

Despedimento por facto imputável ao trabalhador: a figura do instrutor no pós Lei n.º 23/2012¹⁻²

Diogo Silva³

1. Introdução

§ 1. Escolha do tema e importância

O presente estudo encontra-se subordinado ao tema: “*Despedimento por facto imputável ao trabalhador: A figura do instrutor no Pós Lei n.º 23/2012*”.

Cabe-nos, nestas breves notas iniciais, a missão de indicar a importância do tema escolhido e a sua relevância científico-jurídica.

Ainda que a fase da instrução do processo de despedimento por facto imputável ao trabalhador não se afigure uma novidade no panorama jurídico-laboral, quanto a nós permanecem em debate duas coordenadas essenciais: 1) os

¹ Corresponde, com alterações, ao relatório de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Laborais entregue no âmbito da unidade curricular de Direito do Trabalho do ano letivo de 2014-2015 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência da Professora Doutora Maria do Rosário Palma Ramalho.

² Foram utilizadas as seguintes abreviaturas: AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; AUJ – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência; BGB – *Bürgerliche Gesetzbuch*; BTE – Boletim do Trabalho e Emprego; CA – *Cour d’Appel*; CC – Código Civil de 1966; CDAE – Código de Deontologia dos Advogados Europeus; CDCOA – Conselho de Deontologia de Coimbra da Ordem dos Advogados; CDLOA – Conselho de Deontologia de Lisboa da Ordem dos Advogados; CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada pelo Conselho da Europa a 4 de Novembro de 1950; CITE – Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego; CJ – Coletânea de Jurisprudência; CPC – Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho; CPP – Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro; CPT – Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 9 de Novembro; CRP – Constituição da República Portuguesa; CT – Código do Trabalho de 2009, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro; CT/2003 – Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto; *e. g. / p. ex.* – por exemplo; EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro; IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho; *i. e.* – *id est*, isto é; IRCT – Instrumento de regulamentação coletiva de trabalho; KschG – *Kündigungsschutzgesetz*; LBRL – Livro Branco das Relações Laborais; LCCT – Lei da Cessação do Contrato de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro; LCT – Lei do Contrato de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969; MSST – Ministério da Segurança Social e do Trabalho; PDT – Prontuário de Direito do Trabalho; QL – Questões Laborais; RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais; RJAAF DL – Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; TC – Tribunal Constitucional; TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia (CURIA).

³ Tutor de Direito do Trabalho I e II da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

efeitos da Lei 23/2012 nesta fase; 2) aspetos cuja solução é imperativa quanto ao instrutor.

A verdade é que ainda hoje somos várias vezes confrontados com dúvidas (dos trabalhadores, dos empregadores e dos instrutores) quanto à legalidade dos atos praticados em sede de processo de despedimento disciplinar.

Não se esqueça que a influência do despedimento na esfera jurídica do trabalhador é incomensurável e, à semelhança daquilo que afirma ALONSO OLEA, o emprego é, acima de tudo, um *status quo* do trabalhador⁴ (com o panorama atual de crise económico-financeira, o argumento adensa-se). Da mesma forma o poder disciplinar “*representa uma das matérias mais controversas de todo o regime do contrato de trabalho*”⁵. Assim, a condução de um processo de acordo com os trâmites constitucionais e legais é imperativo, devendo ser encarado de forma séria e executado de forma diligente por parte do empregador e/ou instrutor.

§ 2. Delimitação

O tema selecionado insere-se dentro dos aspetos processuais do despedimento por facto imputável ao trabalhador. Todavia, para efeito de estudo é necessária uma restrição do tema, caso contrário suceder-se-ia um infundado indicar de tópicos relativos ao mesmo, sem que se conseguisse extrair qualquer pensamento jurídico próprio ou, sequer, debater celeumas concretas e atribuir-lhe uma resposta.

Nesta conformidade, decidiu restringir-se o tratamento à fase da instrução

⁴ ALONSO OLEA, *Introducción al derecho del trabajo*. 5ª ed rev. e act.. Madrid: Civitas, 1994, p. 44, ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Derecho y Trabajo*, Madrid: Civitas, 1997, p. 38 e ss. Na jurisprudência o TRP de 25/02/2013, rel. Maria José Costa Pinto, proc. 92/11.7TTSTS.P1, finca, na sua conclusão V, que “*no domínio da declaração de despedimento justifica-se particularmente um «juízo cuidadoso» [...], na medida em que a declaração de despedimento determina o fim do contrato de trabalho, com as graves consequências na vida do trabalhador que geralmente estão associadas a tal extinção contratual*”.

⁵ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho: Vol. I, Relações Individuais de Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 912.

em face das diversas alterações a que foi sujeita, numa vertente teórico-prática⁶, concretizando essas as mesmas na análise da figura do Instrutor, que não lhes fica alheio.

Procura responder-se a algumas questões concretas, como:

- 1) Qual a *ratio* da Lei n.º 23/2012?
 - 2) Onde se sentem os principais impactos por força da Lei n.º 23/2012?
 - 3) Poderá haver alteração do instrutor em plena fase de instrução? Se sim, em que termos?
 - 4) Poderá o advogado ser instrutor do processo? Em caso afirmativo, estará adstrito aos deveres deontológicos inerentes à sua profissão?
 - 5) Terão as inquirições de testemunhas de ser redigidas a escrito?
- Obviamente que não se descuram outras questões que possam surgir ao longo da elaboração do texto, mas estas serão as linhas mestras a seguir.

§3. Metodologia

Entendemos ser adequada a metodologia da colocação inicial do problema através da análise de acórdãos que suscitem um problema concreto e da sua *ratio decidendi*, sendo que daí parte-se para o tratamento teórico da questão, na esperança de *in fine* apresentarmos a nossa posição adotada.

Crê-se que a problematização de alguns aspetos desta fase⁷ poderá culminar na extração da teleologia desta fase tão controversa.

Iremos organizar a investigação da seguinte forma: primeiramente, realizar-se-á uma análise da Lei n.º 23/2012, fazendo uma indagação dos seus impactos e retratando a importância do Instrutor no seio do despedimento disciplinar.

Já num segundo momento analisar-se-ão aspetos concretos da figura do Instrutor em várias vertentes, repartindo a investigação em diversas secções para

⁶ CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, Vol. I. Lisboa: AAFDL, 1986, p. 32, que evidencia que é na prática que se encontra a essência do direito.

⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Da crítica da dogmática à dogmática crítica*. O *Direito*, 1989, ano 121.º, Vol. IV, p. 736-739.

uma completa explanação.

Num pequeno aparte final: quando se refere processo entenda-se o processo disciplinar extrajudicial, *i. e.*, aquele que é conduzido pelo empregador. É desta forma evidente que utilizamos a expressão processo ainda que, amiúde, a doutrina (e até o próprio CT)⁸ o denomine como procedimento⁹.

2. A fase da instrução na Lei (abordagem *de jure condito*)

2.1. A fase da instrução na chegada à Lei n.º 23/2012

§ 1. Regime de 2009

I. Dadas as restrições do tema, irá deixar-se-á de parte o contexto histórico prévio ao vigente CT, por ser manifestamente dilatatório¹⁰.

⁸ Enquanto na LCT falava-se em processo, no movimento legislativo laboral (entenda-se CT/2003), entendeu alterar-se para a expressão procedimento de modo a distinguir do processo judicial laboral. Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 984.

⁹ Neste aspeto, perfilha-se a tese de PALMA RAMALHO, *Poder disciplinar laboral no Código do Trabalho – Notas Breves*, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1142, segundo a qual a utilização do termo “procedimento” tem por tendência administrativização deste *iter* para o despedimento, o que rejeita para este caso. Em sentido inverso, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho...*, p. 984. PAULO SOUSA PINHEIRO, *Procedimento Disciplinar ou processo disciplinar? – Uma questão puramente terminológica ou verdadeiramente substancial?* PDT, n.º 76, 77 e 78, 2007, p. 176-178, expressa-se da seguinte forma: “Procedimento é o género que engloba a *species* processo [...] resulta que a diferença fundamental entre o procedimento e o processo é o contraditório”. Sobre a temática do binómio processo/procedimento, cfr. também HELENA TOMÁS / FELICIANO MARTINS, *Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil Declarativo*. Lisboa: AAFDL, 1991, p. 11.

¹⁰ Ainda assim, refira-se que o D.L. n.º 47 032, de 27 de Maio de 1967, também denominado de LCT, que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1970, não previa a fase da instrução, pelo que bastava um aviso prévio para despedir *ad nutum* o trabalhador, nos termos do seu art.º 107.º. Após o 25 de Abril, e com o advento constitucional (leia-se, com a estatuição do art.º 53.º da CRP), passou a ser incumbida a verificação de justa causa bem como de procedimento disciplinar, sendo que o órgão legiferante aprovou o D.L. n.º 372-A/75, (publicado a 16 de Julho de 1975, na I Série, n.º 162 de Diário do Governo) onde passou a ser obrigatória a fase de instrução, no seu art.º 11.º, n.º 2, sem que houvesse qualquer tipo de restrição às diligências probatórias. Essas surgiram só em 1989, por decorrência do art.º 10, n.º 5 da LCCT. O mesmo regime foi depois transposto para o CT de 2003. Cfr., quanto a esta evolução, ANDRÉ SOUSA MARQUES, *Despedimento por facto imputável ao trabalhador (o processo disciplinar)*, in: *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Vol. III, p. 88-91, MAFALDA ASSENCADAS DINIZ, *Da Declaração de Inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art.º 356.º, n.º 1, do Código do Trabalho e suas consequências: O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2010, de 22 de Setembro de 2010*, p. 8-10, [Em linha]. [Consult 5 Abr. 2015]. Disponível em

<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/10550/1/Mafalda%20Assencadas%20Diniz%20->

Dito isto, comece-se pela fonte da inovação prevista na original redação do art.º 356.º.

O legislador, confrontado com uma fase de instrução injustificadamente burocrática, entendeu torná-la facultativa (pelas novas redações dos art.º 356.º e 358.º CT). Assim, o processo poderia restringir-se à nota de culpa, resposta à nota de culpa e decisão¹¹.

A inovação visava, primordialmente, a simplificação do processo, sem que tal afetasse as garantias constitucionais, quer a garantia de defesa, quer a garantia de segurança no emprego (consagradas, respetivamente, no art.º 32.º, n.º 10 e 53.º da CRP), por entender que o regime em vigor era moroso e sem que daí adviesse qualquer tipo de vantagem (muito pelo contrário)¹².

Estas alterações substanciais seriam acompanhadas por alterações adjetivas, surgindo uma denominada nova ação de impugnação de regularidade e licitude do despedimento, *“a pretexto de uma maior agilização deste tipo de ações e a pretexto de fazer corresponder a tramitação da ação às regras sobre o ónus da prova da justa causa”*¹³.

Em termos substanciais e por recomendação da CLBLR¹⁴, só seria obrigatória a fase de instrução em caso de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, limitando-se a argumentação de recusa de realização de diligências probatórias ao facto de as mesmas serem meramente dilatórias ou impertinentes, que teria de

[%20Tese.pdf](#) Cfr. também FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho*. 3ª ed. Cascais: Princípiã, 2012, p. 158 e ss.

¹¹ Como realça DIOGO VAZ MARECOS, *As alterações...*, p. 165: “A alteração agora introduzida no Código do Trabalho revisto vai obrigar a jurisprudência a limitar a extensão do direito de audiência do trabalhador, no sentido de se entender que esse direito se confina à consulta do processo e à apresentação de resposta à nota de culpa”.

¹² Cfr. LBRL, p. 109, que apenas acentua a influência do Livro Branco das Relações Laborais neste advento, de 30 de Novembro. Por todos, v. DIOGO VAZ MARECOS, *As alterações do Código do Trabalho revisto ao procedimento disciplinar*, RDES, Jan.-Jul. 2009, p. 163-164, nota 20.

¹³ SUSANA SILVEIRA, *Da cessação do contrato de trabalho por facto imputável ao trabalhador no regime introduzido pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro*. *Julgar*, n.º 8, 2009, p. 96-97.

¹⁴ Criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 160/2006, publicada em Diário da República, 1ª Série, n.º 231, de 30 de Novembro. DIOGO VAZ MARECOS, *As alterações...*, p. 163-164, nota 20.

ser feita de forma justificada e por escrito¹⁵.

Então, nos remanescentes casos, o empregador/instrutor teria arbitrariedade para determinar a abertura da fase ou simplesmente elaborar, *per saltum*, a decisão, sem que necessitasse de fundamentar a decisão de não realização daquela fase¹⁶.

Alerte-se, ainda assim, que a decisão de abertura ou não da instrução deveria ocorrer apenas após a receção da resposta à nota de culpa¹⁷.

Coartada estaria também a possibilidade de abertura da instrução para realização discricionária de diligências probatórias. Por outras palavras, o empregador não poderia abrir a fase de instrução e realizar apenas as diligências que conviesse¹⁸.

Para defesa dos trabalhadores, o empregador estaria obrigado a um período mínimo de reflexão até que pudesse emitir a decisão final, de 5 dias a contar da data de receção da resposta à nota de culpa ou, se esta não fosse elaborada pelo trabalhador ou fosse intempestiva, a contar após o prazo para resposta à nota de culpa, nos termos do art.º 357.º, n.º 3 (conforme recomendação do LBRL).

Já num plano adjetivo, o trabalhador poder-se-ia opor ao despedimento através da apresentação de um formulário próprio, nos termos da versão originária do art.º 387.º, n.º 2 CT, tendo o mesmo de ser apresentado num prazo de 60 dias, contados da data de receção da decisão de despedimento ou, caso

¹⁵ MANUELA BENTO FIALHO, *O poder e procedimento disciplinar*, in: PAULO MORGADO DE CARVALHO (coord.), *Código do Trabalho: a revisão de 2009*. Coimbra, 2011, p. 412.

¹⁶ DOMINGOS JOSÉ DE MORAIS, *O poder e procedimento disciplinar*, in: PAULO MORGADO DE CARVALHO (coord.), *Código do Trabalho: a revisão de 2009*. Coimbra, 2011, p. 401 e DIOGO VAZ MARECOS, *As alterações...*, p. 163. No mesmo sentido, SUSANA SILVEIRA, *Da cessação do contrato...*, p. 91, que apesar de considerar que seria defensável a obrigatoriedade de redação a escrito da decisão de abertura ou não da fase de instrução, transige que da interpretação não resulta essa regra.

¹⁷ O entendimento não era unânime. Cfr., quanto a este ponto, DIOGO VAZ MARECOS, *As alterações...*, p. 170, nota 35, posição que se sufragava.

