

Dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho



**A FASE DA INSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO CONDUCENTE AO
DESPEDIMENTO DISCIPLINAR**

Sob orientação da:

Professora Doutora Catarina Carvalho

Universidade Católica Portuguesa

Escola de Direito do Porto

Marta Cristina Marinho da Conceição

junho de 2015

Por:

Marta Cristina Marinho da Conceição

N.º 345013001

Sob orientação da:

Professora Doutora Catarina Carvalho

Porto

junho de 2015

Agradecimentos

Esta dissertação de mestrado encerra, mais um trajeto acadêmico, pois que, nunca um verdadeiro jurista vê o seu saber esgotado, buscando incessantemente a perfeição do seu conhecimento.

Não poderia deixar de agradecer a todos aqueles que sempre me acompanharam ao longo da minha vida pessoal e profissional, mas que, principalmente estiveram sempre presentes nesta etapa:

Aos meus pais, por terem sempre acreditado nas minhas capacidades e pelas constantes palavras de incentivo.

Ao meu irmão e à minha avó, pela curiosidade constante na evolução da dissertação.

Ao Manuel, por me ter apoiado e ter tido a paciência de diariamente conviver com uma estudante de mestrado, gerindo com a mestria que só alguém que trilhou um caminho semelhante, ainda que noutra área, consegue perceber.

Ao meu eterno patrono, que me incentivou na inscrição do curso de mestrado em direito do trabalho, por ter debatido várias das questões comigo e ter criticado, construtivamente, a evolução da presente dissertação.

À minha orientadora, Professora Catarina Carvalho, pela dedicação e carinho, bem como por ter aceitado orientar o meu trabalho, incentivando-me, constantemente, a evoluir na investigação.

À Manuela, por ter ouvido a leitura reiterada da presente dissertação.

A todos os meus amigos que comigo partilharam esta fase da minha vida, pelo apoio mútuo que encontramos em prosseguir esta nossa fase de formação académica.

Indicação de Leitura

Todos os artigos enunciados na presente dissertação, salvo expressa referência em contrário, reportam-se ao Código de Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12.02, com as sucessivas alterações.

As referências bibliográficas são citadas pelo autor, título, editora, local de publicação, data e página. A primeira citação de todos os artigos e obras efetua-se pela referência bibliográfica completa, enquanto nas seguintes o título é abreviado ou substituído pela sigla *op. cit.*, desde que na dissertação não sejam mencionadas outras obras do(s) mesmo(s) autor(es). Os demais elementos adicionais, com exceção da página, serão omitidos.

A bibliografia final contém todas as obras citadas, com referência completa dos elementos supra referenciados, encontrando-se elencada por ordem alfabética, quer quanto aos autores citados, quer quanto às obras do mesmo autor, quando as haja.

Nas notas de rodapé, a citação dos autores segue a ordem cronológica de publicação da edição respetiva. Existindo obras com o mesmo ano de publicação a citação dos autores é feita pela ordem alfabética. Igual procedimento é adotado quanto à citação de decisões jurisprudenciais que segue a ordem de prolação do respetivo acórdão.

As transcrições, desde que não exista motivo justificativo em sentido contrário, são feitas em língua portuguesa, sendo a respetiva tradução da inteira responsabilidade da autora.

As decisões jurisprudenciais dos tribunais nacionais superiores, citadas sem qualquer indicação de publicação, foram consultadas, via internet, na base de dados jurídico-documental do IGFEJ (www.dgsi.pt).

Na presente dissertação considerou-se a doutrina, jurisprudência e demais documentação publicada ou acessível até maio de 2015.

Lista de Abreviaturas e Siglas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Ac.	Acórdão
AD	<i>Acórdãos Doutrinais</i>
al.	Alínea
als.	Alíneas
art.	Artigo
arts.	Artigos
AUJ	Acórdão de Uniformização de Jurisprudência
BIT	Bureau Internacional do Trabalho
BMJ	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
BTE	<i>Boletim do Trabalho e Emprego</i>
CC	Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25.11, com as sucessivas alterações
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Conselho Europeu
<i>cit.</i>	<i>citado(a)</i>
CITE	Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego
CJ	<i>Colectânea de Jurisprudência</i>
ComEur	Comissão Europeia
coord.	coordenador
CPC	Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26.06 com as sucessivas alterações
CPP	Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17.02 com as sucessivas alterações
CPT	Código de Processo do Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 480/99, de 09.11 com as sucessivas alterações
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSE	Carta Social Europeia (Revista)
CT	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12.02 com as

	sucessivas alterações
DL	Decreto-Lei
DLG	Direitos, Liberdades e Garantias
DPR	Decreto do Presidente da República
DR	Diário da República
DS	<i>Droit Social</i>
Ed.	Edição
EDTAP	Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 09.09 revogada pela Lei n.º 35/2014, de 20.06
<i>EIDT</i>	<i>Estudos do Instituto de Direito do Trabalho</i>
EOA	Estatuto da Ordem dos Advogados
ERCT	Estruturas de representação coletiva dos trabalhadores
<i>ET</i>	<i>Estatuto de los Trabajadores</i>
i.e.	isto é
IRCT	Instrumento de Regulamentação Colectiva de Trabalho
L	Lei
LBRL	Livro Branco das Relações Laborais
LCT	Lei do Contrato de Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24.11.1969, revogada pela Lei n.º 99/2003, de 27.08
LTFP	Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20.06 com as sucessivas alterações
n.	nota de rodapé
n.º	número
nrs.	números
OA	Ordem dos Advogados
OIT	Organização Internacional do Trabalho
<i>Op.</i>	<i>Obra</i>
p.	página(s)
parág.	parágrafo
<i>PDT</i>	<i>Prontuário de Direito do Trabalho</i>
PE	Parlamento Europeu
PME	Pequenas e médias empresas

QI	Quid Iuris
QL	<i>Questões Laborais</i>
RDES	<i>Revista de Direito e de Estudos Sociais</i>
SL	<i>Statuto dei Lavoratori</i>
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TL	Tratado de Lisboa
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
<i>Vd</i>	<i>Vide</i>
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i>
Vol	Volume

Índice

Agradecimentos.....	3
Indicação de Leitura	4
Lista de Abreviaturas e Siglas	5
Índice	8
INTRODUÇÃO.....	10
1. Enquadramento internacional, europeu e constitucional.....	15
2. Regime Legal.....	17
2.1. Evolução histórica.....	17
2.2. Da necessidade constitucional da fase da instrução.....	18
2.3. Os prazos do procedimento conducente ao despedimento disciplinar.....	22
2.4. Da duração da fase instrutória.....	25
2.5. Participação das ERCT	27
3. Da obrigatoriedade de envio ao trabalhador da nomeação de instrutor conjuntamente com o envio da nota de culpa	29
4. O direito de assistência do trabalhador.....	31
4.1. Considerações introdutórias.....	31
4.2. Consulta do procedimento disciplinar	31
4.3. Permissão ou exclusão de consulta ao processo prévio de inquérito.....	33
4.4. Presença de advogado nas diligências instrutórias	34
5. A produção de prova.....	38

5.1. Regime legal	38
5.2. Admissibilidade de depoimentos escritos das testemunhas arroladas na resposta à nota de culpa	39
6. Possibilidade de suspensão do procedimento disciplinar	41
7. A relação intrínseca entre o prazo para proferir decisão e o término das diligências instrutórias	44
CONCLUSÃO.....	47
BIBLIOGRAFIA	50

INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 98.º o “empregador tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho”. Todavia, o legislador não define o que seja poder disciplinar, cabendo à doutrina e à jurisprudência o seu preenchimento¹. Destarte, as posições variam, quer quanto à noção², quer quanto ao próprio fundamento³ do poder disciplinar.

Afigura-se incontornável a relação entre o poder disciplinar e o poder de direção. Aliás, neste domínio, a doutrina espanhola chega a afirmar que o poder de direção seria um poder moral se não estivesse acompanhado do poder de aplicar sanções⁴. A doutrina gaulesa entende até que o poder disciplinar é uma modalidade do poder de direção⁵. Por cá, Rui Assis defende que o poder de direção e o poder disciplinar são autónomos e incidíveis, “na medida em que só a consideração interdependente de ambos permite a caracterização plena do vínculo em causa”⁶. Em todo o caso, não é possível olvidar que o poder disciplinar se encontra “pressuposto na noção de contrato de trabalho com a referência à «autoridade»”⁷.

No que respeita especificamente ao seu exercício, o poder disciplinar⁸ visa punir o trabalhador que de forma culposa comete uma infração⁹ e viola deveres contratuais¹⁰ a

¹ Domingos, M.ª Adelaide. «Poder e Procedimento Disciplinar no Código do Trabalho», in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 476.

² Por uns, é configurado como uma faculdade que o empregador “usa ou não de acordo com o critério exclusivo do seu interesse”, e por outros, como um “poder-dever afecto a critérios que não coincidem necessariamente com o interesse egoístico” do empregador *vd* Pinto, Nuno Abranches. *Instituto Disciplinar Laboral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 16.

³ O fundamento do poder disciplinar encontra duas correntes doutrinárias: a contratualista, segundo a qual o poder disciplinar deriva do próprio contrato de trabalho e a institucional, para a qual o poder disciplinar decorre de interesses e exigências da organização empresarial. Para mais desenvolvimentos *vd* Macedo, Pedro de Sousa. *Poder Disciplinar Patronal*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 23; Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 307-347 e 349-406; Xavier, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de Direito do Trabalho*, 2.ª Ed., Verbo, Lisboa, 1993, p. 330.

