CARLOS F. SANTOS CARVALHO
ADVOGADO

MÊS: Janeiro **CIRCULAR N.º 07/2016**

ASSUNTO: "JUS VARIANDI" – Mobilidade funcional.
Apreciação de um douto Acordão do Supremo Tribunal Justiça.

Recentemente, lavrou o **SUPREMO TRIBUNAL JUSTIÇA**, a 1 de Outubro 2015, um douto Acordão, tratando do problema em referência.

Pode ler esse Acordão na revista, mensal, "Trabalho e Segurança Social", número de Dezembro, Fh. 14 a 22. O que tratar este Acordão prende-se com o regulado no **art.º 120**, Código Trabalho, que tem o seguinte título **"MOBILIDADE FUNCIONAL."**, --- também conhecido como JUS VARIANDI. É das "regalias" (?) mais importantes (e das poucas), reconhecida aos Empregadores. Senão, repare, diz esse n.º 1:

> "O empregador pode, **quando o interesse da Empresa o exija**, encarregar o trabalhador de exercer temporariamente funções não compreendidas na actividade contratada, **desde que** tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador."

e, há mais condições a cumprir pelo Empregadora, constantes dos n.º 3 e n.º 4, deste artigo 120, Código:

> " 3 – A ordem de alteração **deve ser justificada**, (...), e indicar a **duração previsível** da mesma, que não deve ultrapassar os 2 anos."
>
> " 4 – O disposto no n.º 1 não pode implicar diminuição da retribuição, tendo o trabalhador direito às condições de trabalho mais favoráveis que sejam inerentes às funções exercidas."

o que, como se vê, regulamentação muito importante; e, para cumprir.

E, apenas um aspecto "contra" o trabalhador, que consta do n.º 5, desse art.º 120:

> " 5 – Salvo disposição em contrário, o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções temporariamente exercidas".

Mas, precisamente por causa deste n.º 5, tenha em atenção o n.º 6, do art.º 120:

> " 6 – O disposto nos números anteriores **pode ser afastado** por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho". (CCT).

ATENÇÃO: acontece que certos Contratos Colectivos aproveitaram a possibilidade dada pelo Código, --- afastar ou completar a regulamentação colectiva ---, e têm regulamentação diferente do Código Trabalho. Daí,

Vamos dar-lhe 3 exemplos, para verem como é verdade:

PR. GEN. HUMBERTO DELGADO, N.º 287, 5.º ESQ. – SALAS 65 A 67, 4000-288 || TELF.: 222 005 332 || FAX: 222 088 321
carlosfsantoscarvalho-1417p@adv.oa.pt

A - CCT entre a Associação da Cortiça e a FEVICCOM, in B.T.E. n.º 34, 15/09/2013, Fh. 6 a 86. Com o título, "Substituições temporárias", inova o n.º 2, da Cláusula n.º 32, nestes termos:

" 2 – Se a substituição durar mais de 90 dias consecutivos ou 120 intercalados ao longo do ano, (...), o substituto manterá o direito à retribuição referida no número anterior quando, finda a substituição, regressar à sua antiga função,"

o que, como se compreende, obriga os Empregadores deste Sector, corticeiro, a estarem atentos ao período de substituição: não deixar ultrapassar aqueles 90 dias, se o substituto passou a ganhar a retribuição do substituído, e essa era superior.

B - CCT entre a Associação da Pré-Fabricação em Betão, in B.T.E. n.º 9, de 8/03/2015, Fh. 537 a 555. Aqui, rege a Cl. n.º 29, sob o título "Mobilidade funcional" e, como se pode vêr, reproduz o preceito legal. Portanto, como se compreende, era cláusula que se podia prescindir. Mas, já o

C - CCT entre a Associação de Material Eléctrico e Electrónica e a Fetese, tem um n.º 2, da Cl. 17, título "Mobilidade Funcional" que é interessante. Dá autonomia aos contratos individuais para regular o sistema, dizendo:

" 2 – Por estipulação contratual as partes pordem alargar ou restingir a faculdade conferida no número anterior, sem prejuízo na parte final." Mas, já o

D - CCT entre a Associação dos Metalúrgicos e a SINDEL, in B.T.E. n.º 10, 15/03/2010, mete a regulamentação da mobilidade funcional numa Cl. 20, cujo título é "Exercício de Funções" aparece a meio da cláusula, sem autonomia, tratada a mobilidade funcional (n.º 3 a n.º 5).