¹⁸ Neste sentido, v. SUSANA SILVEIRA, *Da cessação do contrato...*, p. 89, que ainda refere que a jurisprudência dividia-se perante a primeira redação do CT/2009: i) por um lado, uma vertente entendia que se o empregador, confrontando as diligências requeridas pelo trabalhador e aquelas que pretendia realizar, concluísse que somente as suas seriam as pertinentes, poderia realizar somente estas últimas; ii) ao invés, uma segunda vertente entendia que tal não seria possível, pelo que a determinação da não realização da fase da instrução deveria ser em bloco (ou total).

fosse em data posterior, a data de cessação do contrato¹⁹. Rompeu-se então a regra de um ano para instauração da ação, estatuída no art.º 435.º, n.º 2 do CT/2003²⁰.

II. Pouco foi o tempo de vigência dos artigos *supra* referidos. O art.º 14, n.º 1 da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro (que aprovou o CT/2009), fazia coincidir a sua entrada em vigor com a 3ª alteração do CPT, o que se deu a 1 de Janeiro de 2010, por força do D.L. n.º 295/2009, de 13 de Outubro. Registou-se tal abalo no ordenamento jurídico-laboral que as normas, em menos de um ano da sua entrada em vigor (mais precisamente, em 7 meses) foram prontamente afastadas do ordenamento jurídico²¹.

Houve, em bom rigor, doutrina que chegou a antever a declaração de inconstitucionalidade por desconformidade com preceitos constitucionais. É o caso de SUSANA SILVEIRA e MARIA DOMINGUES. A primeira autora referiu que a solução atentava contra as garantias de defesa do trabalhador, que emergiam do art.º 53.º da CRP, pelo que menosprezava, por completo, a função da resposta à nota de culpa e permitia que os empregadores formassem a sua opinião *ab initio*²², sem que houvesse espaço para o trabalhador demonstrar o contrário.

§ 2. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2010

Houve um pedido de fiscalização abstrata sucessiva de constitucionalidade de algumas normas do CT/2009, tendo sido realizado por um Grupo de Deputados à

¹⁹ PAULO SOUSA PINHEIRO, *Curso Breve de Direito Processual de Trabalho*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 140-141. SUSANA SILVEIRA, *Da cessação do contrato...*, p. 97.

²⁰ Pela lei agora em vigência, permanece como prazo para intentar a ação 60 dias a contar da data de receção da decisão de despedimento ou da cessação do contrato de trabalho. Todavia, existem vozes que criticam a solução. É o caso de PALMA RAMALHO, *Tratado de direito do trabalho. Vol II: situações laborais individuais*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 1001 e SUSANA SILVEIRA, *Da cessação do contrato...*, p. 97.

²¹ Não houve, portanto, tempo para averiguar como as normas seriam acolhidas e quais os principais problemas que causariam. Neste sentido, cfr. FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 219 e MAFALDA ASSENCADAS DINIZ, *Da declaração de inconstitucionalidade...*, p. 6.

²² SUSANA SILVEIRA, *Da cessação do contrato...*, p. 91.

Assembleia da República²³.

No requerimento, afirmou-se que aquela redação do art.º 356.º, n.º 1 não se encontrava em conformidade com a CRP, por serem aplicáveis ao processo laboral as garantias previstas no art.º 32.º, n.º 10 da CRP, visto tratar-se de um processo sancionatório, razão pela qual deveriam ser “*assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa*”, alegadamente ali sob ataque²⁴.

Foi então entendimento do Tribunal Constitucional que a regra preconizada no CT “*aumentava o risco de uma decisão disciplinar errada*”. O mesmo será dizer que afirmou que a realização da fase da instrução e das diligências probatórias teriam correlação direta com uma boa decisão da causa²⁵.

Mais referiu que a desvalorização do processo laboral extraprocessual²⁶ e a não realização das diligências probatórias punham em causa o núcleo essencial do direito à segurança do trabalho, através da eliminação das garantias de defesa do arguido/trabalhador, acarretando tal um sucessivo recurso aos tribunais de “*algo que poderia ficar prevenido no processo disciplinar*”²⁷, pelo que refutou o argumento de que o processo laboral extraprocessual seria demasiado burocrático, embora enquadrasse doutrina que o defendia²⁸.

Considerou ser de aplicar o art.º 32.º, n.º 10 da CRP ao processo laboral, por entender que este encontra-se ainda no âmbito daquela norma, refletindo-se isso na exigência da audiência e da defesa do arguido/trabalhador. Utilizou para tal um argumento que pode traduzir-se no brocardo *Ubi lex non distinguit nec nunc distinguere debemus* (na expressão: “*não distinguindo a Constituição, não o pode fazer o legislador ordinário*”)²⁹. Deve então aplicar-se a todos os processos de onde resulte a aplicação de uma sanção (entenda-se, concomitantemente a processos

²³ Cfr. Acórdão n.º 338/2010, proc. 175/09, publicado em Diário da República, Iª Série, n.º 216, de 8 de Novembro de 2010, p. 4994, em especial, p. 5011 e ss..

²⁴ Acórdão n.º 338/2010, Diário da República, Iª Série, n.º 216, p. 5011-5012.

²⁵ *Idem*, p. 5012.

²⁶ Como já mencionava DIOGO VAZ MARECOS, *As alterações...*, p. 169.

²⁷ Acórdão n.º 338/2010, Diário da República, Iª Série, n.º 216, p. 5012.

²⁸ *Idem*, p. 5012.

²⁹ *Idem*, p. 5013.

sancionatórios emanados de entidades públicas ou privadas)³⁰.

Finalmente, e numa ótica da tutela efetiva da jurisdição, perspetivou que a realização da inquirição das testemunhas seria “*indispensável à valoração da bondade da decisão do empregador*”, sendo que a exigência de fundamentação não colmata esse vazio³¹.

Ainda a respeito de normas constitucionais e a sua aplicação em sede laboral solicitou-se a interpretação do art.º 53.º CRP no que concerne à extração de exigências formais³². Assim, extrai-se a seguinte questão: será que o núcleo essencial daquele preceito constitucional se restringe à proibição de despedimentos *ad nutum* (exigência material), ou será possível aplicar a garantia da segurança no emprego também às exigências formais?

O Tribunal veio estender a vertente negativa da norma extraída do art.º 53.º da CRP³³, aplicando a garantia também às exigências formais, pelo que a sua restrição poderia torna-la ineficaz³⁴⁻³⁵.

Posto isto, resultou deste acórdão a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art.º 356.º, n.º 1 CT/2009 (sendo, aliás, a única norma a ser declarada atentatória de preceitos constitucionais), por preterição do art.º 32.º, n.º 10 CRP, devidamente conjugado com o art.º 53.º da CRP³⁶⁻³⁷.

Assim, foi dado o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade, ressaltando obviamente os casos julgados, dando

³⁰ JOSÉ AMORIM MAGALHÃES, *A inconstitucionalidade do artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho: breves considerações*. *Actualidad jurídica* Uría Menendez, n.º 29, 2011, p. 151.

³¹ Acórdão n.º 338/2010, Diário da República, 1ª Série, n.º 216, p. 5013.

³² Acórdão n.º 338/2010, Diário da República, 1ª Série, n.º 216, p. 5012.

³³ Quanto à vertente positiva e negativa do direito ao trabalho, v. LUÍS MIGUEL MADURO / MARGARIDA CABRAL, *O Direito à segurança no emprego*, in: RJAAF DL, n.º 15, 1991, p. 52.

³⁴ O TC refere-se da seguinte maneira: “a garantia instrumental que confere subsistência e efetividade ao direito à segurança no emprego”.

³⁵ Sobre a evolução do direito à segurança no emprego e o conteúdo retirado do preceito do art.º 53.º da CRP, v. LUÍS MIGUEL MADURO / MARGARIDA CABRAL, *O Direito à segurança...*, p. 49-70.

³⁶ Acórdão n.º 338/2010, Diário da República, 1ª Série, n.º 216, p. 5021.

³⁷ Também sob escrutínio daquele Acórdão estiveram as normas dos art.º 3.º, 140.º, 163.º, 205.º, 206.º, 208.º, 209.º, 392.º, 497.º e 501.º, todos do CT e art.º 10.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, relativo ao regime transitório de sobrevivência e caducidade de convenção coletiva, não sendo pronunciados inconstitucionais. Cfr. JOSÉ AMORIM MAGALHÃES, *A inconstitucionalidade...*, p. 151.

cumprimento ao preceituado no art.º 282.º, n.º 3 CRP³⁸.

Todavia, a decisão não foi unânime. São de assinalar os votos vencidos de quatro Juízes Conselheiros: GIL GALVÃO, MARIA LÚCIA AMARAL, CARLOS PAMPLONA DE OLIVEIRA³⁹ e RUI MANUEL MOURA RAMOS⁴⁰.

Para o Juiz Conselheiro GIL GALVÃO a aplicação do art.º 32.º, n.º 10 CRP feita ao processo laboral é errónea por este não culminar na aplicação de uma sanção, tanto mais que se trata de um processo de partes⁴¹.

Já a Conselheira MARIA LÚCIA AMARAL discorda da “publicização” que o TC pretendeu aferir do processo laboral, assim como discorda da equiparação entre trabalhador e arguido, que, a seu ver, não tem qualquer tipo de alicerce⁴².

RUI MANUEL MOURA RAMOS diverge da posição adotada pelo Tribunal Constitucional por entender que os direitos fundamentais do trabalhador encontrar-se-iam suficientemente acautelados pela limitação do contraditório à resposta à nota de culpa (que corresponderá à sua audiência prévia) e pela exigência de fundamentação da decisão final de despedimento. Esta última, no seu entendimento, constitui um corolário da “*tutela efetiva da posição do trabalhador*”⁴³, que permitirá ao trabalhador impugnar aquela decisão. Para fortalecer a sua tese, acrescenta que a não realização das diligências probatórias não prejudicam necessariamente o trabalhador, ao invés, poderiam prejudicar o empregador, que arriscaria ver o despedimento declarado ilícito por não provada a justa causa para aplicação da medida e, por consequência, ser obrigado a pagar a indemnização e reintegrar o trabalhador. Conclui, por isso, que existia

³⁸ Sobre estes efeitos repristinatórios, v. JOSÉ AMORIM MAGALHÃES, *A inconstitucionalidade...*, p. 151-153.

³⁹ No seu voto vencido limita-se a indicar que o art.º 356.º “*não ofende qualquer preceito do princípio constitucional*”, sem que exponha a fundamentação para tal conclusão. Cfr. Acórdão n.º 338/2010, p. 5021.

⁴⁰ Acórdão n.º 338/2010, Diário da República, Iª Série, n.º 216, p. 5021-5031.

⁴¹ *Idem*, p. 5022.

⁴² *Idem*, p. 5022.

⁴³ Adotando a posição de NUNO ABRANCHES PINTO, *Instituto Disciplinar Laboral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 148, nota 325.

“proteção suficiente do trabalhador”⁴⁴.

a) Críticas ao Acórdão

Dada a magnitude da celeuma, foram várias as vozes que comentaram a tomada de posição do TC.

Concordando com a decisão surge FRANCISCO LIBERAL FERNANDES que, para além de conceber o art.º 356.º como um atentado ao “*exercício do direito de defesa*”, expõe que o regime inovador introduzido pelo CT/2009 traduzia-se numa “*medida socialmente discriminatória*”, podendo até ingerir-se com a “*dignidade do trabalhador interessado em demonstrar perante os seus pares a sua inocência*”⁴⁵.

Este Autor, para além de considerar que este preceito violava a CRP, constituía também uma violação do n.º 3 do art.º 6.º da CEDH, ratificada por Portugal através da Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro⁴⁶, pelo que haveria uma incompatibilidade com uma norma hierarquicamente superior, ora a de ordem internacional, ora a da ordem interna (art.º 32.º, n.º 10 e art.º 53.º, ambos da CRP)⁴⁷.

Mais concorda com a definição do despedimento como uma sanção, algo que o Autor deduz, desde logo, de uma interpretação sistemática⁴⁸.

Outrossim, JÚLIO GOMES e RAQUEL CARVALHO apoiam a tese do Tribunal Constitucional, alegando que o direito de defesa engloba a possibilidade de demonstração dos factos alegados em sede de resposta à nota de culpa,

⁴⁴ Acórdão n.º 338/2010, Diário da República, Iª Série, n.º 216, p. 5030-5031.

⁴⁵ LIBERAL FERNANDES, *O Acórdão n.º 338/2010 do Tribunal Constitucional: a instrução em processo disciplinar laboral e a adaptabilidade grupal*. QL, n.º 38, 2011, p. 215.

⁴⁶ Que vigora no ordenamento jurídico português, por força do art.º 8.º, n.º 2 da CRP, que consagra uma receção condicionada orientada pelo princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito nacional, JORGE MIRANDA, *Constituição Portuguesa Anotada: Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 94.

⁴⁷ LIBERAL FERNANDES, *O Acórdão n.º 338/2010...*, p. 216-217.

⁴⁸ Nas suas palavras, LIBERAL FERNANDES, *O Acórdão n.º 338/2010...*, p. 213, nota 8: “*como decorre, aliás, do disposto nos arts. 238.º a 332.º do CT*”. No mesmo sentido de enquadramento do despedimento como sanção, v. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho...*, p. 984.

nomeadamente através da apresentação e audição de testemunhas. Mais afirmam que a não audição do trabalhador e a não realização das diligências por ele requeridas afeta também o direito à fundamentação da decisão⁴⁹.

JOÃO LEAL AMADO expõe que a simplificação formal não poderia, de todo, ser fundamento para uma limitação de defesa do trabalhador, pelo que a decisão do Tribunal “*não surpreende*”⁵⁰.

Do lado das vozes discordantes surge PEDRO FURTADO MARTINS, que não concorda com a aplicação do art.º 32.º, n.º 10 da CRP a processos de natureza privada, nem tão pouco com a equiparação de trabalhador a arguido⁵¹.

Também JOSÉ AMORIM MAGALHÃES critica a decisão do Tribunal, por sufragar a posição exposta no voto vencido do Conselheiro RUI MANUEL MOURA RAMOS⁵², *supra* aludido.

MONTEIRO FERNANDES também reprova o conteúdo do Acórdão, afirmando que do art.º 32.º, n.º 10 da CRP parecem estar “*apenas em causa as relações entre os cidadãos e a autoridade pública*”, caso contrário, seria questionável se a não utilização do preceito quanto, p. ex., às punições aplicadas por árbitros em competições desportivas⁵³.