⁴ Alonso Olea, Manuel/Casas Baamonde, María Emilia. *Derecho del Trabajo*, 26.ª Ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2009, p. 522.

⁵ Pélissier, Jean. *Droit du Travail*, 27.ª Ed., Dalloz, Paris, 2013, p. 751.

⁶ Assis, Rui. *O Poder de Direção do Empregador – Configuração Geral e Problemas Actuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 101.

⁷ Pinto, M.ª José Costa. «Poder e Procedimento Disciplinar no Código do Trabalho de 2009», in *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 422.

⁸ Nos termos do n.º 4 do art. 329.º, é exercido pelo empregador ou por superior hierárquico.

⁹ A lei não define o que seja a infração. Contrariamente, o *ET* consagrou uma verdadeira tipificação de infrações e sanções (arts. 54 e 58 do *ET*). Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 753, refere

que está obrigado. No entanto, para que a infração disciplinar culmine com o despedimento, torna-se necessário que o comportamento do trabalhador integre o n.º 1 do art. 351.º I, é, tem que se provar a justa causa, consagrada no n.º 1 do art. 351.º como “um comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”¹¹. Trata-se de um conceito indeterminado já que “só no caso concreto poderá ser adequadamente preenchido”¹², tornando-se necessário avaliar todo o contexto. É uma cláusula geral, “cujo domínio de concretização excede, ou pode exceder, qualquer tipologia fechada de situações materiais invocáveis para fundamentar o despedimento”, contém apenas a “definição de um *critério* de apreciação não objectivado em nenhuma das suas possíveis aplicações”¹³.

A existência de justa causa é insuficiente, só por si, para fazer cessar licitamente o vínculo laboral. O empregador tem ainda que seguir o procedimento legalmente estipulado nos arts. 352.º a 357.º¹⁴, que concretiza o princípio do contraditório, “trave mestra do direito disciplinar”¹⁵.

A marcha do procedimento disciplinar conducente ao despedimento consagra quatro fases¹⁶, denominadas por: acusação, defesa, instrução e decisão.

A acusação consubstancia o início do procedimento disciplinar e materializa-se na nota de culpa, documento escrito onde consta a “descrição circunstanciada dos factos” imputados ao trabalhador (n.º 1, *in fine*, do art. 353.º). Esta pode conter documentos que, a existirem, devem ser remetidos igualmente ao trabalhador ou o seu

que, não existindo conceito legal do que seja a infração, tem que se retirar que a mesma consubstancia a violação culposa dos deveres previstos no art. 128.º, bem como do elenco das situações constitutivas de justa causa para despedimento do n.º 2 do art. 351.º, sem prejuízo das cláusulas previstas em CCT.

¹⁰ Vd Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 961-965 quanto à relevância disciplinar dos comportamentos extralaborais do trabalhador, designadamente para efeitos de configuração de uma situação de despedimento com justa causa, que embora não constitua tema central da presente dissertação possui relevo prático.

¹¹ As als. do n.º 2 do art. 351.º constituem uma enumeração exemplificativa de comportamentos do trabalhador que podem constituir justa causa.

¹² Gomes, Júlio. *Direito do Trabalho. Relações Individuais de Trabalho*, Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 954.

¹³ Fernandes, António Monteiro. «A justa causa de despedimento na Constituição e na lei. Ensaio em torno de um tema antigo», *PDT*, n.º 87, 2010, p. 244-245.

¹⁴ O art. 358.º reporta-se ao procedimento em caso de microempresa.

¹⁵ Amado, João Leal. *Contrato de Trabalho*, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 380.

¹⁶ Cada uma destas fases desenvolvida por Lambelho, Ana/Gonçalves, Luísa Andias. *Poder Disciplinar – Justa causa de despedimento*, Quid Iuris, Lisboa, 2012, p. 63-125; Amado, João Leal. *Op. cit.*, p. 380-385 e Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 973-992.

teor deve ser transcrito para a nota de culpa, podendo o trabalhador consultá-los¹⁷. Na mesma data de envio para o trabalhador, o empregador remete cópias da comunicação e da nota de culpa à comissão de trabalhadores, ou à associação sindical se for caso disso (n.º 2 do art. 353.º). Poderá, ainda, ser remetida mais do que uma nota de culpa ao trabalhador, no decurso do mesmo procedimento disciplinar, ou para lhe imputar factos não incluídos na primeira nota de culpa, porque eram desconhecidos do empregador, ou para precisar melhor os factos já naquela incluídos¹⁸. O empregador deverá, juntamente com a nota de culpa, comunicar ao trabalhador a intenção de proceder ao seu despedimento, sob pena de invalidade do procedimento nos termos da al. b) do n.º 2 do art. 382.º; com esta comunicação visa-se evitar qualquer surpresa a nível decisório, e permitir que o trabalhador apresente uma defesa condizente com a acusação que lhe é imputada. Esta comunicação traduz-se “numa declaração de despedimento sob condição, no sentido de que a sua eficácia, enquanto negócio jurídico unilateral, depende da verificação final da justa causa”¹⁹.

Com a notificação da nota de culpa, o trabalhador pode ser suspenso preventivamente pelo empregador, desde que a sua presença se mostre inconveniente, mantendo, contudo direito à retribuição (n.º 1 do art. 354.º). A suspensão poderá ter lugar nos 30 dias anteriores à notificação da nota de culpa, desde que o empregador justifique, por escrito, que, considerando os factos imputáveis ao trabalhador, a sua presença no local de trabalho é inconveniente para a averiguação dos factos, e que ainda não foi possível elaborar a nota de culpa (n.º 2 do art. 354.º e n.º 5 do art. 329.º).

Se o empregador constatar um comportamento ilícito, mas desconhecer o seu autor, ou conhecendo-o não sabe todos os factos necessários para fundamentar a nota de culpa, deve iniciar um processo de inquérito prévio (art. 352.º)²⁰, com ele se iniciando o procedimento disciplinar.

Segue-se a fase da defesa que, enquanto direito do trabalhador, lhe permite, nos termos do n.º 1 do art. 355.º, em 10 dias úteis após a notificação da nota de culpa,

¹⁷ Lambelho, Ana/Gonçalves, Luísa Andias. *Poder... cit.*, p. 76.

¹⁸ Busto, M.ª Manuel. *O Novo Regime Laboral do Contrato de Trabalho – A Revisão do Código do Trabalho da Lei 23/2012, de 25 de Junho*, E&B Data, Lda., Coimbra, 2012, p. 169.

¹⁹ Fernandes, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 17.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 539.

²⁰ Figura que *infra* se apresentará.

consultar o processo e apresentar a sua defesa²¹. Na resposta à nota de culpa, o trabalhador alegará os factos que sustentam a sua defesa, e pode solicitar a realização de diligências probatórias. A resposta escrita ocorre pela “preocupação de certeza jurídica”, mas Monteiro Fernandes considera esta formalidade excessiva; para o autor, bastaria uma resposta expressa em “depoimento prestado ao instrutor no âmbito do processo”²².

A fase da instrução, cujo regime será analisado ao longo da presente dissertação, é conduzida pelo empregador ou por instrutor por este nomeado. A sua finalidade é a descoberta da verdade através da recolha dos elementos probatórios indicados pelo trabalhador na resposta à nota de culpa, ou a recolha de outros elementos por iniciativa do empregador.

A última fase é a da decisão²³. A decisão deve ser escrita, fundamentada em todos os factos constantes da nota de culpa e da resposta a esta, sob pena de invalidade nos termos da al. d) do n.º 2 do art. 382.º Deve ponderar as circunstâncias do caso, a adequação do despedimento à culpabilidade do trabalhador e os pareceres dos representantes dos trabalhadores (n.º 4 do art. 357.º). O contrato de trabalho cessa logo que a decisão chega ao poder do trabalhador ou é dele conhecida, bem como quando só por culpa deste não foi oportunamente recebida (n.º 7 do art. 357.º).

Aventada, sucintamente, a disciplina legal do procedimento conducente ao despedimento disciplinar, a presente dissertação tem por objeto a sua fase instrutória. E visa a ousadia de tentar preencher algum do espaço, que se considera ter sido deixado em branco pelo legislador, procurando colmatar as várias lacunas existentes²⁴. Bem como alertar para o antagonismo existente em alguns dos ordenamentos jurídicos europeus, que optaram por implementar um expediente contraditório diferente do nacional.

²¹ Desenvolvido adelante.

²² *Direito... cit.*, p. 541.

²³ *Vd ponto 7.*

²⁴ Domingos, M.ª Adelaide. «Poder e Procedimento Disciplinar no...» *cit.*, p. 490, refere que a “jurisprudência continua a debater problemáticas relacionadas com esta fase, sobretudo com a realização dos actos instrutórios e sua admissibilidade”. Marecos, Diogo Vaz. «O despedimento por justa causa – procedimento», *Direito e Justiça*, Vol II, Lisboa, 2015, p. 13, afirma que apesar de o procedimento disciplinar com intenção para despedimento “se encontrar regulado, são várias as questões de índole prática não resolvidas cabalmente pelo legislador”.

O presente estudo inicia-se pelo enquadramento internacional, europeu e constitucional do direito de defesa do trabalhador, para indagar se a fase instrutória se encontra condicionada por algum instrumento legal que vincule o Estado Português.

De seguida, apresentarei o regime legal da instrução, visando analisar a sua evolução histórica, abarcando transversalmente os vários diplomas legais desde a LCT até à atualidade. Sendo inevitável a abordagem constitucional sobre a obrigatoriedade da fase da instrução, com particular enfoque no Ac. do TC n.º 338/2010, que declarou com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do então n.º 1 do art. 356.º que instituía a instrução facultativa, bem como nas diversas posições doutrinárias quanto à prolação do dito aresto.

