – Anotados*, 2.^a ed., Ediforum, Lisboa 2005.

NETO, Abílio, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar*, 2.^a ed., Ediforum, Lisboa, 2010.

PALOMEQUE, Manuel Carlos, *La Modificación de la Prestacion Laboral Pactada* (Un Estudio de Derecho Espanõl), in VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 2004.

PARREIRA, Isabel Ribeiro, *Da polivalência funcional ao objecto do contrato de trabalho*, in VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 2004.

PEREIRA, António Garcia, in JORNAL EXPRESSO, *Garcia Pereira analisa reforma da Lei Laboral. Flexibilização sim, mas com mais formação*, 02.08.2002, entrevista concedida a Ruben Eiras, disponível em www.gesta.org/trabalho/garcia.doc.

PIMENTEL, Menéres, *Flexibilidade e Polivalência Funcional*, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1998.

PINTO, Mário/MARTINS, P. Furtado/CARVALHO, António Nunes de, *Comentário às leis do trabalho*, vol. I, LEX, Lisboa, 1994.

QUINTAS, Paula/QUINTAS, Hélder, *Código do Trabalho - Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2004.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho. Parte II - Situações laborais individuais*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010.

REBELO, Glória, *Para uma organização qualificante: da importância dos conceitos de actividade e de mobilidade funcional no Código do Trabalho*, QL, Ano XII, n.º 25, 2005.

RESENDE, Feliciano Tomás de, *As prestações das partes no contrato de trabalho*, ESC, N.º 32, 1969.

REVISTA DE DIREITO E DE ESTUDOS SOCIAIS, Ano XXXVIII, N.ºs 1-2-3-4, 1996.

REVISTA VISÃO, *Assédio Moral - Histórias de terror no trabalho*, por João Dias Miguel, N.º 923, 11 a 17 de Novembro de 2010.

SILVA, João Moreira da, *Direitos e Deveres dos Sujeitos da Relação Individual de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1993.

SILVA, Maria Manuela Maia da, *Mobilidade Funcional*, Questões Laborais, Ano IV, n.ºs 9-10, 1997.

VICENTE, Joana Nunes, *Flexibilidade Funcional*, in *Direito do Trabalho+ Crise = Crise do Direito do Trabalho? Actas do Congresso de Direito do Trabalho*, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

VILAR, António, *Flexibilidade e Polivalência Funcional*, in *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias*, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1998.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *A determinação qualitativa da prestação de trabalho*, ESC, N.º 10, 1964.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 2.ª ed., Atlântida Ed., Coimbra, 1972.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *A crise e alguns institutos de Direito do Trabalho*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVIII, N.º 4, 1986.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, 2.ª ed. (com aditamento de actualização), Editorial Verbo, Lisboa, 1996.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *A mobilidade funcional e a nova redacção do art. 22.º da LCT*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXIX, N.ºs 1-2-3, 1997.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo Xavier, *Polivalência e Mobilidade*, in *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias*, (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1998.