Já PALMA RAMALHO afirma que acha excessiva a solução que resulta do Tribunal, ainda que admitindo a possibilidade de aplicação do art.º 32.º, n.º 10 CRP ao processo laboral extraprocessual⁵⁴.

b) Posição adotada

I. Apoia-se esta última posição. É indubitável que, se por um lado, existem exigências materiais (quanto ao art.º 351.º CT, do conceito de justa causa)⁵⁵, por

⁴⁹ JÚLIO GOMES / RAQUEL CARVALHO, *Uma irregularidade irregular?* PDT, n.º 93, 2012, p. 171-172.

⁵⁰ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 382.

⁵¹ FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 183-185.

⁵² JOSÉ AMORIM MAGALHÃES, *A inconstitucionalidade...*, p. 152.

⁵³ MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*. 17ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 542-543.

⁵⁴ PALMA RAMALHO, *Tratado...*, p. 984-985.

⁵⁵ Sobre esta temática, cfr. ANDRÉ SOUSA MARQUES, *Despedimento por facto...*, p. 65 e o acórdão do TRG de 15/01/2015, rel. Manuela Fialho, proc. 151/13.1TTBGC.G1.

outro subsistem exigências de foro formal⁵⁶, que devem ser consideradas corolários do princípio constitucional do Estado de Direito Democrático, conforme resulta do art.º 2.º da CRP, sem prejuízo da aplicação do art.º 32.º, n.º 10 e 53.º da CRP⁵⁷, de modo que sufraga-se o entendimento de que o direito à segurança no emprego terá duas sub-vertentes no que concerne à dimensão da manutenção do emprego⁵⁸.

Sem prejuízo deste alargamento das garantias de defesa do trabalhador, não se entende que o preceito do art.º 32.º, n.º 10 tenha de limitar-se a sanções aplicadas por entidades públicas. A verdade é que da expressão “processos sancionatórios” parecem ser de abranger os aplicados por entidades públicas e privadas⁵⁹, em conformidade com o preceituado no art.º 18.º, n.º 1 da CRP⁶⁰.

Ainda que sejam de aplicar estas garantias, não se consegue transigir quanto à solução chegada pelo Tribunal Constitucional, pelo que a garantia que resulta do art.º 32.º, n.º 10 da CRP deve abranger tão-somente a possibilidade de defesa, i. e., limitar-se à nota de culpa, já não quanto à obrigatoriedade de instrução.

Ad argumentandum, sugiram-se algumas coordenadas.

II. O despedimento não é, verdadeiramente, uma sanção imposta ao trabalhador. O seu conceito leva a concluir que o despedimento não se trata de uma sanção jurídica, ainda que assim não o aparente, desde logo, da sistematização do despedimento no rol de sanções na mão do empregador enquanto “*dominus do processo disciplinar*”⁶¹, surgindo no art.º 328.º, n.º 1, alínea f) do CT, sob a epígrafe “*Sanções disciplinares*”. Este argumento sistemático e

⁵⁶ ABÍLIO NETO, *Contrato de trabalho: notas práticas*. 12ª ed. Lisboa: Ediforum, 1993, p. 603. No mesmo sentido, TRC de 07/02/2013, rel. Ramalho Pinto, proc. 1004/11.3T4AVR.C1.

⁵⁷ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 359.

⁵⁸ ROMANO MARTINEZ, *Trabalho e Direitos Fundamentais: Compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial*, in: JORGE MIRANDA (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Lisboa, 2010, p. 244.

⁵⁹ Em conformidade com ROMANO MARTINEZ, *Trabalho e Direitos Fundamentais...*, p. 245.

⁶⁰ GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 234.

⁶¹ A expressão é de ANDRÉ SOUSA MARQUES, *Despedimento por facto...*, p. 55.

literal é frágil, como se verá. Nas palavras de ANA PRATA, que aqui se segue de perto, “*sanção jurídica é, pois, uma consequência desfavorável que recai sobre aquele que infringe a norma*”⁶², sendo indissociável da coercibilidade enquanto característica do direito, e deve comportar duas funções: a preventiva e a repressiva⁶³. São então dois argumentos pelos quais se refuta a tese do Tribunal Constitucional quanto à subsunção do despedimento no conceito de sanção.

Primeiramente, a coercibilidade aqui encontra-se seriamente em causa. A utilização da força para aplicação de sanções cabe tão-só ao Estado, pelo que essa impossibilidade do empregador aliada à faculdade do trabalhador recorrer aos tribunais para apreciação do litígio tornam impossível outro entendimento⁶⁴.

Finalmente, ainda que seja indiscutível a função repressiva (o trabalhador vê-se punido pela privação da sua retribuição, entre muitos outros aspetos), a ideia da função preventiva parece ser forçosa, tanto que com o despedimento o trabalhador deixa de ter possibilidade de praticar novos atos contrários às normas laborais, *maxime*, contrários aos deveres contratuais.

III. Não é somente o trabalhador que detém interesse na produção da prova na fase extrajudicial. Verdadeiramente, nesta fase o empregador poderá averiguar se vale a pena o despedimento por justa causa ou se será mais viável a aplicação de outra sanção ou, ainda, uma revogação do contrato de trabalho⁶⁵. Ademais, com a realização das diligências probatórias estará, ainda que involuntariamente, também a preparar-se para a fase judicial, recolhendo os meios de prova que utilizará num recurso à via contenciosa (sendo certo que, nos termos do art.º 387.º, n.º 3 CT, recai sobre este o ónus da prova em sede de julgamento dos factos constantes da decisão de despedimento comunicada ao trabalhador), bem como, potencialmente, a conhecer os raciocínios que trabalhador poderá quer fazer

⁶² ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I. 5ª ed. act. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1319.

⁶³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 61.

⁶⁴ Concorde-se com o voto vencido do Conselheiro GIL GALVÃO, Acórdão n.º 338/2010, p. 5022.

⁶⁵ ALBINO MENDES BAPTISTA, O “*Livro Branco das Relações Laborais*” e a ação de impugnação do despedimento. *Minerva: Revista de Estudos Laborais*, n.º 1, 2008, p. 17.

valer em juízo⁶⁶.

IV. Acresce ainda que o empregador não poderá utilizar outros fundamentos ou factos que não constem da decisão de despedimento, nos termos do art.º 387.º, n.º 3 do CT e 98.º-J do CPT, o que acentua o papel diligente que este deve assumir no seio do processo laboral não judicial⁶⁷.

Em sede de nova ação de impugnação de regularidade e licitude do despedimento, o trabalhador encontrar-se-á também vinculado àquilo que resulta da decisão de despedimento⁶⁸, tendo de a apresentar acompanhada do formulário devido no momento de instauração da ação⁶⁹, nos termos conjugados dos art.º 98.º-C e 98.º-D do CPT e 387.º CT. A decisão afigura-se uma *conditio sine qua non* para que o trabalhador possa lançar mão desta ação especial⁷⁰, não o podendo fazer em caso de despedimento tácito⁷¹.

V. A realização das diligências probatórias auxiliará o empregador a cumprir a exigência legal de fundamentação da decisão de despedimento (imposta pelo art.º 357.º, n.º 5 do CT)⁷².

⁶⁶ DIOGO VAZ MARECOS, *As alterações...*, p. 166. ALBINO MENDES BAPTISTA, *O Livro Branco...*, p. 17.

⁶⁷ ABÍLIO NETO, *Código de Processo Trabalho: Anotado*. 4ª ed. Lisboa: Ediforum, 2010, p. 222, acrescenta que ainda assim podem ser acrescentados factos elucidativos da(s) conduta(s) do trabalhador, tendo sempre como base a manutenção de um núcleo essencial fixado e a manutenção do direito de defesa do trabalhador. V., também, MESSIAS DE CARVALHO, *Ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento*, in: *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho: Atas do Congresso de Direito do Trabalho*. JÚLIO GOMES / CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO [coord.], Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 321-322.

⁶⁸ Nos termos do art.º 387.º, n.º 3 CT.

⁶⁹ Cujas necessidades resultam no art.º 98-D do CPT, estando o mesmo regulado pela Portaria n.º 1460-C/2009, de 31 de Dezembro.

⁷⁰ Pelo preceituado nos art.º 387.º CT e 98.º-C do CPT. JOÃO CORREIA / ALBERTINA PEREIRA, *Código de Processo do Trabalho: Anotado à Luz da Reforma do Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 197.

⁷¹ Casos em que terá forçosamente de intentar ação de declaração de processo comum, nos termos do art.º 51.º e ss. do CPT. Quanto à temática dos despedimentos tácitos no ordenamento jurídico português, v. ANTÓNIO GARCIA PEREIRA, *Comentário ao Acórdão do STJ de 14/01/1982*, RJAAFDL, n.º 2, 1983, p. 97-102.

⁷² DIOGO VAZ MARECOS, *Código do trabalho anotado: Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 832-833.

Na esteira de ALCIDES MARTINS⁷³, a fundamentação deve conter:

- I) *Os factos, colocados num vértice espaço-temporal*
- II) *As circunstâncias do caso relevantes*
 - i) *Quadro de gestão da empresa e lesão do interesse do empregador*
 - ii) *Relações entre as partes*
 - iii) *Relações entre trabalhadores e companheiros*
 - iv) *Demais circunstâncias relevantes*
- III) *Adequação do despedimento à culpabilidade do trabalhador*⁷⁴
- IV) *Consideração dos pareceres apresentados*

VI. Noutros ordenamentos jurídicos europeus a solução permanece idêntica àquela que aqui se defende (entenda-se, a restrição do princípio do contraditório ao direito de defesa e audição à exigência de resposta à nota de culpa). Tanto em França⁷⁵, Espanha⁷⁶, Alemanha⁷⁷, Itália⁷⁸, a solução permanece como a que

⁷³ ALCIDES MARTINS, *Direito do processo laboral: uma síntese e algumas questões*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 278.

⁷⁴ Refira-se, quanto a este ponto, que a jurisprudência tem vindo a decidir no sentido de que a exigência de adequação não se prende tão-só com a conduta em si, mas também com as demais que tenham integrado eventuais processos disciplinares anteriores. V. TRP de 09/02/2015, rel. Isabel São Pedro Soeiro, proc. 569/13.0TTVNG.P1 que refere: “a violação do princípio da incoerência disciplinar pressupõe que pelos mesmos factos tenham sido aplicadas penas disciplinares diferentes”. Cfr., na doutrina, entre outros, PAULA QUINTAS / HÉLDER QUINTAS, *O regime jurídico dos despedimentos: uma abordagem prática*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 22-23.

⁷⁵ Cfr. BENJAMIN MARCELIS / AGNÈS ROSET / LYSIANE THOLY, *Le Code du Travail Annoté*. 34.º ed. Groupe Revue Fiduciaire: Paris, 2014, p. 143-148, de onde resulta do art.º L. 1232-4 que o trabalhador apenas tem direito a ser ouvido numa entrevista.

⁷⁶ Nos termos do n.º 1 do art.º 55.º da *Ley del Estatuto de los Trabajadores* (aprovado pelo Real Decreto Legislativo n.º 1/1995, de 24 de Março) somente é exigida a emissão do correspondente à nossa nota de culpa, de onde deverá constar a intenção de despedimento e a possível data em que este terá efeitos. Somente no caso de trabalhadores representantes de outros trabalhadores ou delegado sindical, ou trabalhador sindicalizado é que será exigível a sua audição bem como da respetiva estrutura representativa ou delegados sindicais. Ainda assim, podem-se estabelecer por “*convenio colectivo*” outras exigências formais. Cfr, MAFALDA ASSENCADAS DINIZ, *Da declaração de inconstitucionalidade...*, p. 12-13.

⁷⁷ Na Alemanha, poder-se-á aplicar o KschG, visto que o seu âmbito de aplicação se limita a empregadores com mais de dez trabalhadores a tempo indeterminado e a tempo inteiro, e se o trabalhador em vias de ser despedido estiver à mais de seis meses na empresa aquando da receção da intenção de despedimento, conforme previsto no seu §1, 1º parágrafo. Este diploma que não

vigorava com o CT/2009, não sendo o instrutor obrigado a realizar a instrução, mas tão-somente a permitir o trabalhador a exercer o seu direito de audição através da receção da nota de culpa⁷⁹.

Um aspeto relevante quanto a este argumento é que ainda que todos os países referidos estejam internacionalmente obrigados perante os mesmos diplomas (e aqui consideramos latamente, abrangendo quer a instituições de Direito Internacional Público, quer as instituições europeias), somente Portugal permanece rígido quanto a este ponto.

Vejamos, a título exemplificativo, o que se resulta da Convenção n.º 158 da OIT⁸⁰, mais concretamente do seu art.º 7.º:

“Um trabalhador não deverá ser despedido por motivos ligados ao seu comportamento ou ao seu trabalho antes de lhe terem facultado a possibilidade de se defender contra as alegações formuladas, salvo se não se puder razoavelmente esperar que o empregador lhe faculte essa oportunidade”.

Desta expressão parece resultar apenas a exigência de nota de culpa, a resposta à nota de culpa e decisão final escrita e fundamentada, em termos de tramitação de processo⁸¹.

exige a realização de diligências probatórias, tão-somente a intenção de despedimento por escrito (i. e., com aviso prévio, pois existe ainda o despedimento extraordinário onde nem sequer é exigido o mesmo). Nos remanescentes casos aplicar-se-á o § 622 a 626 do BGB. Cfr. ABBO JUNKER, *Grundkurs Arbeitsrecht*. 14ª ed. Munique: C. H. Beck, 2015, p. 385 e ZÖLLNER / LORITZ, *Arbeitsrecht*. 4ª ed. Munique: C. H. Beck, 1992, p. 283.

⁷⁸ A Lei n.º 300, de 20 de Maio de 1970, também conhecida como *Statuto del Lavoratori*, na redação do seu art.º 7.º, apenas refere a exigência de nota de culpa, audição do trabalhador (aliás, nos mesmos moldes que a lei francesa) e decisão escrita e fundamentada. Cfr. GIUSEPPE PERA, *Diritto del lavoro*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 2000, p. 472. MAFALDA ASSENCADAS DINIZ, *Da declaração de inconstitucionalidade...*, p. 14.

⁷⁹ No mesmo sentido, v. MONTEIRO FERNANDES, *A justa causa de despedimento na Constituição e na lei: Ensaio em torno de um tema antigo*. PDT, n.º 87, 2010, p. 234.

⁸⁰ Aprovada pela Resolução da AR n.º 55/94, de 14 de Abril, publicada em Diário da República, 1ª Série-A, n.º 198, de 27 de Agosto de 1994.

⁸¹ No mesmo sentido, cfr. FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 181.