Com estes exemplos, apenas queremos alertar que, em campo de MOBILIDADE FUNCIONAL é preciso ir ver, na convenção colectiva do Sector, se houve alteração do regime legal.

Ora, voltando ao início, o Acordão do S.T.Justiça que referenciamos tem jurisprudência que não nos deve passar despercebida. Daí, vamos transcrever na íntegra os n.º III, a VI do sumário do Acordão, pois tem todo o interesse a sua divulgação:

" III – Tendo a empresa exigido da trabalhadora o exercício de funções no seu departamento financeiro, devido à ausência do trabalhador que delas se ocupava por estar de baixa por doença, devia esta obediência a tal ordem de desempenho temporário destas funções, apesar de não se integrarem na sua categoria profissional, em virtude de estarem integrados os requisitos do "ius variandi" previsto no artigo 120º do CT/2009, por existir um interesse da empresa que o exigia, por se tratar duma modificação transitória e não superior a 2 anos que não

implicava uma modificação substancial da posição da trabalhadora nem qualquer diminuição da sua retribuição.

IV – Conforme resulta do artigo 351º, n.º 1, do Código do Trabalho de 2009, constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que pela sua gravidade e consequências torna imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

V – Verifica-se a impossibilidade prática da subsistência da relação laboral quando se esteja perante uma situação de quebra de confiança do empregador, em virtude da conduta do trabalhador ser susceptível de criar no espírito daquele a dúvida sobre a sua idoneidade futura.

VI – Tendo a trabalhador recusado o cumprimento de ordens que lhe eram dadas ao abrigo do "ius variandi" de desempenho das funções do seu colega do sector financeiro que estava de baixa, apesar das várias tentativas para a dissuadir desta posição de recusa, estamos perante um quadro reiterado de desobediências, cuja gravidade, advinda do seu carácter voluntário e repetido, é apta a criar no empregador a dúvida sobre a sua idoneidade futura, pelo que está integrada a justa causa do seu despedimento."

Não obstante concordamos integralmente com esta jurisprudência, chamamos a atenção para alguns aspectos, que podem passar despercebidos:

a) - Como se refere no item III, a modificação funcional, --- ir desempenhar outras funções, temporariamente ---, "(...) não implicava uma modificação substancial da posição da trabalhadora." Este elemento é muito importante.

b) - Embora se tivesse enveredado pela sanção mais grave, o despedimento, ter em atenção que:

A - a categoria profissional do substituto e substituído, --- departamento financeiro ---, funções de melindre e que não podem estar vagas;

B - que tal função impõe uma "confiança" em elevado grau, para o seu exercício, o que não era possível obter de qualquer forma; e,

C - que a Empregadora, "... apesar de várias tentativas para a dissuadir desta posição de recusa", não obteve êxito.

Portanto, aconselhamos que, salvo casos extremos como o descrito, e tendo falhado todas as tentativas, se deve aplicar sanção menos grave que o despedimento. Lembramos que a suspensão do contrato com perda de retribuição por ir de 30 dias, de cada vez.

Não se precipite.

Carlos F. Santos Carvalho

PR. GEN. HUMBERTO DELGADO, N.º 287, 5.º ESQ. – SALAS 65 A 67, 4000-288 || TELF.: 222 005 332 || FAX: 222 088 321
carlosfsantoscarvalho-1417p@adv.oa.pt