E em sinonímia, afigura-se importante tecer, igualmente, as necessárias considerações sobre a duração da fase instrutória e a regra quanto à contagem dos prazos do procedimento conducente ao despedimento disciplinar.

Partindo do pressuposto que a obrigatoriedade da fase da instrução no procedimento conducente ao despedimento disciplinar não solucionou as lacunas existentes, todo este percurso tem como objetivo permitir a sua integração. E é essa integração que se procurará nos pontos 2.4. a 7 da presente dissertação.

Na análise de cada uma das questões, procurarei debater as diversas dúvidas e divergências existentes no nosso ordenamento jurídico e, quando as houver, no direito comparado, designadamente em Espanha, França e Itália, pela proximidade ao regime legal português, bem como o parecer que quanto às mesmas adoto.

1. Enquadramento internacional, europeu e constitucional

A nível internacional, a Convenção n.º 158 da OIT²⁵ denominada “Convenção sobre o Despedimento” refere no art. 7.º que “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”.

A Convenção não indica, expressamente, qual a forma que a defesa do trabalhador tem de revestir, permitindo alguma flexibilidade. Contudo, a Recomendação²⁶ n.º 166 (1982) associada à dita Convenção identifica procedimentos adicionais²⁷ que o empregador deve adotar antes de efetuar o despedimento, nomeadamente, a assistência por outra pessoa²⁸ a conceder ao trabalhador quando apresenta a sua defesa.

No ordenamento laboral português, o CT, ainda que sem previsão legal expressa nesse sentido, permite que o trabalhador seja assistido, na fase anterior ao seu despedimento, conforme *adelante* se exporá. Por seu turno, no direito espanhol, o ET não prevê a possibilidade de o trabalhador contraditar o despedimento, relegando para a contratação coletiva a possibilidade desta estabelecer essa exigência de forma²⁹, nomeadamente, através da criação de um expediente contraditório³⁰. Contudo, o *ET* prevê a existência do contraditório, no caso de se tratar do despedimento de representantes de trabalhadores ou de trabalhadores sindicalizados³¹. Tratando-se de trabalhadores sindicalizados há lugar a uma audiência prévia dos delegados sindicais³².

²⁵ Ratificada pelo DPR n.º 68/94, de 27.08, publicada no DR I série n.º 198 de 27.08.1994, registada no BIT em 27.11.1995.

²⁶ As Recomendações são instrumentos normativos dirigidos aos Estados membros sem carácter vinculativo, por seu turno as convenções encontram-se abertas à ratificação dos Estados membros e possuem carácter vinculativo, *vd* Ramalho, M.^a do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*, 3.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 191.

²⁷ Note on Convention No. 158 and Recommendation No. 166 concerning termination of employment, www.ilo.org, consultado em 08.05.2015.

²⁸ Desenvolvido *infra*.

²⁹ Art. 55.1 1.º parág. do *ET*; AAVV. *Extinción del Contrato de Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valência, 2013, p. 377.

³⁰ AAVV. *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudência*, 3.^a Ed., La Ley, Madrid, 2013, p. 1309.

³¹ Art. 55.1 2.º parág. do *ET*; AAVV. *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 541-542; acrescenta AAVV. *Extinción...* *cit*, p. 378, que o contraditório visa a produção de prova pelo trabalhador e a exposição de argumentos relevantes para a sua defesa.

³² Art. 55.2 3.º parág. do *ET*.

Mas nem por isso Montoya Melgar considera que a Convenção n.º 158 da OIT é violada, já que a apreciação do despedimento é feita judicialmente³³, podendo o juiz apreciar a sanção aplicada ao trabalhador e alterá-la.

Em 03.05.1996, foi adotada, em Estrasburgo, a CSE. No seu art. 24.º apenas é referido o direito à proteção em caso de despedimento. Nada mencionando quanto ao direito de defesa do trabalhador na fase que o antecede.

A CDFUE foi formalmente adotada na cidade de Nice, em dezembro de 2000, pelo PE, CE e pela ComEur. Com a entrada em vigor do TL, em dezembro de 2009 a referida carta passou a possuir efeito jurídico vinculativo, à semelhança dos Tratados. Contudo, apesar da grande prospeção deste instrumento, em nenhum dos seus artigos se refere o direito de defesa conferido ao trabalhador na fase que antecede ao seu despedimento, já que o art. 30.º versa, tão só, sobre a proteção em caso de despedimento sem justa causa.

Internamente, a CRP prescreve no n.º 10 do art. 32.º que “nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direito de audiência e defesa”³⁴.

Considerando o art.º 7.º da Convenção n.º 158 da OIT e a previsão constitucional, o n.º 1 do art. 355.º concede o direito³⁵ de o trabalhador, nos 10 dias úteis³⁶ posteriores à receção da nota de culpa, deduzir defesa por escrito aos factos que nela constam, podendo juntar documentos e solicitar as diligências probatórias que sejam pertinentes para o apuramento da verdade. A ausência de resposta não tem qualquer efeito cominatório³⁷ sobre o trabalhador, já que a dedução de defesa é um direito e não um dever. Quanto a este aspeto voltarei a tecer, *adelante*, desenvolvidas considerações.

³³ Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, 28.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 473.

³⁴ A par e em simultâneo, o art. 53.º da CRP ao consagrar o direito à segurança no emprego, proíbe os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.

³⁵ Lopes, Sónia Kietzmann. «Notas Práticas sobre o Procedimento Disciplinar e a Ilicitude e Irregularidade do Despedimento Disciplinar», *PDT*, n.º 87, 2010, p. 258.

³⁶ O prazo de resposta à nota de culpa pode ser alterado por IRCT ao abrigo do n.º 2 do art. 339.º

³⁷ Macedo, Pedro de Sousa. *Op. cit.*, p. 134; Baptista, Albino Mendes. «Ideias para uma Reavaliação das Práticas e das Regras em Matéria de Procedimento Disciplinar Laboral» in *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 227; Lopes, Sónia Kietzmann. *Op. cit.*, p. 258; Marecos, Diogo Vaz. «O despedimento...» *cit.*, p. 23.

2. Regime Legal

2.1. Evolução histórica

Remontando-me à LCT constato que inexistia um artigo que regulasse especificamente a fase da instrução como a conhecemos atualmente. Rezava no n.º 3 do art. 31.º da LCT que “a sanção disciplinar não pode ser aplicada sem audiência prévia do trabalhador (...)”. Esta necessidade de audiência prévia do trabalhador implicava que a este fossem concedidas “efectivas hipóteses de defesa em face das acusações que lhe são feitas, designadamente no que refere aos direitos de examinar o processo, juntar documentos, apresentar testemunhas e requerer diligências de prova”³⁸.

Volvidos mais de 30 anos, o CT/2003 revogou a LCT de 1969, mas nem por isso trouxe consigo inovações legislativas no que respeita à instrução, sendo que a única alteração se reporta à epígrafe do artigo que a regula, que passou a denominar-se por “procedimento”, ao invés de “exercício da acção disciplinar”. Assim, o n.º 1 do art. 371.º do CT/2003 dispunha que a sanção disciplinar que fosse aplicada ao trabalhador carecia da sua prévia audiência.

A Lei 7/2009, de 12.02, reviu o CT/2003 e trouxe consigo um novo CT³⁹ que procedeu a alterações da fase instrutória do procedimento conducente ao despedimento disciplinar. O n.º 1 do art. 356.º permitia ao empregador decidir se realizava ou não as diligências probatórias requeridas na resposta à nota de culpa, tornando-a facultativa. Excepcionavam-se os casos do despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou de trabalhador em gozo de licença parental, hipóteses em que o empregador, ou instrutor por si nomeado, devia realizar as ditas diligências, a menos que as considerasse patentemente dilatórias ou impertinentes, devendo neste caso alegá-lo fundamentadamente por escrito. Regime que apenas veio a ser alterado na sequência prolação de Ac. do TC de 2010, pelas razões que a seguir explicarei.

Pelo exposto se denota que o regime anterior ao CT, na sua versão originária, se preocupava com a necessidade de audiência prévia de todo e qualquer trabalhador, mas

³⁸ Pinto, Mário/Martins, Pedro Furtado/Carvalho, António Nunes de. *Comentário às Leis do Trabalho*, Vol I, Lex, Lisboa, 1994, p. 158.

³⁹ Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado... I...* cit., p. 94, menciona que o CT/2009 se trata de um novo CT.

não previa a fase instrutória. Contudo, o legislador de 2009, no seguimento da proposta plasmada no LBRL, que será aprofundada *infra*, preocupou-se em aligeirar os procedimentos em matéria de despedimento, tendo em conta que as exigências procedimentais se apresentam penosas para as empresas e não são consideradas em sede de probatória pelos tribunais.

2.2. Da necessidade constitucional da fase da instrução

Como referi, na redação original da L 7/2009, cabia ao empregador decidir sobre a realização ou não das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador na resposta à nota de culpa. Mas se estivesse em causa o despedimento de uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, ou ainda de trabalhador no gozo de licença parental, nos termos do n.º 2 do art. 356.º, o empregador deveria realizar as diligências probatórias requeridas, a não ser que as considerasse patentemente dilatórias ou impertinentes, sempre fundamentando a sua recusa por escrito. A instrução possuía carácter facultativo⁴⁰.