Assiste, assim, plenamente razão a PEDRO FURTADO MARTINS quando afirma que daquele preceito da Convenção da OIT não resulta qualquer tipo de exigência em termos de fase de instrução, tanto que a realização de diligências probatórias em nada coadjuva a defesa do trabalhador, pelo que a decisão é sempre tomada pelo empregador (ou seja, por ser um processo de partes e não ser a instrução “*conduzida por uma entidade exterior e independente*”)⁸².

Por conseguinte, não acolhemos a crítica formulada por LIBERAL FERNANDES, quando utiliza o argumento dos instrumentos de ordem *supra* nacional.

VII. Ainda que seja de aplaudir a formulação da segurança do emprego como um direito fundamental relativo (*i. e.*, permite restrições, de acordo com o art.º 18.º, n.º 2 da CRP)⁸³, seria possível uma restrição maior da vertente processual sem que seja questionável o núcleo essencial do direito de defesa e audição do trabalhador, mesmo que no despedimento por facto imputável ao trabalhador, ou despedimento disciplinar, haja um especial destaque para este direito fundamental⁸⁴.

VIII. Dever-se-ia seguir o rumo da regra geral prevista no art.º 329.º, n.º 6 CT, aplicável às sanções conservatórias do vínculo laboral⁸⁵. A previsão de processo disciplinar especial, com vista ao despedimento, impede a aplicação da regra geral, nos termos gerais do direito⁸⁶.

IX. Mas então que olvidar da utilização do legislador da expressão “*procedimento*”? Seguindo de perto a explanação de PAULO SOUSA PINHEIRO

⁸² FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 181.

⁸³ Na esteira de ROMANO MARTINEZ, *Trabalho e direitos fundamentais...*, p. 245.

⁸⁴ ROMANO MARTINEZ, *Trabalho e direitos fundamentais...*, p. 285.

⁸⁵ Quanto à separação de sanções conservatórias ou extintivas da relação laboral, v. MANUELA BENTO FIALHO, *O poder e procedimento disciplinar...*, p. 410.

⁸⁶ ANDRÉ SOUSA MARQUES, *Despedimento por facto...*, p. 65.

quanto à distinção entre processo e procedimento⁸⁷, vemos que a possibilidade de destrinça alcança-se através das garantias mínimas de um e outro. No pensamento do Autor, o processo é parte integrante do procedimento, na qual acentuam-se as garantias do arguido. Neste sentido, e tendo em conta o sentido de exigência do TC na realização da fase da instrução e meios de prova requeridos pelo trabalhador, não será que existe incongruência entre denominação e regime?

Ao longo da redação do seu acórdão aqui abordado, o TC utiliza (e bem) a expressão processo disciplinar.

Não foi, todavia, a utilizada pelo legislador aquando da revisão do CT⁸⁸.

Ora, ainda que sejam admissíveis divergências quanto à aplicação do art.º 32.º, n.º 10 da CRP ao processo laboral e extensão das garantias dos processos sancionatórios ao laboral, é defensável a alteração para “processo” pelas garantias que lhe são inerentes (audiência e defesa).

§ 3. O regime pós acórdão do Tribunal Constitucional

I. Dada a repriminção do n.º 1 do art.º 414 do CT/2003, por força do n.º 1 do art.º 282.º da CRP, regressou a obrigatoriedade da fase de instrução para as diligências requeridas pelo trabalhador⁸⁹, ultrapassada que está a regra de restrição às trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes⁹⁰.

Refira-se ainda que quanto a estas últimas trabalhadoras, o empregador está vinculado à remissão do processo à CITE, por força do art.º 63.º, n.º 3, alínea a) do CT⁹¹, pelo que deve providenciar pelo seu envio⁹²⁻⁹³ após a fase da instrução,

⁸⁷ Que não são antagónicas.

⁸⁸ Outrora, na LCCT, era utilizada a expressão “processo disciplinar”, ao passo que na LCT seria “procedimento”, sendo esta depois transposta para o CT/2003. Cfr. ANDRÉ SOUSA MARQUES, *Despedimento por facto...*, p. 58-59.

⁸⁹ DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho...*, p. 831.

⁹⁰ FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 221.

⁹¹ ABÍLIO NETO, *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar: Anotados*. 3ª ed. Lisboa: Ediforum, 2012, p. 865-866.

⁹² Em conformidade com as Diretivas n.º 92/85/CEE, do Conselho, de 19 de Outubro (mais concretamente com o seu art.º 10.º) e n.º 2006/54/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho (com o seu art.º 14.º, n.º 1, alínea c)), transpostas pelo CT – cfr. art.º 2.º, alínea b) e o), respetivamente, da Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro.

bastando para tal que tenha conhecimento da situação de parentalidade ou de factos relevantes dessa situação, nos termos do art.º 36.º, n.º 2 do CT. Um parecer negativo pode obstar ao despedimento, por força do art.º 63.º, n.º 6, que obriga o empregador a recorrer aos tribunais para reconhecimento da justa causa invocada e a suspender o despedimento, numa leitura *a contrario sensu* do n.º 7 daquele normativo⁹⁴.

É consensual que a entidade mencionada não tem de se referir quanto à existência ou não de justa causa, mas tão-só pronunciar-se quanto à (in)existência de discriminação em razão do sexo ou pela condição de gravidez, parturiente ou lactante⁹⁵.

II. A solução vertida no art.º 356.º CT significa um retrocesso ao regime que já resultava do n.º 5 do art.º 10.º LCCT de 1989⁹⁶, que foi depois transposto para o CT/2003⁹⁷, mais concretamente para o seu art.º 414.º, n.º 1.

2.2. A Lei n.º 23/2012

§ 1. Principais alterações

I. A Lei n.º 23/2012 veio alterar vários preceitos da redação do CT, mas não há dúvidas que onde mais impactos se sentiram foi na matéria do processo disciplinar⁹⁸.

⁹³ O papel das Diretivas e do TJUE é fundamental. Realçando esse papel encontram-se, amiúde, referências nos pareceres emitidos pela CITE. Cfr., a mero título exemplificativo, o parecer n.º 23/CITE/2015, disponível em: http://www.cite.gov.pt/pt/pareceres/pareceres2015/P23_15.pdf. Cfr., também, o acórdão do TJUE de 16/07/2015, rel. M. Safjan, proc. C-222/2014.

⁹⁴ FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 230.

⁹⁵ Neste sentido, pronunciou-se o acórdão do STJ de 25/06/2009, rel. Vasques Dinis, proc. 90/09. Cfr. FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 229.

⁹⁶ Estatuída pelo D.L. n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro. Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho...*, p. 758.

⁹⁷ A obrigatoriedade da fase de instrução já resultava da Proposta de Lei n.º 29/IX, que aprovou o Código do Trabalho, nomeadamente do seu art.º 403.º. Cfr. MINISTÉRIO DA SEGURANÇA SOCIAL E DO TRABALHO, *Código do Trabalho (Proposta de Lei n.º 29/IX – Aprova o Código do Trabalho)* Vol. II. Lisboa: MSST, 2004, p. 188.

⁹⁸ No mesmo sentido, DIOGO VAZ MARECOS, *As alterações...*, p. 167.

II. Por força da Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho⁹⁹ conseguimos abrir dois tipos de categorias de alterações¹⁰⁰: 1) alterações materiais; 2) alterações formais.

Foi exclusivamente alvo de alterações materiais o art.º 356.º, n.º 1, porquanto no remanescente dos artigos sentiram-se meras alterações formais, ora eliminando algumas expressões que apenas faziam sentido na pretérita redacção, ora adaptando as remissões à nova¹⁰¹⁻¹⁰².

III. Nesta conformidade, o empregador terá obrigatoriamente que realizar as diligências probatórias que o trabalhador requeira, sob pena de irregularidade do despedimento¹⁰³, nos termos do art.º 389.º, n.º 2 do CT. Admite-se, no entanto, a recusa de realização de diligências que sejam manifestamente dilatórias ou impertinentes, o que muitas das vezes se sucede por o trabalhador pretender perpetuar a aplicação do despedimento para manutenção da retribuição¹⁰⁴ e demais direitos laborais.

Numa aproximação à concretização deste conceito indeterminado/cláusula geral¹⁰⁵, o STJ de 28/04/2010¹⁰⁶ refere que para averiguação de uma diligência com estas características, tal terá de ser aferido em abstrato (i. e., se aquele tipo de conduta poderá pôr em causa a normal condução da instrução), e no caso

⁹⁹ Que só entrou em vigor a 1 de Agosto desse ano.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, JOANA VASCONCELOS, *Procedimento para Despedimento por facto imputável ao trabalhador*. RDES, Jun.-Jul. 2012, p. 165.

¹⁰¹ Conforme o art.º 9.º da Lei n.º 23/2012, sob a epígrafe “Norma revogatória”: «São revogados [...] o n.º 2 do art.º 356.º, o n.º 3 do art.º 357.º, a alínea c) do n.º 3 do art.º 358.º...».

¹⁰² De realçar que no art.º 357.º foi eliminada a regra do período de reflexão a que o empregador estava adstrito, presente no anterior n.º 3 daquele normativo; já no art.º 358.º, relativo ao procedimento em caso de microempresa (nos termos do art.º 100.º, n.º 1, alínea a) do CT) passou a ter instrução. Cfr., quanto a estes dois aspetos, PEDRO ROMANO MARTINEZ / GILHERME DRAY / LUÍS GONÇALVES DA SILVA / JOANA VASCONCELOS / LUÍS MIGUEL MONTEIRO / PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Código do Trabalho anotado: Revisto pelas Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro; Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro; Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro; Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho; Lei n.º 47/2012, de 29 de Agosto*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 761 e também JOANA VASCONCELOS, *Procedimento para Despedimento...*, p. 164.

¹⁰³ Adiante abordar-se-á esta temática.

¹⁰⁴ Por todos, v. DIOGO VAZ MARECOS, *Código do Trabalho...*, p. 832.

¹⁰⁵ Na aceção de J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 113, são “conceitos carecidos de preenchimento valorativo”.

¹⁰⁶ STJ de 28/04/2010, rel. Vasques Dinis, proc. 182/07.oTTMAI.Si.

concreto se é efetivamente dilatória ou impertinente.

É óbvio que se o trabalhador nada requerer o empregador só realizará as diligências que entender (sendo que o risco de não produção de qualquer prova corre por conta deste último, podendo ser declarado ilícito por falta de prova do motivo de justa causa, previsto no art.º 351.º CT).

Efetivamente, nada obriga o trabalhador a apresentar resposta no processo disciplinar, o que, tratando-se um processo de partes, se compreende axiologicamente. Assiste, deste modo, plena razão a JOÃO LEAL AMADO, quando afirma que o trabalhador pode reservar os seus argumentos para as instâncias judiciais sem que à falta de resposta à nota de culpa seja atribuído qualquer efeito preclusivo¹⁰⁷.

Em conformidade com a sua posição encontra-se a jurisprudência, nomeadamente o TRP de 22/11/2010¹⁰⁸.

§ 2. Influência na nova ação de impugnação de regularidade e licitude de despedimento

Como já foi *supra* exposto, as alterações a serem introduzidas em sede de processo laboral por força do LBRL seriam para ser implementadas a uma velocidade, mas em dois planos, *i. e.*, deveriam ser aplicadas concomitantemente e com influências substantivas e adjetivas.

Portanto, alguma desburocratização do processo disciplinar acompanhada de aligeiramento dos requisitos para impugnação da decisão de despedimento (nomeadamente, pela dispensabilidade de fundamentação do trabalhador quanto aos motivos que impugna a decisão)¹⁰⁹ conseguiria alcançar o objetivo final de desburocratizar o processo sem que os direitos das partes fossem, com isso,

¹⁰⁷ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de trabalho...*, p. 381-382. Entre vários no mesmo sentido, v. PAULA QUINTAS / HÉLDER QUINTAS, *Manual de direito do trabalho e processo do trabalho*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 144.

¹⁰⁸ TRP de 22/11/2010, rel. Eduardo Petersen Silva, proc. 82/09.oTTMTS.P1.

¹⁰⁹ ALBINO MENDES BAPTISTA, *A nova ação de impugnação do despedimento e a revisão do Código do Processo do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 38.

violados.

Como se viu, tal não foi possível, por força da declaração de inconstitucionalidade da alteração ao regime da instrução, sendo, no entanto, implementadas as alterações adjetivas.

O atual regime traduz-se num processo disciplinar paulatinamente formal com um facilitismo de impugnação judicial. É gritante a falta de simbiose entre os dois. Mereceu por isto, fortes críticas por parte da doutrina.

PALMA RAMALHO critica a solução com três fundamentos¹¹⁰. O mais forte deles assenta no ónus probatório que impende sobre o empregador que, para além de estar legalmente obrigado a realizar as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador para provar que a decisão de despedimento seria justificada e adequada, tem também o ónus de o provar em juízo. Fala então a Autora num “*duplo ónus probandi*” do empregador¹¹¹.

Concordante com a posição surge PEDRO FURTADO MARTINS, que afirma que:

*“o procedimento disciplinar laboral nada prova. Não serve obviamente para inverter o ónus da prova [...] ou sequer para dispensar ou aligeirar a posição processual do empregador, que terá de realizar em tribunal todas as diligências necessárias”*¹¹².

a) Posição adotada

Acompanham-se as críticas realizadas. Não nos podemos esquecer da própria estruturação da ação de licitude e regularidade do despedimento.

Esta nova ação em muito se assemelha com uma ação de simples apreciação negativa do direito processual civil comum, prevista no art.º 10.º, n.º 3, alínea a)

¹¹⁰ PALMA RAMALHO, *Tratado...*, p. 1004-1005, sendo o primeiro relativo à “*extensão do regime do art.º 387.º ao despedimento por extinção do posto de trabalho*” e o segundo relativo à promoção da litigância judicial pela facilidade de impugnação do despedimento.

¹¹¹ PALMA RAMALHO, *Tratado...*, p. 1005.

¹¹² FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 182.

do CPC¹¹³. Isto porque na petição inicial o autor limita-se a expor que o réu não terá o direito que se arroga, neste caso, em despedir (em bom rigor, na nova ação o trabalhador nem têm de expor, basta apresentar o formulário devido). Na contestação, o réu demonstra que o direito lhe pertencia, cumprindo assim o seu ónus processual. Ora, é precisamente o mesmo que se passa com a nova ação. É em sede de contestação que se encontra cumprido o ónus processual, não com a petição inicial, como é regra geral.

A atração desta matéria à colação não é em vão. Pretendendo-se com esta nova ação um processo célere e justo, não será uma contradição a aposição desta fórmula? Para efeitos de celeridade não seria favorável a adoção da regra geral¹¹⁴, isto é, o trabalhador expunha os seus fundamentos¹¹⁵, era contraditado pelo empregador e findava a fase dos articulados?

Tal seria preferível, pois não é espectável que o empregador suporte por duas vezes o incomensurável ónus de prova sobre exatamente os mesmos factos.

Atentemos que tal sucede-se na ação comum, que, por regra, só terá lugar nesta sede de despedimento por facto imputável ao trabalhador em caso de despedimento tácito¹¹⁶.

§ 3. A irregularidade do despedimento

I. Ainda que esta regra tenha sido introduzida pelo Código de 2009, foi mantida na Lei n.º 23/2012. Assim, de acordo com o art.º 389.º, n.º 2 do CT o processo enfermará de uma mera irregularidade caso sejam alheadas as

¹¹³ PAIS DO AMARAL, *Direito Processual Civil*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 33.

¹¹⁴ Neste sentido, v. MANUELA BENTO FIALHO, *Relevância e enquadramento processual da ação de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento*, in: *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. VI, p. 148-149.

¹¹⁵ Acompanha-se, portanto, ABRANTES GERALDES, *Suspensão de despedimento e outros procedimentos cautelares no processo de trabalho*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 65, quando questiona o facto de a nova ação não necessitar de qualquer fundamentação para a impugnação do despedimento, quando no procedimento cautelar de suspensão, característico pela sua urgência, é-lhe exigido que a formule.

¹¹⁶ PALMA RAMALHO, *Tratado...*, p. 984.

diligências probatórias referidas no n.º 1 e 3.º do art.º 356.º CT¹¹⁷.

Do confronto da redação originária do CT/2009 com a redação pós Lei n.º 23/2012 resulta a eliminação de classificação como mera irregularidade da preterição do prazo previsto no antigo art.º 357.º, n.º 3, por ter sido revogada pela lei já referida.

II. Esta mera irregularidade é distinta da ilicitude do despedimento (sendo que se trata de um vício menos grave que a ilicitude)¹¹⁸, pelo que o trabalhador terá apenas direito a uma indemnização “*correspondente a metade do valor que resultaria da aplicação do n.º 1 do art.º 391.º*” (redação do art.º 389.º, n.º 2 do CT).

Num breve exemplo, o TRE de 14/05/2015¹¹⁹ pronunciou-se no sentido que não constitui uma irregularidade a atuação da instrutora que, na presença do trabalhador, marcou segunda data para audição de testemunhas arroladas por este segundo, dado que a carta que convocava para a primeira data ter chegado às testemunhas intempestivamente. Decidiu desta forma por considerar que incumbia ao trabalhador a apresentação das testemunhas e que, tendo estas faltado e o trabalhador nada requerido, que havia cessado a obrigatoriedade da sua audição, encontrando-se em conformidade com o art.º 356.º, n.º 4¹²⁰⁻¹²¹.

Não existe dúvida alguma que a regra faria todo o sentido no regime de 2009. A retirada de importância da fase da instrução era compatível com uma regra

¹¹⁷ Ainda assim, DIOGO VAZ MARECOS *As alterações...*, p. 174, expressa entendimento de que o elenco das meras irregularidades não será exemplificativo, mas antes taxativo, posição que perfilhamos. A jurisprudência segue o mesmo entendimento, v. TRP de 13/04/2015, rel. Rui Penha, proc. 994/14.9TTPNF.P1.

¹¹⁸ V. SÓNIA KIETZMANN LOPES, *Notas práticas sobre o procedimento disciplinar*. PDT, n.º 87, 2010, p. 269 e FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 224-225.

¹¹⁹ TRE de 14/05/2015, rel. Paula do Paço, proc. 158/14.1TTEVR.E1.

¹²⁰ No mesmo sentido, PALMA RAMALHO, *Tratado...*, p. 986.

¹²¹ Por ser o empregador a marcar a data e local da audição das testemunhas e o ónus de apresentação pertença ao trabalhador, não pode o primeiro utilizar isto para violar o direito de defesa do trabalhador, claro está. Veja-se o caso do acórdão STJ de 18/01/2005, rel. Sousa Peixoto, proc. 04S3040, onde o trabalhador arrolou cinco testemunhas para serem ouvidas na delegação de Coimbra da entidade empregadora, visto ser manifestamente impossível (por motivos económicos, pessoais e profissionais das testemunhas) apresentarem-se na sede de Lisboa. A não atendibilidade ao pedido pelo empregador levou o tribunal a considerar que a conduta seria reprovável, por preterição do art.º 334.º e 335.º, ambos do CC.

menos gravosa que a ilicitude do despedimento, que acarretava uma sanção indemnizatória avultada e reintegração do trabalhador. Mas a reversão para o sistema da obrigatoriedade da instrução parece retirar a *ratio iuris* desta figura.

JÚLIO GOMES e RAQUEL CARVALHO suportam a afirmação, indo mais longe ao afirmar que caso o tribunal seja confrontado com a aplicação desta norma, deve objetar a isso, com “*fundamento na sua inconstitucionalidade*”, por ser uma norma que atenta contra o direito de defesa e audiência do trabalhador, seguindo-se depois um recurso do Ministério Público e a apreciação de constitucionalidade¹²².

Argumentam que o empregador quando obsta à realização da diligência probatória requerida, não redige a escrito a mesma, quando não fundamenta ou a fundamentação não é procedente, realiza um juízo abstrato e incerto quanto à existência de justa causa. Acentuam, assim, a importância daquela diligência no apuramento da justa causa¹²³. Afirmam, portanto, que parece afetada a unidade e coerência do sistema¹²⁴.

Também LIBERAL FERNANDES parece suportar este entendimento, por entender que a manutenção desta regra é o mesmo que manter a desvalorização do processo laboral não judicial. Mais entende que a indemnização prevista no art.º 389.º, n.º 2 CT não consegue suportar uma restrição a um direito fundamental, violando assim o princípio da proporcionalidade, previsto no art.º 18.º da CRP¹²⁵.

III. *De iure condendo*, por *supra* se ter defendido um sistema de instrução facultativa, deve manter-se a figura da mera irregularidade do despedimento, nos moldes figurados pela redação originária do CT de 2009.

No entanto, e *de iure condito*, não vemos a razão de ciência para a existência

¹²² JÚLIO GOMES / RAQUEL CARVALHO, *Uma irregularidade...*, p. 171.

¹²³ JÚLIO GOMES / RAQUEL CARVALHO, *Uma irregularidade...*, p. 163.

¹²⁴ No mesmo sentido, JÚLIO GOMES / RAQUEL CARVALHO, *Uma irregularidade...*, p. 172.

¹²⁵ LIBERAL FERNANDES, *O Acórdão n.º 338/2010...*, p. 218-219.

da figura, que parece ir contra o vertido no acórdão do TC já analisado.

4. A figura do Instrutor (algumas notas *de jure condendo*)

4.1. A delegação de poderes no instrutor

§ 1. Aspetos introdutórios

Conhecidos os condicionalismos resultantes da Lei n.º 23/2012 e das suas influências em sede de instrução, não se augura uma missão fácil para o Instrutor.

Ainda que existam recentes mutações legislativas, não se pense por um segundo que tudo tem solução, pelo que tal consideração não corresponde à verdade¹²⁶.

Considera-se, deste modo, necessária a resposta a várias questões iminentemente práticas, como p. ex., a celeuma da presença do advogado do trabalhador na inquirição das testemunhas, ou em que casos poderá haver novo instrutor.

Deixaremos, portanto, excluídas muitas outras questões, ainda que interessantes, como, v. g., a questão do valor da causa do procedimento cautelar para suspensão do despedimento¹²⁷.

§ 2. Exigência de forma

I. Ainda que exista a faculdade de ser outrem que não o empregador ou superior hierárquico do trabalhador a efetuar a instrução em nome do primeiro

¹²⁶ Tal como corretamente assinala DIOGO VAZ MARECOS, *As alterações...*, p. 186-187: “Na realidade, o Código do Trabalho Revisto tinha a oportunidade de poder resolver se não todas, pelo menos grande parte das questões com que amiúde se deparam empregadores e trabalhadores no decorrer da instrução de um procedimento disciplinar, oportunidade que entendemos perdida”.

¹²⁷ Sobre o assunto, v. ABRANTES GERALDES, *A suspensão do despedimento....* Serão três as principais orientações: 1) valor da utilidade económica imediata do pedido (é, p. ex., a posição perfilhada pelo STJ de 23/01/1996, rel. Lopes Cardoso, proc. 088191); 2) valor do prejuízo que se quer evitar; 3) valor da causa a que respeita ou se insere. Explane-se ainda que se a providência for prévia à ação especial, deverá ser utilizado o critério da utilidade económica, em conformidade com o aresto do TRL de 23/02/2011, rel. Maria João Romba, proc. 437/10.7TTL SB.L1-4; já se for comum, o valor será equivalente à pretensão indemnizatória acrescida de créditos peticionados e o valor da reintegração do trabalhador. A questão assume particular importância no que concerne ao pagamento de taxa de justiça, cfr. SALVADOR DA COSTA, *Notas sobre custas nos processos do foro laboral*. PDT, n.º 86, 2010, p. 71-83.

(por um denominado Instrutor)¹²⁸, a delegação não pode ocorrer desmedidamente.

II. A exigência formal prende-se, *ab initio*, com a detenção do poder disciplinar, que é, única e exclusivamente, do empregador, já não do instrutor em si, o que decorre do art.º 98.º do CT e do art.º 329.º, n.º 4 do CT. Não nos podemos esquecer que o fundamento do poder disciplinar parte não só do contrato de trabalho, mas também do encaixe do trabalhador no seio da instituição/entidade empregadora¹²⁹. Com base nisto, ao instrutor não será permitido instaurar o processo disciplinar, suspender preventivamente o trabalhador (os preceitos dos n.º 5 art.º 329.º e n.º 1 do art.º 354.º, ambos do CT, referem expressamente “o empregador”), comunicar a nota de culpa, nos termos do art.º 353.º, n.º 1³⁰ e a decretar a decisão final de despedimento³¹.

III. De referir que existem condicionalismos quanto à forma em que a procuração ou contrato de mandato são realizados.

Primeiramente, poderá haver lugar a uma procuração em termos genéricos, i. e., o instrutor terá legitimidade para desenvolver a instrução em todos os processos instaurados pela mandante. Neste caso, a atribuição de poderes deverá constar de Regulamento Interno do empregador, nos termos do art.º 99.º do CT. Se for efetuada para casos concretos, a procuração deverá constar do próprio

¹²⁸ ANDRÉ SOUSA MARQUES, *Despedimento por facto...*, p. 71.

¹²⁹ Precisamente neste sentido decidiu o TRP de 13/04/2015, rel. Rui Penha, proc. 994/14.9TTPNF.P1: “Com a nomeação da instrutora ou mandatária, não resulta que o poder disciplinar passe para a instrutora ou para a mandatária. Não, o poder disciplinar, nos termos do disposto no art.º 98.º do CT é da competência e titularidade do empregador [...]”. Cfr., por todos, quanto às teses contratuálistas e teses institucionalistas do fundamento do poder disciplinar, PALMA RAMALHO, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 299 e ss.

¹³⁰ Ainda que possa ser o instrutor a remetê-la ao trabalhador, tem forçosamente que ser o empregador a assiná-la. Esta prática é admitida pela jurisprudência, sendo que o acórdão TRE de 06/09/2011, rel. Joaquim Correia Pinto, proc. 412/10.1TTSTB.E1 reconhece que tal acontece na prática. Cfr., também, DIOGO VAZ MARECOS, *Código do trabalho...*, p. 834.

¹³¹ Neste sentido, v. o Acórdão do TRE de 06/09/2011, rel. Joaquim Correia Pinto, proc. 412/10.1TTSTB.E1. Cfr. DIOGO VAZ MARECOS, *Código Anotado...*, p. 833-834.

processo¹³².

IV. No caso de se tratar de uma sociedade, refere o TRE de 06/09/2011 que deve ser feita “*através de procuração com a referência explícita a tais poderes, por parte de quem tem poderes para responsabilizar a sociedade*”¹³³, sob pena de não se considerar como realizada a decisão disciplinar e, por isso, ilícito o despedimento, nos termos do art.º 382.º, n.º 2, alínea d) CT.

§ 3. Preterição da delegação/forma

I. Suscitou-se no TRP de 13/04/2015 o problema de determinação da sanção jurídica por preterição desta exigência¹³⁴.

Este pronunciou-se no sentido de que o trabalhador tem de “arguir” a ilegitimidade do instrutor (ainda que sendo superior hierárquico) para a prática de atos de instrução, bastando exigir do mandatário a comprovação dos poderes que lhe foram conferidos pela entidade empregadora. Somente nos casos em que o trabalhador procede dessa forma é que se poderá estar perante um caso de ineficácia de atos, nos termos do art.º 260.º, n.º 1 do CC.

Neste mesmo sentido, pronunciou-se o TRP de 19/12/2012¹³⁵. Vejamos:

TRP de 19/12/2012: “*Ainda que o instrutor do processo disciplinar não tenha poderes para especificamente, proferir decisão de despedimento, o silêncio do mandante perante a insuficiência do suporte formal respetivo, vale como aprovação da conduta do mandatário. As dúvidas do trabalhador relativamente à validade da decisão de despedimento, proferida pelo mandatário em nome da sua entidade deveriam ser dissipadas mediante exigência à representante de que fizesse prova dos poderes para o feito*”.

¹³² STJ de 29/09/1999, rel. Almeida Devesa, proc. 99Si67.

¹³³ TRE de 06/09/2011, rel. Joaquim Correia Pinto, proc. 412/10.1TTSTB.E1.

¹³⁴ TRP de 13/04/2015, rel. Rui Penha, proc. 994/14.9TTPNF.P1.

¹³⁵ TRP de 19/12/2012, rel. João Diogo Rodrigues, proc. 477/11.9TTVRL-A.P1.

II. A acuidade deste facto é incontornável, na medida em que permite ao trabalhador aferir se está perante atos legítimos e eficazes, podendo, *in extremis*, ocorrer a falta de uma decisão por não ter sido elaborada (ou, no mínimo, assinada) pelo empregador, detentor do poder disciplinar¹³⁶, sendo ilícito o despedimento.

4.2. A missão do instrutor

§ 1. Prazos

I. É consabido que o processo disciplinar tem prazos¹³⁷: os previstos nos artigos 329.º, n.º 1 a 3 CT, sem prejuízo dos previstos especificamente para os atos que compõem o processo.