O carácter facultativo da instrução surgiu no seguimento da proposta plasmada no LBRL que considerou que as soluções legislativas a adotar no regime de cessação do contrato de trabalho deviam promover a “simplificação da carga procedimental, sem pôr em causa o princípio da segurança no emprego constitucionalmente consagrado”. A Comissão do LBRL partindo do pressuposto que as diligências probatórias não tinham valor em sede judicial, considerou que impor uma fase de instrução importaria o alongamento do procedimento, com prejuízo para o próprio trabalhador que teria que suportar a iminência de um despedimento, e o empregador teria que repetir a prova em tribunal⁴¹.

Esta posição limita o direito de defesa do trabalhador, sobretudo, se a prova da factualidade exposta na resposta à nota de culpa apenas se comprovar, *v.g.*, com recurso à audição de testemunhas. Já que não se pode olvidar que a instrução visa assegurar o

⁴⁰ Quanto ao carácter facultativo da instrução, *vd* Domingos, M.^a Adelaide. «Poder e Procedimento Disciplinar: Algumas das Alterações Introduzidas pelo Código do Trabalho de 2009», p. 458-461; Fialho, Manuela Bento. «Poder e Procedimento Disciplinar. As novidades do Código», p. 412; Morais, Domingos José de. «O Poder e o Procedimento Disciplinar», p. 400-404; Pinto, M.^a José Costa. *Op cit.*, p. 436-442, todos in *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; Marecos, Diogo Vaz. «As Alterações do Código do Trabalho Revisto ao Procedimento Disciplinar», *RDES*, n.º 1-2, Ano L (XXIII da 2.^a Série), 2009, p. 169-171; Fernandes, António Monteiro. *Direito... cit.*, p. 542.

⁴¹ LBRL, p. 109-110.

direito de defesa do trabalhador e a “recolha dos elementos de prova necessários para o esclarecimento da verdade”⁴². Só com a recolha das diversas provas se atestam os factos imputados ao trabalhador ou, por seu turno, se comprova a sua inocência⁴³.

A jurisprudência do TC não tardou a aferir que a norma do n.º 1 do art. 356.º, então em vigor, violava o direito de defesa do trabalhador, pelo que no seu Ac. n.º 338/2010, de 22.09, declarou-a inconstitucional com força obrigatória geral.

O TC considerou que a versão originária do supracitado artigo violava “as garantias de defesa aplicáveis a qualquer processo sancionatório, à luz do art. 32.º, n.º 10 da Constituição da República Portuguesa (...) Além disso, da garantia e segurança no emprego, prevista no artigo 53.º da Constituição, decorre que o despedimento deve satisfazer exigências procedimentais”⁴⁴.

A decisão do TC contou com quatro votos vencidos. Para o juiz conselheiro Gil Galvão, a resolução do contrato de trabalho não é considerada uma sanção e, como tal, não está sujeita ao processo sancionatório do n.º 10 do art. 32.º da CRP; para M.ª Lúcia Amaral e Pamplona Oliveira, a norma do n.º 1 do art. 356.º não ofende nem o n.º 10 do art. 32.º da CRP nem o seu art. 53.º; acrescenta a juíza conselheira que a aplicação do referido preceito ao procedimento disciplinar assenta numa “equiparação entre o estatuto do trabalhador alvo do processo disciplinar e o estatuto do «arguido» para a qual não se antevê fundamento”; já para o juiz conselheiro Rui Moura Ramos, a CRP não exige que as diligências instrutórias requeridas pelo trabalhador não possam ser rejeitadas pelo empregador. Acrescenta que a salvaguarda constitucional do trabalhador ao nível do procedimento disciplinar reside na resposta à nota de culpa e na necessidade de o empregador fundamentar a decisão de despedimento, bem como pelo facto de o

⁴² Lambelho, Ana/Gonçalves, Luísa Andias. *Manual de Direito do Trabalho, Da Teoria à Prática*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 405.

⁴³ Lambelho, Ana/Gonçalves, Luísa Andias. *Poder... cit.*, p. 96.

⁴⁴ Sobre o aresto do TC *vd* Sónia Kietzmann. *Op. cit.*, p. 258-260; Fernandes, Francisco Liberal. «O Acórdão n.º 338/2010 do Tribunal Constitucional: a instrução em processo disciplinar laboral e a adaptabilidade grupal», *QL*, Ano XVIII, 2011, p. 211-221; Marecos, Diogo Vaz. *Código do Trabalho Anotado*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 831; Martínez, Pedro Romano. «Anotação ao art. 356.º», in AAVV. *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 757-758; Amado, João Leal. *Op. cit.*, p. 382-383; Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 447, n. 590; Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 983-985; Xavier, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª Ed., Verbo, Lisboa, 2014, p. 811-813; Quintas, Paula/Quintas, Hélder. *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 144-145.

trabalhador a poder impugnar judicialmente e aí requerer as diligências probatórias que desejar. Considera, assim, que o n.º 1 do art. 356.º não viola qualquer norma da CRP.

Na doutrina, Rosário Palma Ramalho, embora adira à argumentação do TC, considera a decisão excessiva, já que da “natureza sancionatória do poder disciplinar laboral não decorre automaticamente que a fase instrutória do processo seja imprescindível ao exercício daquelas garantias constitucionais dado o carácter privado deste processo”. Embora a Autora adira à extensão das garantias previstas no n.º 10 do art. 32.º da CRP ao procedimento disciplinar laboral, entende que aquela se deve moldar à especificidade do processo em causa, conjugando-se a natureza privada e sancionatória do processo, visto que o empregador é simultaneamente vítima da infração disciplinar e “juiz”. Crê que a dispensa da instrução em nada faz perigar o princípio da segurança no emprego, facilitando o despedimento, já que tal princípio está relacionado com o fundamento substancial do despedimento – a justa causa – e não com a tramitação procedimental do mesmo⁴⁵. Por seu turno, Furtado Martins entende que o legislador caminhava no bom sentido ao considerar o carácter facultativo da instrução, pois esta não serve para comprovar os fundamentos invocados pelo empregador; não serve para inverter o ónus da prova da justa causa em caso de impugnação do despedimento; nem tão pouco para dispensar a posição processual do empregador que terá que realizar novamente todas as diligências instrutórias, caso já tenham tido lugar em sede de procedimento disciplinar. Por isso discorda da posição do TC, sufragando os argumentos vertidos nos votos de vencido proferidos por M.ª Lúcia Amaral e Rui Moura Ramos, nomeadamente, porque o n.º 10 do art. 32.º da CRP não tem que abarcar processos de natureza privada⁴⁶.

A posição acolhida pelo TC, segundo penso, é de louvar. Considero que é pelo facto de o procedimento disciplinar laboral possuir natureza privada, no qual o empregador reúne as características de vítima e de julgador, que o trabalhador deve ter todas as garantias de defesa possíveis, já que é a parte mais frágil da relação laboral. Há ainda quem vá mais longe, como João Vilas Boas de Sousa para quem as garantias de defesa e de imparcialidade aumentariam se se consagrasse a necessidade de instrução

⁴⁵ *Tratado... II... cit.*, p. 984-985.

⁴⁶ Martins, Pedro Furtado. *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.ª Ed., Principia, Cascais, 2012, p. 183-186.

prévia à comunicação da nota de culpa, devendo o trabalhador conhecer o seu início⁴⁷. Não vislumbro interesse prático em implementar uma instrução prévia.

Com o referido Ac. o legislador foi obrigado a dar uma nova redação ao art. 356.º, tornando a instrução obrigatória para todo e qualquer trabalhador, associando sua omissão à mera irregularidade do despedimento (n.º 2 do art. 389.º)⁴⁸.

Com a declaração de inconstitucionalidade surge a questão de saber como seria preenchido o vazio legal deixado pela declaração de inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 356.º Segundo o disposto no n.º 1 do art. 282.º da CRP, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral determina a repristinação⁴⁹ das normas que a norma declarada inconstitucional revogou; *in casu*, ocorreria a repristinação da norma do n.º 1 do art. 414.º CT/2003. Posição assumida por Ana Lambelho e Luísa Andias que embora refiram que o art. 414.º do CT/2003 foi revogado pelo art. 12.º, n.º 1, da L n.º 7/2009, da conjugação do n.º 5 do art.º 12.º da L 7/2009 com o n.º 1 do art. 14.º da dita lei se permite estabelecer uma correlação direta entre a revogação do art. 414.º CT/2003 e a entrada em vigor do art. 356.º, podendo afirmar-se que, quanto à matéria em discussão, é a entrada em vigor do segundo que provoca a efetiva regoção do primeiro⁵⁰.

Mas Sónia Kietzmann refere que a norma declarada inconstitucional “*não revogou qualquer norma*”, pelo que a repristinação seria inviabilizada. Para a autora, uma das soluções seria a integração da lacuna deixada pela declaração de inconstitucionalidade com recurso às normas do CT na sua primeira versão, observando-se nessa tarefa o entendimento professado pelo TC. Dessa forma, ocorreria a supressão da referência às trabalhadoras grávidas e afins na primeira parte do n.º 2 do

⁴⁷ Sousa, João Vilas Boas. *O procedimento disciplinar para aplicação de sanções conservatórias: doutrina, jurisprudência, minutas, quadros*, Vida Económica, Porto, 2014, p. 49.

⁴⁸ Sanção menor tendo em conta a decisão do TC quanto à obrigatoriedade da instrução. Pronunciando-se sobre a “irrelevância invalidatória do despedimento” *vd* Vasconcelos, Joana. «Procedimento para despedimento por facto imputável ao trabalhador», *RDES*, n.º 1-2, Ano LIII (XXVI da 2.ª Série), 2012, p. 169-171.

⁴⁹Sobre a figura da repristinação *vd* Miranda, Jorge/Medeiros, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 826-832.

⁵⁰ *Poder... cit.*, p. 98.

art. 356.º do CT na sua versão originária, de modo a que este artigo abranja todo e qualquer tipo de trabalhador⁵¹.

Para Bernardo Lobo Xavier com a declaração de inconstitucionalidade do n.º 1 do art. 356.º o “sistema ficou pouco equilibrado e tinha que ser lido em consequência, estendendo a todos os casos a obrigatoriedade da instrução (...). Do mesmo modo, havia que generalizar as consequências específicas da chamada «irregularidade» resultante da omissão das diligências probatórias (...)”⁵².

2.3. Os prazos do procedimento conducente ao despedimento disciplinar

O direito a exercer o poder disciplinar prescreve⁵³ um ano após o cometimento da infração ou no prazo de prescrição da lei penal, se o facto consubstanciar igualmente crime (n.º 1 do art. 329.º). Este prazo conta-se a partir do momento em que os factos ocorreram, independentemente do conhecimento ou não por parte do empregador⁵⁴.

Nos termos do n.º 2 do art. 329.º, o procedimento disciplinar deve iniciar-se nos 60 dias após o conhecimento da infração pelo empregador ou superior hierárquico com competência disciplinar. Para a contagem deste prazo importa a identificação do autor da infração, não bastando o conhecimento daquela⁵⁵. Se o empregador não conhecer totalmente os factos necessários para fundamentar a nota de culpa, ou se desconhecer o autor dos mesmos poderá lançar mão do procedimento prévio de inquérito (art. 352.º) figura que *infra* se apresentará.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 259-260. Nesse sentido, Vasconcelos, Joana. *Op. cit.*, p. 166 e Martins, Pedro Furtado. *Op. cit.*, p. 221 para quem a solução passaria pelo alargamento do campo de aplicação do n.º 2 do art. 356.º CT vigente.

⁵² Xavier, Bernardo da Gama Lobo. *Manual... cit.*, p. 812.

⁵³ Nos termos do n.º 1 do art. 298.º do CC estão sujeitos a prescrição, pelo não exercício durante o lapso de tempo fixado na lei, os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição.

⁵⁴ Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 764.

⁵⁵ Ac. STJ 12.09.2007.

Quando os factos constituem uma violação continuada dos deveres do trabalhador, é pacífico que os prazos supra mencionados só começam a correr quando “se verifica a prática do último facto”⁵⁶.

No direito comparado é possível aferir a existência de uma certa uniformização quanto aos prazos do procedimento disciplinar, pois em França o procedimento deve iniciar-se dois meses a partir do momento em que o empregador tem conhecimento da infração disciplinar, a menos que esta se trate igualmente de uma infracção criminal (art. L1332-4 do *Code du Travail*). Diferentemente, o *ET* prevê, no art. 60.2, os prazos, que classifica de prescrição, para que o empregador possa sancionar o trabalhador. Assim, o legislador espanhol distingue a prescrição curta⁵⁷, cujo prazo depende da gravidade da infração cometida e que se conta desde o momento em que o empregador teve conhecimento da prática da infração e que corresponde ao nosso n.º 2 do art. 329.º; e a prescrição longa, que se assemelha ao n.º 1 do art. 329.º, que corre independentemente do empregador conhecer ou não a infração, prescrevendo, volvidos seis meses sobre o cometimento da infração⁵⁸. Prescrição que se interrompe com o início do expediente contraditório ou quando prevista na lei⁵⁹.

Ora, o legislador gaulês permite que o prazo possa ser alterado por CCT ou regulamento interno desde que em sentido mais favorável para o trabalhador⁶⁰. Posição partilhada pelo legislador espanhol, que permite que os aludidos prazos prescricionais possam ser ampliados por convenção colectiva⁶¹. Por cá, não há uma norma expressa nesse sentido e o legislador apenas previu a possibilidade de alteração dos prazos por IRCT, nomeadamente para apresentação da resposta à nota de culpa (n.º 2 do art. 339.º) mas não dos prazos de caducidade ou prescrição do procedimento disciplinar, pelo que *a contrario sensu* considero que estes não poderão ser alterados por IRCT.

⁵⁶ Nunes, Joaquim Pintado/ Aguiar, Luísa. *Guia Prático do Processo Disciplinar*, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 41 e Pinto, Nuno Abranches. *Op cit.*, p. 126.

⁵⁷ As infrações leves prescrevem no prazo de 10 dias, as graves ao final de 20 e as muito graves no prazo de 60 dias (art. 60.2 do ET).

⁵⁸ Sousa, João Vilas Boas. *Op. cit.*, p. 72 n. 124.

⁵⁹ Martín Valverde, Antonio/ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín/ García Murcia, Joaquín. *Derecho del Trabajo*, 23ª Ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 793.

⁶⁰ Pélissier, Jean. *Op. cit.*, p. 758 n. 4.

⁶¹ AAVV. *Estatuto... cit.*, p. 1407.

A natureza do prazo previsto no n.º 2 do art. 329.º dividiu a doutrina. Parte desta considera-o como um prazo de caducidade⁶² e uma vertente minoritária como de prescrição⁶³. Os que defendem o prazo como sendo de caducidade⁶⁴ advogam, não só o silêncio da lei, como também o facto de já na legislação anterior ao CT, o STJ ter, no seu AUJ n.º 4/03, de 21.05, considerado tratar-se de um prazo de caducidade, de conhecimento não oficioso, por entender que o prazo de exercício do direito disciplinar laboral é inderrogavelmente fixado por lei, acrescentando que à ação disciplinar, enquanto “expressão concreta do poder disciplinar da entidade patronal, corresponde um direito (...) a caducidade desse direito está estabelecida em matéria não excluída de disponibilidade das partes.”

Para Rosário Palma Ramalho trata-se de uma caducidade atípica, uma vez que “a lei contempla a possibilidade de interrupção do prazo em algumas situações (...)”⁶⁵. Mas Monteiro Fernandes não tem dúvidas de que se trata de um prazo de caducidade, já que “assenta na ideia de que a maior ou menor lentidão no desencadeamento do processo disciplinar exprime o grau de relevância atribuído pelo empregador à conduta (...) infractora” e a circunstância de o procedimento não se iniciar nesse mesmo prazo constitui a “presunção *iuris et de iure* de irrelevância disciplinar”⁶⁶. Por seu turno, Nuno Abranches Pinto, entre outros argumentos que por economia não poderei por ora expor, entende que se trata de um prazo de prescrição “porque sendo paritário o tratamento dado a ambos os prazos, nomeadamente no que refere ao motivo da interrupção”, não parece defensável que ambas as figuras possuam um regime distinto⁶⁷.

⁶² Marecos, Diogo Vaz. «As alterações...» *cit.*, p. 157-158 n. 11; Lopes, Sónia Kietzmann. *Op. cit.*, p. 256; Pinto, Maria José Costa. *Op. cit.*, p. 428; Martins, Pedro Furtado. *Op. cit.*, p. 188; Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 764.

⁶³ Macedo, Pedro de Sousa. *Op. cit.*, p. 113-116; Neto, Abílio. *Processo Disciplinar e Despedimentos – Jurisprudência e Doutrina*, Ediforum, Lisboa, 2004, p. 24.

⁶⁴ Nos termos do n.º 2 do art. 298.º CC, a caducidade de um direito ocorre quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo e a lei não se refira expressamente à prescrição.

⁶⁵ Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 764.

⁶⁶ *Direito... cit.*, p. 250.

⁶⁷ Pinto, Nuno Abranches. *Op. cit.*, p. 120.

O objetivo destes prazos é “garantir uma certa estabilidade psicológica do trabalhador, bem como a segurança jurídica que a todos deve ser reconhecida com a necessidade de efectividade da punição ou sanção”⁶⁸.

A lei determina que os prazos previstos nos nrs. 1 e 2 do art. 329.º se interrompem com o processo prévio de inquérito⁶⁹ e com a notificação da nota de culpa (352.º e n.º 3 do art. 353.º). O legislador fugiu assim à regra de que os prazos de caducidade, uma vez iniciados, não se interrompem, como acontece com a prescrição⁷⁰. Assim sendo, a contagem dos prazos dos nrs. 1 e 2 do art. 329.º pode ser interrompida pela instauração do processo prévio de inquérito ou pela notificação da nota de culpa, atos que inutilizam todo o prazo até então decorrido, começando a correr, em princípio, novo prazo a partir do ato interruptivo.

Grande parte da jurisprudência com que me deparei afirma que o ónus da prova do decurso dos aludidos prazos, ao abrigo do n.º 1 do art. 342.º do CC, cabe ao trabalhador “uma vez que, no contexto da acção de impugnação de despedimento, a caducidade do procedimento disciplinar é um facto constitutivo da ilicitude do despedimento invocada pelo autor (...)”⁷¹. Não obstante, o TRE já considerou que o ónus de provar a data em que o empregador teve conhecimento dos factos em causa é deste e não do trabalhador. Já que aquele, melhor do que ninguém, está em “condições de provar em juízo quando se deu tal conhecimento”⁷². Posição que igualmente sufrago.

2.4. Da duração da fase instrutória

O CT não prevê qualquer limite temporal para a conclusão da instrução, nem para o início das diligências instrutórias. Mas o n.º 3 do art. 329.º fixa o prazo para a

⁶⁸ Silva, Maria Manuela Maia da. «O Tempo no Processo Disciplinar – Alguns Aspectos Críticos», in *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 204.

⁶⁹ Desde que cumulativamente o processo de inquérito ocorra nos 30 dias seguintes à suspeita dos comportamentos irregulares, o procedimento seja conduzido de forma diligente e a nota de culpa seja notificada até 30 dias após a conclusão do mesmo (art. 352.º).