Estes preceitos são corolários do princípio geral da celeridade do processo disciplinar¹³⁸.

II. A fase da instrução não encontra previsto um prazo concreto, pelo que estará limitada ao prazo de um ano a contar da data em que o processo é instaurado, limite máximo imposto pelo art.º 329.º, n.º 3 CT¹³⁹.

Não obstante, não se concebe a ideia de pura discricionariedade dentro desse prazo para o instrutor, pelo que terá de atuar diligentemente, p. ex. não procrastinando a realização das diligências probatórias.

Agudiza-se a relevância da boa-fé considerando que a última diligência

¹³⁶ PALMA RAMALHO, *Sobre os limites do poder disciplinar laboral*, in: *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho*. ANTÓNIO MOREIRA [coord.]. Coimbra: Almedina, 1998, p. 190, caracteriza o poder disciplinar como sendo “o garante do equilíbrio das posições jurídicas das partes ao celebrarem o contrato de trabalho, na prossecução dos seus interesses, que não são comunitários mas antagónicos”.

¹³⁷ Assinale-se que se trata das poucas matérias onde os IRCT's poderão atuar, por orla da imperatividade do regime do despedimento do trabalhador, nos termos conjugados do art.º 339.º, n.º 2 CT e art.º 3.º, n.º 5 CT.

¹³⁸ Na senda de PALMA RAMALHO, *Tratado...*, p. 983.

¹³⁹ Prazo esse que será de prescrição. Cfr. DIOGO VAZ MARECOS, *Prática e procedimentos do processo disciplinar: do mero instrutor ao advogado-instrutor*. 2ª ed. rev. e atual. Cascais: Princípia, 2011, p. 26.

probatória marca o início do prazo de trinta dias para que o empregador emita a decisão, nos termos do art.º 357.º, n.º 2 CT¹⁴⁰.

Esta questão ficou patente no aresto do TRP de 18/11/2013¹⁴¹, de onde resultou que as diligências de acusação podem ser realizadas após a efetivação da defesa, no pressuposto de que as primeiras não levem ao descobrimento de novos factos e, com isso, ao ataque do direito de defesa do trabalhador, servindo somente para comprovar o teor da nota de culpa¹⁴². A fundamentação centra-se em três argumentos: 1) existem casos de grande complexidade técnica, “*por exemplo com exigência de aprofundada consulta de documentação*”; 2) pela necessidade de produção de prova para recolha de fundamentação para uma eventual impugnação judicial; 3) o CT não distingue se o início do prazo previsto no art.º 357.º, n.º 2 se inicia com a última diligência de acusação ou defesa. Aquilo que se tornou patente do acórdão (mais concretamente do segundo fundamento agora indicado) foi a impossibilidade do empregador (se instrutor) na utilização das diligências probatórias de modo a alargar o prazo para emissão da decisão, sob pena de incumprimento do “*dever de celeridade*”¹⁴³.

III. Temática particularmente pertinente para efeitos de prazo é a concretização do conceito de “*última diligência de instrução*”, expressão do n.º 2 do art.º 357.º do CT.

A questão assume relevância formulando-se a seguinte questão: o que servirá como pedra de toque para o término da fase de instrução? A realização das diligências probatórias ou a entrega do relatório final de instrução (com o relato da realização das diligências)?

¹⁴⁰ Nestes termos, v. FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 233.

¹⁴¹ TRP de 18/11/2013, rel. Eduardo Petersen Silva, proc. 86/13.8TTVNF-A.P1.

¹⁴² Acórdão que, de resto, evidenciou que se trata de um prazo de caducidade. Cfr. quanto a isto, o AUJ n.º 4/2003, rel. Ferreira Neto, proc. SJ20040330038764, segundo o qual o prazo de caducidade não é de conhecimento oficioso, tendo de ser invocada por aquele a quem aproveita.

¹⁴³ Diga-se ainda de passagem que FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 234, defende que é possível realizar diligências probatórias após a receção do parecer referido no art.º 356.º, n.º 5 CT e que em caso de relatório final de instrução, este deve ser considerado ainda como diligência para efeitos do prazo aqui *sub judice*.

FURTADO MARTINS defende que, para além das diligências de inquirição de testemunha, apresentação de documentos, etc., o relatório final de instrução deve ainda ser inserido no âmbito daquele conceito indeterminado¹⁴⁴.

Todavia, a jurisprudência sufraga a opinião de este não deve ser considerado como diligência probatória, tanto que o legislador pretendeu ter em conta “as diligências de prova”¹⁴⁵, e já não o relatório final de instrução, que nada acrescenta em termos probatórios. Assim, o prazo começará a contar após a resposta à nota de culpa que nada requeira¹⁴⁶.

Numa sintética análise, cogita-se que o início do prazo de decisão e para subsunção no conceito de “última diligência de instrução” o relatório de instrução não deve ser considerado para efeitos do n.º 2 do art.º 357.º do CT, porquanto não é verdadeiramente uma diligência de instrução (é apenas um instrumento para utilização ulterior na fundamentação da decisão).

§ 2. Diligências probatórias

a) Inquirição de testemunhas

i) Aspetos introdutórios

I. Sobre que factos incide a inquirição das testemunhas? É hoje doutrina unânime que depende da parte que as arrola para o processo. Assim, considera-se que as testemunhas do empregador são inquiridas quanto aos factos que compõem a infração, ao passo que as testemunhas do trabalhador são inquiridas quanto ao conteúdo da resposta à nota de culpa, ainda que seja admitido que estas últimas também possam ser quanto questionadas quanto aos factos da infração disciplinar e quanto às qualidades profissionais e pessoais do trabalhador¹⁴⁷.

¹⁴⁴ FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 234.

¹⁴⁵ Expressão do acórdão do TRP de 15/06/2015, rel. Fernanda Soares, proc. 491/14.2T4AVR.P1.

¹⁴⁶ Neste mesmo sentido, v. TRP de 23/02/2015, rel. Maria José da Costa Pinto, proc.996/13.2TTMTS.P1.

¹⁴⁷ ABÍLIO NETO, *Novo Código do Trabalho...*, p. 866. Cfr., também, DIOGO VAZ MARECOS, *Código do trabalho...*, p. 835.

Pode, ainda assim, a testemunha recusar-se a depor, sem que o empregador possa (como fazem os tribunais) “coagir” a testemunha a comparecer, nomeadamente com multas. No entanto, se esta for empregada da entidade empregadora que abriu o processo disciplinar pode ser alvo de um processo, por violação do dever de respeito e lealdade com a entidade empregadora, nos termos do art.º 128.º, n.º 1, alíneas a) e f)¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

II. No caso de o instrutor ser arrolado como testemunha, *quid juris*¹⁵⁰?

ALCIDES MARTINS afirma que o instrutor terá forçosamente de se fazer substituir no exercício daquelas funções, imaginando dois cenários possíveis: 1) se o próprio empregador for instrutor e for requerido pelo trabalhador um depoimento de parte, por aplicação analógica do art.º 499.º do CPC; 2) se o instrutor for externo à empresa, se for arrolado como testemunha, caso em que deve outrem recolher o seu depoimento. Independentemente da situação, aquele Autor afirma que no final da recolha do depoimento, poderá o original instrutor retomar àquela função¹⁵¹.

ii) Limites das testemunhas

I. Parecem ainda levantar-se duas questões quanto às testemunhas que são arroladas nos termos do art.º 356.º, n.º 3: 1) no caso de serem arroladas mais de dez testemunhas no total, como deve o instrutor proceder?; 2) Pode o

¹⁴⁸ DIOGO VAZ MARECOS, *Prática e procedimentos...*, p. 38.

¹⁴⁹ Não será despidiendo recordar que a relação laboral é complexa em deveres. Como alerta LOBO XAVIER, *Os procedimentos laborais na empresa: Ensinar e Investigar*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, p. 91: “desde há muito se aceita o conceito da relação contratual complexa, em que para além de deveres principais de prestação, há deveres laterais. No nosso caso, por exemplo, para além de deveres de prestação de trabalho, há deveres secundários ou acessórios dessa prestação [...] e deveres laterais, impostos pela boa-fé, que «já não interessam diretamente ao cumprimento da prestação, mas antes ao exato processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa»”.

¹⁵⁰ Adiante verificar-se-ão as idiossincrasias desta questão quando o instrutor seja advogado, pelo que levantam-se problemas de índole profissional e deontológica. Aqui o problema é colocado nos termos gerais.

¹⁵¹ ALCIDES MARTINS, *Direito do processo laboral...*, p. 296.

trabalhador requerer ao instrutor inquirição de mais testemunhas para além dos limites estabelecidos (três por cada facto, ou dez no total)?

II. Quanto à primeira questão, é de mencionar que o instrutor não tem obrigatoriedade de questionar mais que dez testemunhas no total e três por cada facto.

ALCIDES MARTINS afirma que, na evidência de serem arroladas mais que dez, o instrutor não deve selecionar as mesmas, mas antes ouvir as dez primeiras indicadas na resposta à nota de culpa¹⁵².

Defendemos que o empregador não deve selecione “a dedo” as testemunhas, mas antes inquirir as testemunhas que foram arroladas em primeiro lugar, *i. e.*, seguindo um critério sequencial.

Apesar de ser um processo de partes (de carácter iminentemente inquisitório)¹⁵³, o instrutor deve atuar diligentemente, ainda que possa “escolher” as testemunhas dentro daquelas arroladas. Embora isto não leve a qualquer vício, não esqueçamos que a impugnação do despedimento é hoje facilitada, pelo que no formulário de impugnação do despedimento não é necessário colocar qual o motivo pela qual se impugna¹⁵⁴. Desta forma, se o instrutor realizar as suas funções de forma diligente e de acordo com os ditames da boa-fé, haverá uma menor propensão à impugnação do despedimento, evitando-se assim ações judiciais desnecessárias.

A solução parece coincidir com o regime da instrução do processo contra-ordenacional ambiental, conforme preceituado no art.º 49.º da Lei 50/2006 (Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais), de 29 de Agosto¹⁵⁵, segundo o qual se consideram “*não escritos os nomes das testemunhas que no rol ultrapassem o*

¹⁵² ALCIDES MARTINS, *Direito do processo laboral...*, p. 295.

¹⁵³ Cfr. Acórdão do TRP de 18/11/2013, rel. Eduardo Petersen Silva, proc. 86/13.8TTVNF-A.P1.

¹⁵⁴ No mesmo sentido, v. ALBINO MENDES BAPTISTA, *A nova ação de despedimento...*, p. 38.

¹⁵⁵ Publicada em Diário da República, 1ª Série, n.º 166, de 29 de Agosto de 2006.

número legal¹⁵⁶.

III. Quanto à segunda questão, nada parece objetar a que o trabalhador requeira ao instrutor a audição de mais testemunhas do que as previstas no art.º 356.º, n.º 3 CT. O preceito permite ao empregador recusar a inquirição de testemunhas de modo a manter a celeridade e o efeito útil da instrução¹⁵⁷, não servindo como um impedimento ao instrutor¹⁵⁸.

Naturalmente que o trabalhador terá de fundamentar esta sua pretensão, invocando a pertinência da inquirição de testemunhas para além do limite, alegando, p. ex., a especial complexidade da causa¹⁵⁹, sob pena de o ver liminarmente recusado por constituir uma diligência dilatória ou impertinente.

Imaginemos que o requerimento é aceite, mas depois não são inquiridas as testemunhas que excedem o limite, invocando o instrutor que não está obrigado a ouvir mais. Nesse caso, será gritante a má-fé na condução do processo laboral, podendo ocorrer uma irregularidade nos termos do art.º 389.º, n.º 2 CT.

iii) Redação a escrito dos depoimentos

I. Uma outra questão ergue-se por banda da prova testemunhal. Será que o empregador tem de redigir a escrito as diligências probatórias, concretamente os depoimentos das testemunhas¹⁶⁰?

ALCIDES MARTINS afirma que será obrigatória a redação dos depoimentos¹⁶¹, o que deve fazer por autos, nos termos do art.º 99.º do CPP.

Ainda que referente à legislação à altura em vigor (LCCT), o TRL de

¹⁵⁶ Atendendo ao regime à altura em vigor (LCCT), ABÍLIO NETO, *Contrato de Trabalho...*, p. 609, já defendia esta posição.

¹⁵⁷ Quanto à importância da celeridade no processo disciplinar, v. acórdão do TRP de 18/11/2013, rel. Eduardo Petersen Silva, proc. 86/13.8TTVNF-A.P1.

¹⁵⁸ O mesmo raciocínio aplica-se ao art.º 283.º, n.º 3, alínea d) do CPP, quando conjugado com o seu n.º 7.

¹⁵⁹ Por analogia do art.º 283.º, n.º 7 e 315.º, n.º 4 do CPP.

¹⁶⁰ FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 222-223.

¹⁶¹ ALCIDES MARTINS, *Direito do processo laboral...*, p. 294.

24/05/2000¹⁶² afirmou que seria obrigatório para o instrutor a redação a escrito do depoimento das testemunhas, apesar de não haver menção nesse sentido na legislação laboral, pela influência no direito de audição do trabalhador, bem como na exigência de fundamentação da decisão.

O STJ já havia corroborado a tomada de posição, o que fez no seu Acórdão de 13/05/1988¹⁶³.

A situação mantém-se *tout court*, pelo que ainda não existe até à presente qualquer exigência legal neste sentido, mas a jurisprudência tem evidenciado a obrigatoriedade, fazendo jus ao brocardo “*quod non est in actis non est in mundo*”¹⁶⁴.

Ainda que não evidenciando uma obrigatoriedade, JORGE LEITE refere que somente a redação por escrito consegue atribuir “*certeza e segurança jurídica*” à recolha de depoimentos, sendo que atribui como razão de ciência a “*dificuldade de prova dos momentos essenciais do processo disciplinar*”¹⁶⁵.

II. Apoia-se que os depoimentos sejam redigidos a escrito. A *ratio* desta obrigação é corolário da obrigatoriedade da fase da instrução e da obrigatoriedade da inquirição de testemunhas arroladas pelo trabalhador.

Mas não se deve restringir essa teleologia somente ao risco de não conseguir provar em juízo o conteúdo das diligências realizadas em sede de instrução e consequente declaração de despedimento irregular. Isto porque esse risco (*rectius*, o ónus) corre por conta dele.

III. Fundamenta-se esta posição com a possível fraude à lei do empregador, mais concretamente, de fuga à contraordenação prevista no art.º 356.º, n.º 7 CT (segundo o qual constitui contraordenação grave a não realização das diligências

¹⁶² TRL de 24/05/2000, rel. Seara Paixão. CJ, 2000, Tomo III, p. 162.