⁷⁰ Sobre a interrupção da prescrição *vd* Fernandes, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil – Fontes, Conteúdo, e Garantia da Relação Jurídica*, Vol II, 5.ª Ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 700-703.

⁷¹ V.g. Ac. STJ 13.01.2010.

⁷² Ac. TRE 26.06.2007.

conclusão do procedimento disciplinar em um ano contado desde a instauração até à notificação da decisão final, sob pena de prescrição do mesmo.

Este prazo não é interrompido pela instauração do procedimento prévio de inquérito, nem pela notificação da nota de culpa de acordo com o art. 352.º e n.º 3 do art. 353.º

Esta norma constitui uma novidade do CT e pretende evitar o prolongamento excessivo do processo⁷³ e a ideia de uma punição indeterminada⁷⁴. Tal prazo importa que todo o procedimento disciplinar, incluindo necessariamente a instrução, não possa prolongar-se por mais de um ano. Ainda assim, o prazo de um ano é considerado por Nuno Abranches Pinto como “excessivo caso não seja justificado pela complexidade concreta das diligências que devem ser levadas a cabo”⁷⁵.

Mas poder-se-á ir mais longe e, de acordo com o princípio da celeridade ínsito ao procedimento disciplinar, considerar que o direito a aplicar a sanção do despedimento caduca quando não há nos 30 dias subsequentes à receção da resposta à nota de culpa início das diligências instrutórias requeridas pelo trabalhador, ou qualquer outra diligências levada a cabo pelo empregador, sem que para tal haja justificação, por aplicação analógica do prazo de 30 dias para que o empregador profira uma decisão.

No sentido da aplicação analógica do prazo referenciado pronunciou-se o TRP – único com o qual me deparei – argumentando que, se o empregador dispõe de 30 dias para ponderar a decisão final do procedimento, como *infra* se verá, por maioria de razão, não deverá dispor de prazo superior para iniciar as diligências probatórias, requeridas pelo trabalhador ou realizadas por sua iniciativa⁷⁶.

A duração da fase instrutória deve assim pautar-se pelos princípios da celeridade processual e da boa fé⁷⁷.

⁷³ Marecos, Diogo Vaz. «As Alterações...» *cit.*, p. 158-162.

⁷⁴ Marecos, Diogo Vaz. *Prática e Procedimento do Processo Disciplinar – Do Mero Instrutor ao Advogado-Instrutor*, 2.ª Ed., Cascais, Princípia, 2011, p. 26.

⁷⁵ *Op cit.*, p. 121.

⁷⁶ Ac. TRP 05.03.2012.

⁷⁷ Castro, Inês Albuquerque E. «A Repercussão do tempo no Procedimento Disciplinar – Da Prescrição, Caducidade, Duração da Instrução e Inobservância do Prazo de Decisão», in *EIDT*, Vol III, Almedina, Coimbra, p. 526-527; Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 986; Martínez, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 6.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 644.

2.5. Participação das ERCT

Produzida a prova testemunhal e findas as diligências instrutórias, o empregador tem que apresentar cópia integral do processo à comissão de trabalhadores e, caso o trabalhador seja representante sindical, à associação respetiva, que dispõe do prazo de cinco dias úteis⁷⁸ para juntar o seu parecer fundamentado (n.º 5 do art. 356.º). O parecer é dispensado⁷⁹ caso a empregadora se trate de microempresa⁸⁰ (n.º 1 do art. 358.º).

O CT, na sua primeira versão, veio admitir que o trabalhador possa, nos termos do n.º 6, nos três dias úteis posteriores à receção da nota de culpa, comunicar ao empregador que o parecer sobre o processo é emitido por determinada associação sindical e, como tal, já não é remetida a cópia referida no n.º 5. Contudo, como alerta Catarina Carvalho, o legislador deveria, no art. 358.º, ter igualmente isentado o microempregador das formalidades previstas no n.º 6 do art. 356.º e não apenas do seu n.º 5, uma vez que o n.º 6 prevê uma alternativa ao n.º 5⁸¹. Não tendo o legislador dispensado a formalidade alternativa prevista no n.º 6, mas considerando que o procedimento disciplinar nas microempresas se pretende mais simplificado entendo que o trabalhador representante sindical não poderá recorrer à prerrogativa legal nele prevista.

A violação do disposto nos nrs. 1, 5 e 6 do art. 356.º constitui, nos termos do n.º 7, contraordenação⁸² grave, ou muito grave no caso de o trabalhador ser representante sindical⁸³. A circunstância de o legislador ter cominado a violação do n.º 5 do art. 356.º com uma contraordenação muito grave justifica-se pelo facto de a atividade sindical se caracterizar “pela defesa e promoção dos interesses sócio-profissionais dos trabalhadores associados, em contraposição aos interesses dos empregadores, os trabalhadores que no interesses colectivo, encarnam essas funções, ficam mais expostos

⁷⁸ Quanto à contagem do prazo valem as regras que *infra* se indicarão.

⁷⁹ A simplificação do procedimento disciplinar nas microempresas deve-se ao facto destas entidades terem um menor acesso ao apoio jurídico e consequentes dificuldades no cumprimento das formalidades legais, *vd* Carvalho, Catarina. *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 370.

⁸⁰ Aquela que emprega menos de 10 trabalhadores (n.º 1 do art. 100.º).

⁸¹ Carvalho, Catarina Oliveira. *Op cit.*, p. 372.

⁸² O regime das contraordenações laborais encontra-se consagrado nos arts. 548.º a 566.º, bem como na L 107/2009, de 14.09, que estabelece o regime processual aplicável às contraordenações laborais e de segurança social.

⁸³ Seja ele delegado sindical, membro de direção de associações sindicais ou qualquer outro representante sindical.

a represálias e perseguições”, daí “esta especial protecção de que gozam” estes representantes sindicais⁸⁴.

Em alguns dos nossos congéneres europeus, as ERCT possuem um peso maior no procedimento disciplinar, senão veja-se, conforme *supra* aduzido, o legislador espanhol. Procedimentalmente⁸⁵, o empregador comunica por escrito ao trabalhador, através da *carta del despido*, os factos que motivam o despedimento e a data em que o despedimento produz efeito (art. 55.1 do *ET*), permitindo o legislador que a contratação coletiva estabeleça outras exigências de forma para além das previstas no *ET*, nomeadamente a criação de um expediente contraditório.

Em Itália, o art. 7 do *SL* estatui que o empregador deve notificar, por escrito, o trabalhador da acusação contra si formulada, impondo que não pode ser adotada qualquer medida disciplinar sem que previamente o trabalhador seja ouvido⁸⁶, podendo ser assistido por representante de associação sindical a que pertença ou a quem tenha conferido mandato (art. 7 n.º 3 do *SL*)⁸⁷. Contudo, creio que uma defesa verbal poderá não ser segura o suficiente para o trabalhador se não for registado em ata o seu conteúdo. Se, porventura, vier a ser aplicada a sanção disciplinar, o trabalhador pode, nos 20 dias subsequentes, impugná-la no âmbito de um processo arbitral que esteja eventualmente previsto em CCT, por meio da associação sindical a que pertença ou a quem tenha conferido mandato (art. 7 n.º 6 do *SL*).

Por seu turno, o legislador gaulês considera que, quando a infração disciplinar determinar o despedimento do trabalhador, o empregador tem de o convocar por escrito ou mediante remessa de carta registada, para aquilo que denomina de entrevista e que ocorre nos cinco dias úteis a contar da sua receção (art. L1232-2 do *Code du Travail*). Nesta comunicação é indicada a possibilidade de o trabalhador se poder fazer assistir por membro da ERCT que exista na empresa ou, inexistindo na empresa ERCT, por pessoa por si escolhida mas que pertença ao quadro de pessoal da empresa, ou ainda por um *conseiller du salarié* (art. L1232-4 do *Code du Travail*) escolhido de entre uma lista

⁸⁴ Ac. TRL 23.11.2005 que se pronuncia sobre o protecção dos delegados sindicais no âmbito do despedimento disciplinar.

⁸⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o procedimento disciplinar em espanha, *vd AAVV. Extinción... cit.*, p. 373-383.

⁸⁶ O empregador tem o ónus de ouvir a defesa do trabalhador, AAVV. *Trattato di diritto del lavoro*. Vol IV, Tomo I, Cedam, Pádua, 2012, p. 859.

⁸⁷ Nicolini, Giovanni. *Compendio di Diritto del Lavoro*, 2.ª Ed., Cedam, Padova, 2007, p. 349.

disponibilizada pela autoridade administrativa (art. L1232-7 do *Code du Travail*). O instituto do *conseiller du salarié*, criado em 1991, permitiu que, nas empresas de menor dimensão, nas quais inexistem mecanismos de representação coletiva, fosse assegurado o direito a assistência aos seus trabalhadores, v.g., em caso de despedimento disciplinar⁸⁸. O seu papel resume-se em atribuir assistência técnica, restrita à matéria do despedimento, constituindo um verdadeiro meio de aceder a um saber jurídico mínimo, ao detalhar e explicando as várias fases do processo e ao tentar avaliar os elementos favoráveis à defesa do trabalhador⁸⁹. Este instituto complicou o processo de despedimento nas empresas de menor dimensão, tornando-o mais moroso e dispendioso⁹⁰ para o empregador, pois, apesar do reembolso que este obterá do Estado (art. L1232-11 do *Code du Travail*), terá que suportar, à cabeça, todos os custos provenientes do exercício das funções do *conseiller*. A figura não deixou de suscitar críticas, primeiramente pelo seu carácter individual, já que apenas permite ao trabalhador garantir maior paridade junto do seu empregador, considerando a pouca probabilidade de criação de ERCT nas empresas de menor dimensão e, posteriormente, porque representa um caminho encapotado para a difícil conquista de um direito de natureza coletiva nas PME⁹¹. Considero que esta figura, pelo interesse prático que desempenha na defesa dos direitos dos trabalhadores, poderia ser adotada pelo nosso legislador.

3. Da obrigatoriedade de envio ao trabalhador da nomeação de instrutor conjuntamente com o envio da nota de culpa

Em nenhum artigo do CT o legislador se reportou à necessidade de enviar ao trabalhador a nomeação de instrutor, para que este pudesse atestar a legitimidade do instrutor nomeado, competiu, *in casu*, à jurisprudência trilhar a solução a adotar.

Com efeito, o poder disciplinar pertence exclusivamente ao empregador (art. 98.º), mas o seu exercício pode ser delegado em terceira pessoa. O empregador pode conferir poderes de representação específicos, mediante a outorga de procuração, a um

⁸⁸ Carvalho, Catarina. *Op cit.*, p. 534, 621.

⁸⁹ Roche, Ludovic. «Le conseiller du salarié: une institution complexe», *DS*, n.º 1, 1994, p. 16.

⁹⁰ Carvalho, Catarina. *Op cit.*, p. 622.

⁹¹ Roche, Ludovic. *Op. cit.*, p. 10-11; Carvalho, Catarina. *Op cit.*, p. 623.

advogado, para que proceda à condução de todo o procedimento disciplinar, agindo este em nome alheio nos termos do n.º 2 do art. 1178.º CC. Mas mandato e procuração não se confundem. O mandato é a relação contratual pela qual uma das partes se obriga a prática, por conta da outra, de um ou mais actos jurídicos (art. 1157.º CC). A procuração “é o ato pelo qual o representado se vincula, em face de pessoa determinada ou do público, a receber e suportar na sua esfera jurídica os efeitos dos negócios que em seu nome realizar o procurador, nos limites objetivamente assinalados e, ao mesmo tempo, adquire direito a haver por seus, diretamente, esses negócios (...)”⁹².

O empregador que delegue o exercício do poder disciplinar, através da nomeação de instrutor, não tem que o efetuar por escrito ou fazer constar de qualquer documento público ou particular, já que a lei não exige para o contrato de mandato, em geral, a forma escrita. “A lei não exige forma especial para o mandato judicial que terá que ser conferido por um dos meios previstos no art. 35.º do Cód. Proc. Civil⁹³ mas o processo disciplinar não é um processo judicial pelo que o mandato conferido ao instrutor não tem que obedecer ao formalismo previsto no citado preceito”⁹⁴. Contrariamente, o TRE considerou que, tratando-se de sociedade comercial, a nomeação de instrutor deve ocorrer por procuração com referência específica aos atos que o instrutor pode praticar, nomeadamente, a prolação da decisão⁹⁵. Vaz Marecos, considerando o n.º 2 do art. 262.º do CC, entende que quando o procedimento visa o despedimento o mandato deve ser reduzido a escrito. Se assim não for, e houver despedimento, o mesmo é ineficaz, a não ser que o empregador o ratifique⁹⁶.

Cotejados os argumentos, admito que a nomeação de instrutor não tem que ser reduzida a escrito e, por maioria de razão, considero inexistir a obrigação de a remeter com a nota de culpa. Mas, mesmo que assim não se considere e que se entenda que a nomeação de instrutor tem de ser reduzida a escrito, creio que o documento não tem que ser remetido com a nota de culpa; o trabalhador pode na consulta que efetue, nos termos do n.º 1 do art. 355.º, atestar os poderes de representação do instrutor. E caso não o

⁹² Ac. TRP de 19.12.2012, *CJ*, n.º 241, www.colectaneadejurisprudencia.com.

⁹³ Atual art. 43.º do CPC.

⁹⁴ Ac. TRL 17.10.2012.

⁹⁵ Ac. TRE 06.09.2011.

⁹⁶ Marecos, Diogo Vaz. «O despedimento...» *cit.*, p. 15-16.

consulte, pode a todo o tempo solicitar ao instrutor que comprove os seus poderes nos termos do n.º 1 do art. 260.º CC⁹⁷.

Em todo o caso, o n.º 1 do art. 356.º admite que o empregador mandate instrutor para a condução dos atos instrutórios, nomeadamente, para redigir todas as peças, incluindo a decisão final, mas não pode assinar nenhum destes documentos.

4. O direito de assistência do trabalhador

4.1. Considerações introdutórias

A falta de disposição legal a impor que o instrutor permita que o mandatário do trabalhador consulte o procedimento disciplinar, e qual a abrangência dessa mesma consulta, ou que esteja presente e participe nas diligências instrutórias requeridas pelo trabalhador, culmina numa controvérsia jurídica.

Contrariamente, a sagacidade dos legisladores italiano e francês permitiu que, nos respetivos ordenamentos jurídicos, a legislação vigente tutelasse, em determinadas situações, o direito de assistência conferido ao trabalhador⁹⁸.

4.2. Consulta do procedimento disciplinar

Recebida a nota de culpa, o trabalhador dispõe de 10 dias para consultar o procedimento disciplinar, apresentar a sua defesa e requerer a realização de diligências instrutórias (n.º 1 do 355.º). Vaz Marecos considera que o empregador ou o instrutor podem prorrogar o prazo de consulta por aplicação subsidiária do n.º 6 do art. 107.º do CPP⁹⁹.

Quanto à contagem do prazo, aplicam-se aqui as regras estabelecidas na lei civil, pois não se trata de nenhum ato que tenha que ser praticado em juízo e inexistente qualquer norma a impor a contagem do prazo de outra forma. É este o entendimento professado

⁹⁷ Ac. TRP 19.12.2012, CJ, n.º 241, www.colectaneadejurisprudencia.com.

⁹⁸ *Supra* ponto 2.5.

⁹⁹ «O despedimento...» *cit.*, p. 22.

pela jurisprudência com que me deparei¹⁰⁰. Assim, na contagem do prazo não se inclui o dia da receção da nota de culpa (al. b) do art. 279.º CC); o prazo a contar de certa data termina às 24 horas do dia que a corresponda (al. c) do art. 279.º CC); se o prazo de resposta terminar a um dia não útil, segundo o entendimento jurisprudencial, transfere-se para o útil seguinte. Se o último dia do prazo for um sábado, vária jurisprudência, por identidade de razão aplica a solução da al. e) *in fine*, do art. 279.º do CC, transferindo o termo do prazo para o primeiro dia útil seguinte¹⁰¹.

Nenhum artigo do CT refere à possibilidade de o trabalhador poder estar acompanhado por advogado ao longo do procedimento ou que este pode assistir à realização das diligências instrutórias.

Ora, quanto à consulta do procedimento disciplinar por advogado a doutrina admite-a unanimemente, não tecendo quaisquer considerações no que respeita à sua aceitação¹⁰². Contudo, Vaz Marecos acrescenta que a consulta do procedimento disciplinar é um direito abrangido pelo direito de audiência e defesa decorrente dos DLG (n.º 10 do art. 32.º CRP). Competindo ao trabalhador aferir, mediante a factualidade vertida na nota de culpa, se tem necessidade, ou não, de proceder à consulta do processo, devendo o empregador facultá-lo após essa solicitação¹⁰³. A doutrina italiana aventa que o empregador apenas é obrigado a facultar a documentação quando a mesma é necessária para permitir a defesa¹⁰⁴.

Violado o direito de consulta o procedimento é inválido nos termos da al. c) do n.º 2 do art. 382.º Consubstanciando contraordenação grave, ou muito grave, no caso de o trabalhador despedido ser representante sindical (n.º 2 do art. 355.º).

¹⁰⁰ Ac. TRE 04.04.2000, *BMJ*, 496.º- 317.

¹⁰¹ Ac. STJ 12.07.2001, *AD*, 485.º-709 e Carvalho, Catarina. «Anotação ao art. 279.º», in AAVV. *Comentário ao Código do Trabalho – Parte Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 689.

¹⁰² Neto, Abílio. *Processo... cit.*, p. 282, n. 3; Gomes, Júlio. *Op. cit.*, p. 1005; Lambelho, Ana/Gonçalves, Luísa Andias. *Poder... cit.*, p. 92; Neto, Abílio. *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 4.ª Ed., 2013, p. 916, ponto 3; Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 981.

¹⁰³ «O despedimento...» *cit.*, p. 20.

¹⁰⁴ AAVV. *Trattato... cit.*, p. 884.

4.3. Permissão ou exclusão de consulta ao processo prévio de inquérito

Valendo as considerações já tecidas sobre o inquérito prévio, cumpre referir que este não possui prazo definido para a sua duração, mas tem que ocorrer nos 30 dias seguintes à suspeita de comportamentos irregulares, deve ser conduzido de forma diligente e a nota de culpa deve ser notificada ao trabalhador até 30 dias após a sua conclusão. Como *supra* aduzido, suspende os prazos de prescrição e de caducidade previstos nos nrs. 1 e 2 do art. 329.º, tendo, contudo, que ter em consideração o prazo de um ano previsto no n.º 3.

Existindo este processo prévio de inquérito, levanta-se a questão de se saber se o trabalhador, quando consulta o procedimento disciplinar, pode igualmente consultar o processo prévio de inquérito.