¹⁶³ Acórdão do STJ de 13/05/1988, cfr. BTE, 2ª Série, n.º 4 a 6/90, p. 389 e ss.

¹⁶⁴ LIBERAL FERNANDES, *O acórdão n.º 338/2010...*, p. 215, nota 11.

¹⁶⁵ JORGE LEITE, *apud* PAULA QUINTAS / HÉLDER QUINTAS, *Manual...*, p. 144.

probatórias do n.º 1 daquele normativo, ou muito grave caso se trate de representante sindical nos termos do art.º 442, n.º 1, alínea f), 462.º ou 468.º, todos do CT), devidamente concatenado com o Regime Processual Aplicável às Contraordenações Laborais e de Segurança Social (Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro¹⁶⁶, com a alteração providenciada pela Lei n.º 63/2013, de 27 de Agosto).

Isto porque, não havendo disposição legal que tornasse imperativo a redação a escrito, o empregador poderia dizer que tinha realizado as diligências oralmente, evadindo-se assim à obrigatoriedade da fase da instrução e à realização das diligências requeridas pelo trabalhador e, por consequência, à punição contraordenacional¹⁶⁷.

Mas sendo a *ratio* dos autos a atribuição de fé pública dos “*termos em que se desenrolaram os atos processuais a cuja documentação a lei obrigar*”¹⁶⁸, não vemos como não exigir ao empregador a redação de autos das inquirições testemunhais. É certo que a lei não obriga a redigir a escrito (pelo que não existe obrigação de documentar), mas a comprovação do cumprimento da obrigatoriedade da realização da instrução e das diligências requeridas pelo trabalhador será facilmente feita através daquele instrumento¹⁶⁹.

IV. Pense-se ainda que, por via de regra, as testemunhas arroladas são trabalhadoras da entidade empregadora autora do processo disciplinar, pois frequentemente são estas que presenciam os factos imputados ao trabalhador/arguido. Desta forma, poderá coexistir um temor reverencial em prestar depoimentos que se afigurem contra os interesses/preensões da entidade patronal¹⁷⁰. Ou seja, ainda que seja instaurado processo contraordenacional ao

¹⁶⁶ Publicada em Diário da República, I Série, n.º 178, de 14 de Setembro.

¹⁶⁷ É necessário ter-se em mente que o trabalhador não tem de estar presente no ato de inquirição, como faremos demonstrar.

¹⁶⁸ Redação do art.º 99.º do CPP.

¹⁶⁹ Em que, nos termos do art.º 169.º do CPP, será documento autêntico ou autenticado, caso não seja impugnada a sua autenticidade ou veracidade, respetivamente, pela remissão do art.º 99.º, n.º 4 do CPP.

¹⁷⁰ V., por exemplo, o acórdão do TRP de 15/06/2015, rel. Eduardo Petersen Silva, proc.

empregador pela não realização da fase da instrução, as testemunhas poderão depor no sentimento de que foram efetivamente inquiridas, não porque assim se sucedeu, antes por receio de retaliação.

Entre nós, é defensável o entendimento da jurisprudência, que se aplaude. São de atribuir não só motivos particulares (prova em juízo e segurança jurídica), mas também motivos de ordem pública (neste caso, de prevenção geral e especial provindos da punição por contraordenação).

b) Realização de outras diligências

I. Ainda que na *praxis* a prova produzida em sede de instrução seja maioritariamente testemunhal, não existe qualquer restrição quanto aos meios probatórios, podendo o Instrutor recorrer aos meios de prova estabelecidos no CC e CPC¹⁷¹.

A utilização de outras diligências para além da testemunhal tem vindo a ser permitida por inúmeras decisões dos tribunais superiores¹⁷². Em verdade, já desde o regime da LCCT, que o TRL vem reiterando posição de que serão permitidas outras diligências, inclusive a pericial¹⁷³.

II. Uma particular acuidade regista-se, *p. ex.*, em sede documental quanto à valoração de imagens obtidas por videovigilância. Como é deveras consabido, existe a restrição de utilização de sistemas de videovigilância no local de trabalho, por imposição do art.º 20.º do CT.

Quanto a esta celeuma surgem posições mais latas e mais restritivas, tomando em consideração a sensibilidade e confronto entre direitos fundamentais do trabalhador e do empregador, obrigando a uma aplicação da

197/14.2TTGDM.P1.

¹⁷¹ Neste sentido, cfr. FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, p. 221.

¹⁷² Tendo o apoio da doutrina. Cfr., a mero título exemplificativo, DIOGO VAZ MARECOS, *Prática e procedimento...*, p. 36.

¹⁷³ TRL de 02/05/1990, rel. Fernando Dias Simão, Recurso n.º 19/90, onde foi requerida prova pericial pelo trabalhador. Cfr. CJ, 1990, Tomo III, p. 84-86.

proporcionalidade prevista no art.º 18.º da CRP¹⁷⁴. Confrontado com um litígio desta natureza (de confronto entre aquele normativo e uma valoração probatória deste documento)¹⁷⁵, o aresto do TRL de 06/06/2012¹⁷⁶ decidiu que o meio de obtenção de prova não seria ilegal, pelo que a rejeição de apreciação das provas obtidas através daquele meio sem qualquer fundamentação seria atentatória da garantia de defesa¹⁷⁷, por a videovigilância se tratar, em bom rigor, do cumprimento de uma obrigação legal (art.º 13.º, n.º 2 do D.L. n.º 35/2005, de 21 de Fevereiro)¹⁷⁸, pois a entidade empregadora explorava uma atividade justificativa do emprego de câmaras (abastecimento de combustíveis numa estação de serviços). Desta forma, a recolha de imagens seria lícita, encontrando-se em conformidade com o art.º 20.º, n.º 2 do CT.

Ora, não sendo o meio de obtenção da prova ilícito, deveria a entidade empregadora ter visualizado as imagens que resultassem do mesmo, dado que a requisição do trabalhador em visualizar as imagens captadas incidia precisamente sobre o âmbito da nota de culpa que imputava ao trabalhador condutas violadoras dos seus deveres. Não agindo dessa forma, o tribunal entendeu (e bem) tratar-se de uma restrição injustificada da garantia de defesa por parte do trabalhador, tornando assim o despedimento ilícito.

Todavia, a maioria da corrente jurisprudencial tem incidido em sentido contrário¹⁷⁹. Ainda que a obtenção de prova seja accidental, a utilização dos meios

¹⁷⁴ Cfr., quanto às várias posições do tema, MÁRIO BELO MORGADO, *Utilização de meios de vigilância à distância*. Comunicação no VI Colóquio sobre Direito do Trabalho: Desafios atuais do processo do trabalho, direitos de personalidade na relação de trabalho, a 22 de Outubro de 2014. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/int2014/conselheiro_belo_morgado.pdf

¹⁷⁵ Nos termos do art.º 16.º do CPP.

¹⁷⁶ TRL de 06/06/2012, rel. Maria João Romba, proc. 18/09.8TTALM.L1-4.

¹⁷⁷ Curiosamente, aproveitando para citar o Acórdão do TC n.º 338/2010.

¹⁷⁸ Cfr., art.º 28.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, quanto à *conditio sine qua non* da autorização prévia da Comissão Nacional da Proteção de Dados.

¹⁷⁹ PALMA RAMALHO, *Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho. Breves notas*. Comunicação no VI Colóquio sobre Direito do Trabalho: Desafios atuais do processo do trabalho, direitos de personalidade na relação de trabalho, a 22 de Outubro de 2014. Disponível em:

de videovigilância não serve o propósito de controlar as condutas dos trabalhadores, pelo que a prova ter-se-á por ilícita¹⁸⁰.

Os poucos arestos dos tribunais superiores que admitem este meio de obtenção de prova fazem-no por entender que certas condutas dos trabalhadores podem ser enquadradas na finalidade última dos mesmos, nomeadamente no caso de ilícitos criminais, onde pertencerão certamente ao escopo de tutela de pessoas e bens¹⁸¹.

4.3. O advogado e a fase instrutória

§ 1. O advogado enquanto instrutor do processo disciplinar

I. É prática comum que as entidades empregadoras recorram a advogados para que realizem a instrução do processo disciplinar¹⁸², tendo em consideração os seus conhecimentos de Direito, sendo que nas grandes empresas ocorre a contratação de advogados especialistas em Direito do Trabalho¹⁸³, apesar de o exercício não corresponder a um ato próprio de advogados¹⁸⁴, nos termos do art.º 1.º da Lei n.º 49/2004¹⁸⁵.

Mas não é por este facto que o advogado se desvincula dos deveres deontológicos a que se encontra adstrito. Destarte, pugnamos que o advogado deve mantê-los em sede de processo disciplinar¹⁸⁶.

http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/int2014/prof_maria_rosario_ramalho.pdf

¹⁸⁰ V., por todos, o aresto do TRP de 17/12/2014, rel. António José Ramos, proc. 231/14.6TTVNG.P1.

¹⁸¹ É o caso do acórdão do TRL de 03/05/2006, rel. Carlos Sousa, proc. 83/2006-3, tendo o Juiz Desembargador Mário Morgado votado vencido, alegando que se trata de uma situação de “quase legítima defesa”.

¹⁸² O CDCOA (no seu parecer n.º 8/2006) já se pronunciou no sentido que nada obsta, de um “ponto de vista deontológico”, a que o advogado seja instrutor pelo que a mera realização de instrução, abstratamente compreendida, não viola deveres deontológicos.

¹⁸³ DIOGO VAZ MARECOS, *Prática e procedimentos...*, p. 14. Para que um advogado seja considerado especialista na área de Direito do Trabalho terá de cumprir os requisitos previstos no Regulamento Geral das Especialidades (Regulamento n.º 204/2006, de 30 de Outubro da Ordem dos Advogados).

¹⁸⁴ Como evidencia o Parecer do CDLOA, de 21/02/2010, rel. Jaime Medeiros, consulta n.º 3/2010.

¹⁸⁵ Pelo que o seu exercício por outrem que não advogado não constitui crime de procuradoria ilícita, nos termos do art.º 7.º deste mesmo diploma.

¹⁸⁶ DIOGO VAZ MARECOS, *Código do trabalho...*, p. 834.

O Título III da Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro (art.º 88.º e ss. do EOA) regula a matéria da deontologia profissional dos advogados. Ora, os deveres deontológicos são perspetivados como o “*timbre da Advocacia*”¹⁸⁷, devendo o advogado agir em conformidade com os mesmos.

Estes deveres deontológicos são igualmente aplicáveis quando o advogado seja mandatado para agir no processo disciplinar.

Observem-se duas coordenadas quanto a este aspeto: 1) a primeira relativa ao dever de sigilo profissional; 2) a segunda relativa ao dever previsto no art.º 109.º do EOA (proibição de estabelecer contacto com testemunhas ou demais intervenientes processuais).

II. A primeira discussão foi precisamente suscitada junto do Tribunal da Relação de Lisboa de 23/06/2010¹⁸⁸, em que a autora (trabalhadora) intentou ação¹⁸⁹, alegando que estaria violado o princípio da imparcialidade dos instrutores nomeados, bem como preteridas regras quanto à instrução do processo disciplinar, uma das quais pela não inquirição de duas testemunhas por si requeridas, sendo estas advogados/instrutores do processo disciplinar. Os instrutores consideraram, que estando sujeitos ao dever deontológico de sigilo profissional, não poderiam depor como testemunhas naquele processo disciplinar, pelo que se escusaram e recusaram a realização da diligência, invocando o art.º 92.º do EOA¹⁹⁰.

O Tribunal *ad quem* decidiu que seria legítima a recusa por parte dos advogados/instrutores, porquanto a inquirição destes enquanto testemunhas poderia constituir um atentado ao dever de sigilo profissional, dado como certo

¹⁸⁷ FERNANDO DE SOUSA MAGALHÃES, *Estatuto da Ordem dos Advogados: anotado e comentado*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 116.

¹⁸⁸ TRL de 23/06/2010, rel. Leopoldo Soares, proc. 3951/09.3TTLSB.L1-4.

¹⁸⁹ Tendo esta sido precedida de uma providência cautelar de suspensão de despedimento disciplinar.

¹⁹⁰ No momento dos factos seria aplicável o artigo 87.º do antigo Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro.

que o trabalhador pretendia que fossem inquiridos sobre os factos¹⁹¹ constantes da resposta à nota de culpa, factos esses que os advogados tiveram conhecimento dentro do exercício da sua atividade profissional.

Aplauda-se a decisão do tribunal¹⁹². De facto, a recusa por parte dos advogados/instrutores é legítima quando a sua inquirição assenta em factos que estes tiveram conhecimento no exercício das suas funções, tanto que este sigilo (imposto pelo art.º 92.º do EOA) pretende tutelar interesses particulares (*i. e.*, do cliente, entidade empregadora), e interesses públicos (como refere o ponto 2.3.1. do CDAE¹⁹³: “*nomeadamente, a administração da justiça*”).

Abre-se, desta forma, possibilidade a que o advogado seja ouvido perante matérias que tenha tido conhecimento fora do exercício da sua atividade, *i. e.*, por factos não abrangidos pelo sigilo (“*de que haviam tomado conhecimento fora do exercício dessa sua atividade para a R., caso em que até o poderiam fazer*”)¹⁹⁴.

Considerou, por isso, que a recusa não poderia ser vista como preterição das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador.

III. Para a resposta à segunda questão suscitada temos que atender que o advogado, sendo mandatado pelo empregador, poderá ter de inquirir as testemunhas arroladas. Então, será que no exercício dessas funções permanecerá adstrito ao dever imposto pelo art.º 109.º do EOA?

Defende-se que não será possível outra posição que não a da aplicação do

¹⁹¹ Como esclarece FERNANDO SOUSA MAGALHÃES, *Estatuto da Ordem...*, p. 131: “o conceito de «factos» para efeitos do sigilo profissional é um conceito amplo e compreende não só os factos materiais suscetíveis de alegação, como os próprios documentos, como resulta do disposto no n.º 3”.

¹⁹² Concorde-se com a perspetiva de JOSÉ MARIA RODRIGUES DA SILVA, *A aplicação do direito na jurisdição do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 53-54, ao referir que “a harmonização entre a justiça concreta do caso e a justiça abstrata contida na norma há-de fazer-se mediante um processo de compatibilização entre a decisão e a sua fundamentação material. [...] A procura da decisão materialmente justa impõe a consagração de critérios seguros de legitimação da decisão [...] Hoje reconhece-se que a ponderação das consequências da decisão constitui um dos mais relevantes fatores a ter em conta no sopesar da tarefa de concretização do direito”.

¹⁹³ A tradução portuguesa do diploma foi aprovada pela Deliberação n.º 2511/2007, de 27 de Dezembro.

¹⁹⁴ TRL de 23/06/2010, rel. Leopoldo Soares, proc. 3951/09.3TTLSB.L1-4

art.º 109.º do EOA ao advogado quando intervenha em sede de processo disciplinar¹⁹⁵.

É certo que a defesa desta tese tem como pressuposto a leitura do art.º 109.º como não obstando ao contacto em si com as testemunhas, mas sim o intento de alterar o depoimento das testemunhas¹⁹⁶.

Ainda que este artigo se destine primordialmente a processos judiciais (tanto que o art.º 109.º insere-se, sistematicamente falando, no Capítulo III do Título *supra* aludido, sendo este relativo às relações dos advogados com os tribunais), terá imperativamente de haver uma interpretação lata de modo a abranger processos extrajudiciais como o processo disciplinar¹⁹⁷, ficando desta feita vedado ao advogado a possibilidade de “*instruir, influenciar ou, por qualquer outro meio, alterar o depoimento das mesmas [testemunhas], prejudicando, desta forma, a descoberta da verdade*” (redação do art.º 109.º do EOA).

Sendo este um processo de partes (e tendo o advogado um papel fundamental na instrução), seria tentador um manejar do depoimento das testemunhas para facilitar quer fundamentação da decisão de despedimento, quer a fundamentação em sede de recurso judicial da decisão de despedimento, o que obviamente não se poderá suceder. Deontologicamente é exigido ao advogado que cumpra os seus deveres deontológicos, ainda que defenda os interesses legítimos do cliente (neste caso, o empregador), nos termos do art.º 97.º, n.º 2 do EOA¹⁹⁸, mantendo também a independência, nos termos do art.º 89.º do EOA.

Não será despiciendo mencionar que o advogado é um elemento essencial na administração da justiça (como resulta, desde logo, do art.º 88.º, n.º 1 do EOA e

¹⁹⁵ No mesmo sentido, DIOGO VAZ MARECOS, *Código do trabalho...*, p. 835-836.

¹⁹⁶ Leitura que, aliás, foi acolhida pelo EOA. V. quanto a este ponto FERNANDO SOUSA MAGALHÃES, *Estatuto da Ordem...*, p. 169.

¹⁹⁷ DIOGO VAZ MARECOS, *Código do trabalho...*, p. 835.

¹⁹⁸ Refira-se ainda que, na esteira de ORLANDO GUEDES DA COSTA, *Direito Profissional do advogado: noções elementares*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 275, este dever já advinha de costumes da profissão, que são fonte de deveres deontológicos nos termos do art.º 88.º, n.º 1 do EOA.

ponto 1.1 do CDAE), pelo que deve obstar à prática de condutas que sejam contra o Direito e que prejudiquem a correta aplicação da lei ou prejudiquem a descoberta da verdade, nos termos do art.º 90.º, n.º 2, alínea a) do EOA, constituindo um dever para com a comunidade¹⁹⁹.

Em súmula, e parafraseando DIOGO LEITE DE CAMPOS:

“O advogado tem de ter uma personalidade ética, se possível ainda mais firme do que se não fosse advogado. Tem de ter objetivos de consciência, recusar fundamentado em razões éticas, recusar fundamentado em razões técnicas, caso contrário, está a trair-se a ele próprio, não irá ser feliz e vai fazer os outros infelizes”²⁰⁰.

§ 2. Presença do advogado na inquirição das testemunhas

I. Outra contenda que amiúde a doutrina tem discutido (e que surge também na prática) é a de saber se o instrutor tem de notificar o trabalhador e o seu mandatário/advogado para estarem presentes na inquirição das testemunhas. Em caso afirmativo, coloca-se a questão: há possibilidade de o advogado do trabalhador inquirir as testemunhas?

II. ALBINO MENDES BAPTISTA afirma que, para além de ser possível por lei notificar o trabalhador e seu advogado, é recomendável que o instrutor assim proceda, por se tratar de uma forma de cumprir adequadamente o princípio do contraditório, pelo que o despedimento causa efeitos imediatos e devastadores na sua esfera, ainda que de uma forma temporária²⁰¹.

Contra esta posição, manifestou-se JÚLIO GOMES, argumentando que tal

¹⁹⁹ Cfr. FERNANDO SOUSA MAGALHÃES, *Estatuto da Ordem...*, p. 120.

²⁰⁰ DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Manual de Sobrevivência do Advogado: o que não se ensina na universidade mas é preciso saber*. Lisboa: Matéria-Prima, 2011, p. 126.

²⁰¹ ALBINO MENDES BAPTISTA, *Ideias para uma reavaliação das práticas e das regras em matéria de procedimento disciplinar laboral*. PDT, n.º 70, 2005, p. 59-60.

poderá ser prejudicial à inquirição das testemunhas. A presença de advogado poderá ser suscetível de criar uma intimidação na testemunha e, consequentemente, afetar o seu depoimento. Para exemplificar, utiliza o paradigmático caso de “*mobbing*”, onde a testemunha pode ser a vítima daquele fenómeno e sentir-se intimidada a relatar o sucedido na presença do trabalhador alegado infrator e seu advogado²⁰². Poderá até dar-se o caso de a testemunha, para não passar por “vergonha social”, afirmar no seu depoimento que nada se sucedeu.

DIOGO VAZ MARECOS refere que a presença do próprio arguido ou do seu mandatário poderá ser considerada “*impertinente*”, podendo ser recusada pelo empregador a assistência destes, pela potencialidade em afetar a liberdade de depoimento da testemunha, pelo que o princípio do “*contraditório pleno só é assegurado judicialmente*”²⁰³.

Numa posição intermédia, PEDRO DE SOUSA MACEDO entende que, ainda que o advogado possa estar presente, não tem direito a inquirir as testemunhas²⁰⁴.

Todavia, há que defender que o advogado do trabalhador seja convidado a assistir à inquirição das testemunhas. Por um lado, irá levar a um maior acompanhamento do processo por parte do trabalhador, o que levará a uma atenuação do litígio. Isto porque poderá ser perceptível no decurso da instrução os argumentos de cada parte, o que poderá revelar-se uma medida dissuasora de um recurso à via judicial e poderá levar à “*celebração de acordos revogatórios*”²⁰⁵.

III. No entanto, a jurisprudência maioritária permanece em sentido oposto. Em concreto, no Acórdão do TRP de 13/04/2015, o Tribunal *ad quem* pronunciou-se no sentido de que o processo não enfermaria de qualquer vício (no caso nulidade) caso o advogado do trabalhador não fosse notificado para a diligência

²⁰² JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho...*, p. 894.

²⁰³ DIOGO VAZ MARECOS, *Código do trabalho...*, p. 832.

²⁰⁴ PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Poder Disciplinar Patronal*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 150.

²⁰⁵ Apoia-se então ALBINO MENDES BAPTISTA, *O Livro Branco...*, p. 15.

de inquirição de testemunhas, afirmando essencialmente que o princípio do contraditório esgota-se com a oportunidade de ser ouvido e apresentar a sua defesa, tanto que *“não é taxada de nulidade do procedimento disciplinar a omissão do trabalhador ou do seu representante no ato dos depoimentos das testemunhas por si arroladas”*²⁰⁶.

Neste sentido também se pronunciaram outros Tribunais superiores, nomeadamente o acórdão TRL de 06/06/2012²⁰⁷ e o TRL de 19/01/2011²⁰⁸.

TRL de 06/06/2012: *“Uma vez que entendeu não facultar ao mandatário da arguida a presença na inquirição (o que, como bem considerou a Sr.ª Juíza, não é ilícito, dado a lei não exigir tal presença) [...]”*.

TRL de 19/01/2011: *“Só no âmbito do processo judicial de impugnação do despedimento é que se verifica na sua plenitude o princípio do contraditório, o qual no âmbito do processo disciplinar se resume à resposta à nota de culpa, à instrução das diligências requeridas pelo trabalhador, ou à sua aduização no caso das microempresas [...]”*.

Já numa vertente minoritária encontra-se o acórdão do TRL de 20/10/2010²⁰⁹. Este, referindo-se ao regime do CT/2003 (onde constava como fundamento da ilicitude, o desrespeito pelo princípio do contraditório, mais concretamente, do seu art.º 430.º, n.º 2), afirmou que a não convocação do trabalhador ou do seu mandatário:

TRL de 20/10/2010: *“não importa, sem mais, a invalidade do próprio*

²⁰⁶ TRP de 13/04/2015, rel. Rui Penha, proc. 994/14.9TTPNF.P1

²⁰⁷ TRL de 06/06/2012, rel. Maria João Romba, proc. 18/09.8TTALM.L1-4, que refere que *“uma vez que entendeu não facultar ao mandatário da arguida a presença na inquirição (o que, como bem considerou a Sr.ª Juíza, não é ilícito, dado a lei não exigir tal presença) [...]”*.

²⁰⁸ TRL de 19/01/2011, rel. Seara Paixão, proc. 673/09.9TTVFX.L1-4, que assume a mesma fundamentação do acórdão do TRP *supra* mencionado, quanto à limitação do contraditório em sede de processo disciplinar.

²⁰⁹ TRL de 20/10/2010, rel. José Fetera, proc. 517/08.3TTFUN.L1-4.

procedimento disciplinar, não só porque essa omissão não integra qualquer das situações taxativamente estabelecidas como determinantes da invalidade do procedimento disciplinar, mas também porque a A. nada alegou no sentido de uma tal omissão ter redundado em grave comprometimento da defesa por si apresentada no mencionado procedimento”²¹⁰.

Nesta conformidade, aquele acórdão abriu a possibilidade de a não convocação do trabalhador e/ou seu mandatário poder constituir causa de invalidade do procedimento disciplinar, mas somente perante o cumprimento do ónus da prova por parte do trabalhador quanto à violação do princípio do contraditório por aquele ato.

IV. Sufraga-se o entendimento de que o advogado deve ser notificado da data (dia e hora) e local de inquirição das testemunhas²¹¹. Todavia, não poderá o mandatário do trabalhador proceder à inquirição das testemunhas. Para além de caber ao empregador (ou instrutor) a direção da fase da instrução²¹², o princípio do contraditório não encontra aqui uma forma plena, isto é, o princípio do contraditório subsume-se à possibilidade de inquirição por parte do empregador das testemunhas indicadas pelo trabalhador (sem prejuízo das demais diligências probatórias requeridas por este)²¹³.

V. Não seria possível uma eventual alegação de que a aplicação do art.º 32.º, n.º 10 da CRP e do art.º 6.º da CEDH implica a possibilidade de acompanhamento do trabalhador-arguido por parte de um advogado, ou seja, que a aplicação das garantias processuais penais ao processo disciplinar, implicaria por consequência

²¹⁰ TRL de 20/10/2010, rel. José Fetera, proc. 517/08.3TTFUN.LI-4.

²¹¹ No mesmo sentido, DIOGO VAZ MARECOS, *Prática e procedimentos...*, p. 70-71, revendo a tese *supra* exposta, acrescentando que se o instrutor for advogado é-lhe deontologicamente exigido que o faça, de acordo com o dever de solidariedade (art.º 106.º do EOA), embora, *in fine*, defenda que poderá também inquirir a testemunha.

²¹² Nos termos do art.º 356.º, n.º 1 do CT.

²¹³ Parece ser também o que resulta do próprio TC n.º 338/2010.

o direito a acompanhamento por advogado.

Isto porque o Tribunal Constitucional já se pronunciou no sentido de que não são aplicáveis todas as garantias processuais ao processo disciplinar, de onde se retira a conclusão de que esta será uma delas²¹⁴, apesar de o mesmo ter considerado que se assiste a um “*progressivo alargamento das garantias do direito penal ao direito disciplinar*”²¹⁵.

VI. Numa última nota, diga-se a título comparativo que a legislação laboral francesa também não regula a presença do advogado na audiência do trabalhador (não se fala em instrução, porque, tal como já foi *supra* exposto, não existe obrigatoriedade quanto a esta fase). Diz-se então que “*La loi ne prévoit pas la représentation de l’employeur ou du salarié au cours de l’entretien. La jurisprudence admet que l’employeur peut se faire représenter*”.

Divergindo com o caso português, a jurisprudência francesa não admite, por via de regra, a presença de terceiros (*maxime*, advogados) na inquirição de testemunhas²¹⁶. São raros os acórdãos que o permitem²¹⁷.

5. Conclusões

§ 1. O acórdão do TC n.º 338/2010 atribui, ainda que indiretamente, um papel central à figura do instrutor, dada a indispensabilidade da fase instrutória e da realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador;

§ 2. Essa importância é acentuada pela influência no direito de defesa e

²¹⁴ Concretamente, o Acórdão do TC n.º 313/2007, de 16 de Maio.

²¹⁵ Acórdão do TC n.º 59/1995, proc. n.º 522/94, de 16/02/1995, publicado em Diário da República, 1ª Série, de 10 de Março.

²¹⁶ Sendo que nos termos do Art.º L. 1232-4, pode este optar por fazer-se acompanhar por uma pessoa do quadro da empresa.

²¹⁷ É o caso do acórdão do CA de Paris, 18ª Câmara, de 11 de Julho de 1991, do CA de Bourges, de 23 de Abril de 1976, que perfilham o entendimento de que “*La représentation de l’employeur étant admise dans le silence de la loi, la représentation du salarié doit être admise dans les mêmes conditions*”. Cfr. BENJAMIN MARCELIS / AGNÈS ROSET / LYSIANE THOLY, *Le Code du Travail Annoté...*, p. 147.

audição do trabalhador, como decorrentes do art.º 32.º, n.º 10 e 53.º da CRP;

§ 3. Ainda que este seja o entendimento do TC, não se entende a razão de ciência para manutenção da obrigatoriedade da fase da instrução;

§ 4. A obrigatoriedade cria incongruências jurídicas e questiona a *ratio iuris* de alguns institutos, como a da irregularidade e a nova ação de regularidade e licitude de despedimento;

§ 5. Não obstante a acuidade da fase da instrução, o órgão legiferante pouco curou de tratar os diversos aspetos dinâmicos desta fase;

§ 6. Essas lacunas fraturantes dão espaço à insegurança do instrutor quanto ao seu “*modus operandi*”;

§ 7. Existem conceitos que, independentemente de debate jurisprudencial e/ou doutrinário, carecem de previsão legal. Em concreto, a redação do depoimento das testemunhas em autos, que deve ser obrigatória dada a imperatividade da fase de instrução (e essa exigência deve decorrer, desde logo, da lei, não somente das decisões dos tribunais).