Vaz Marecos refere que o trabalhador terá um tratamento mais justo e imparcial se lhe for permitida a “consulta de tudo o que foi apurado no procedimento prévio de inquérito”¹⁰⁵. Outros autores apenas admitem a consulta ao processo prévio de inquérito quando este exista como “processo autónomo não tendo sido extraídos os elementos relevantes no que respeita à caracterização da infracção ou infractor”¹⁰⁶. Para Furtado Martins só é obrigatória a consulta do que estiver junto ao processo¹⁰⁷. Como tal, se o inquérito prévio não existir em processo autónomo, mas estiver anexo ao procedimento disciplinar, a consulta será de admitir.

No extremo oposto, encontramos os autores que refutam tal consulta por considerarem que se trata de processos com natureza distinta e, se o legislador quisesse admitir tal consulta, tê-lo-ia referido inequivocamente¹⁰⁸. Para Rosário Palma Ramalho, o processo de inquérito é um processo interno à empresa, usado quando o empregador tem dúvidas sobre a instauração do procedimento disciplinar ou quando o processo está numa fase de recolha de prova dos factos imputáveis ao trabalhador e, por estes motivos, deve “manter-se reservado”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ *Prática... cit.*, p. 32.

¹⁰⁶ Nunes, Joaquim Pintado/ Aguiar, Luísa. *Op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁸ Neto, Abílio. *Novo... cit.*, p. 916, ponto 3.

¹⁰⁹ *Tratado... II ... cit.*, p. 981.

Concordo com a recusa da consulta do processo prévio de inquérito, não só pelos argumentos expendidos, mas ainda porque aquela não viola o princípio do contraditório, já que a nota de culpa é (ou deverá ser) o reflexo do que naquele foi apurado.

4.4. Presença de advogado nas diligências instrutórias

Quanto à presença do advogado do trabalhador nas diligências instrutórias, a divisão permanece.

Como refere Albino Mendes Baptista, na prática, surgem casos em que empregador ou instrutor por si nomeado respeitam o princípio do contraditório, ao permitir que o advogado do trabalhador esteja presente e participe ativamente na inquirição das testemunhas. Mas há sempre empregadores que conduzem o procedimento disciplinar de forma “sobranceira e prepotente, que cumprem apenas e contrafeitas uma (lamentável) exigência legal”¹¹⁰.

Apesar de cada vez mais inequívoca aproximação entre o emprego privado e o emprego público, quanto a esta matéria, o entendimento jurisprudencial colhe posições díspares. Se a jurisprudência dos tribunais judiciais superiores recusa a participação ativa do advogado do trabalhador nas diligências instrutórias, desvalorizando a prova produzida em sede disciplinar, uma vez que aquando da impugnação do despedimento aquela é sempre repetida¹¹¹; já os tribunais superiores administrativos e ao abrigo do estatuto disciplinar vigente à data¹¹², tenderam a considerar que o advogado do trabalhador devia estar presente nas diligências instrutórias salvaguardando-se assim o direito de defesa e o princípio do contraditório¹¹³. A LTFP atualmente em vigor prevê especificamente, no seu art. 202.º, a constituição de advogado em qualquer fase do

¹¹⁰ *Op. cit.*, p. 219.

¹¹¹ Ac. TRL 16.05.1990, *BTE*, 2.ª série, nrs. 10-11-12/91, p. 1188; Ac. STJ 24.02.2004, Ac. TRP 12.05.2005, *CJ*, 2005, V, p. 247; Ac. STJ 08.06.2006 e Ac. TRL 31.10.2007, que menciona que não constitui nulidade do processo disciplinar a falta da notificação ao trabalhador das respostas de uma testemunha ouvida em processo disciplinar.

¹¹² Aprovado pelo DL n.º 24/84, de 16.01, e revogado pela L n.º 58/2008, de 09.09. Vigora agora a L n.º 35/2014, de 20.06.

¹¹³ Ac. STA 17.10.2006; Ac. TCAN 24.04.2008 e Ac. TCAN 09.12.2011.

processo, podendo este exercer os direitos que a lei reconhece ao trabalhador. A art. 202.º da LTFP reproduz na íntegra o art. 35.º do EDTAP. Para Paulo Veiga e Moura, o do 35.º do EDTAP torna claro que o advogado pode estar presente e pode intervir na inquirição das testemunhas, solicitando os esclarecimentos que julgar convenientes, sendo notificado para a realização e presença nos atos de produção de prova se já tiver sido constituído mandatário do trabalhador em momento anterior¹¹⁴. Considero que o art. 202.º da LTFP vai de encontro com tutela do direito de defesa do trabalho.

Albino Mendes Baptista defende que a posição dos tribunais judiciais desvaloriza o direito de defesa do trabalhador. Ainda que se considere que a prova produzida em sede disciplinar não releva judicialmente, o contraditório só é cumprido “se o trabalhador acompanhar devidamente o processo”. Inquirir-se uma testemunha sem a presença do advogado do trabalhador pode dar origem a um depoimento condicionado. Logo, o advogado do trabalhador deve acompanhar as diligências instrutórias e nelas deve poder intervir. Para o autor, não é necessária a existência de norma expressa neste sentido, já que este entendimento decorre do direito de defesa e do exercício do princípio do contraditório¹¹⁵. Esta ideia aventada pelo autor, de que o cumprimento do direito de defesa só ocorre se o trabalhador acompanhar o processo, foi de algum modo corroborada, anos mais tarde, pelo Ac. do TC n.º 338/2010, quando considera que a ausência de instrução obrigatória viola o direito de defesa.

Na doutrina nacional, outros autores admitem que o advogado do trabalhador acompanhe a produção de prova nas diligências de instrução, participe ativamente naquelas, sugerindo questões e colaborando com o instrutor para a descoberta da verdade dos factos imputados ao trabalhador¹¹⁶.

Para certos autores, o direito a assistir e a participar nas diligências instrutórias decorre do estatuído no n.º 3 do art. 61.º do EOA que, em certa medida, reproduz o preceito do n.º 2 do art. 20.º da CRP. Assim, devidamente mandatado, o advogado do

¹¹⁴ Moura, Paulo Veiga E. *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública Anotado*, 2.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 201-202.

¹¹⁵ *Op. cit.*, p. 210-212, 214-215.

¹¹⁶ O Parecer do Conselho Geral da OA n.º E-11/01, Relator António Garcia Ferreira, www.oa.pt, considera que a “supressão ou a denegação do direito à representação e acompanhamento é uma grande e insuperável lesão dos elementares direitos e garantias de defesa do arguido”; Pinheiro, Paulo Sousa. «Procedimento Disciplinar ou Processo Disciplinar? – Uma Questão Puramente Terminológica ou Verdaderamente Substancial?», *PDT*, n.º 76, 77 e 78, 2007, p. 185-187; Pinto, Nuno Abranches, *Op. cit.*, p. 157-158; Marecos, Diogo Vaz. *Prática... cit.*, p. 71.

trabalhador, dentre outros atos, pode assistir à produção de prova, apresentar os requerimentos, participar ativamente na instrução. Aliás, se for vedada pelo instrutor do procedimento a participação do advogado do trabalhador nas referidas diligências e, se este for igualmente advogado, surge um espectro de desconfiança quanto a todo o procedimento disciplinar¹¹⁷.

Todavia, outra parte da doutrina nega a presença do advogado do trabalhador nas diligências instrutórias, ao considerar que a sua presença provocará um “efeito profundamente intimidatório numa fase em que se pretende que as testemunhas tenham liberdade de relatar os factos que presenciaram (o genuíno contraditório poderá ser assegurado mais tarde em tribunal), factos que, por vezes, pode ser muito delicado relatar (...)”¹¹⁸. Ou porque acreditam que a instrução não possui uma natureza contraditória¹¹⁹. Ou ainda por considerarem que o carácter interno do procedimento disciplinar dispensa a presença do trabalhador e do seu advogado das diligências de instrução¹²⁰.

Cotejados os argumentos de ambas as posições, não posso aderir à recusa da presença do advogado das diligências de instrução. Com efeito, decorre do n.º 2 do art. 20.º da CRP que todos têm direito a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade¹²¹. Direito esse que “abrange todas as situações em que a comparência perante uma entidade dotada de poderes de autoridade se possa traduzir na compressão do gozo de direitos por parte do cidadão em causa”, e que não depende da qualidade ou estatuto processual que o cidadão em causa tenha, quer seja, arguido, ofendido, suspeito, visado, vítima ou testemunha¹²². A testemunha compreenderá melhor as questões colocadas se puder ter o acompanhamento jurídico de um advogado¹²³. A presença do advogado não periga a celeridade inerente ao procedimento

¹¹⁷ Marecos, Diogo Vaz. *Prática... cit.*, p. 34 e 71.

¹¹⁸ Gomes, Júlio. *Op. cit.*, p. 1006 n. 2414.

¹¹⁹ Martins, Pedro Furtado. *Op. cit.*, p. 225.

¹²⁰ Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 986.

¹²¹ Tal representa a constitucionalização do direito do advogado. Nesse sentido, Miranda, Jorge/Medeiros, Rui. *Op. cit.* p. 427; Moreira, Vital/Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 412-413, referem ainda que o direito a fazer-se acompanhar por advogado inclui autoridades públicas, mas também privadas dotadas de poderes públicos e, dentre outros, no âmbito de procedimentos disciplinares.

¹²² Silva, Germano Marques da. «O Direito a não Estar Só ou o Direito ao Acompanhamento por Advogado (Art. 20.º, n.º 2 da Constituição)», in *Nos 25 Anos da Constituição da República de 1976 – Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 132-133.

¹²³ Silva, Germano Marques da. *Op. cit.*, p. 141.

e visa que qualquer cidadão, quando se apresente perante qualquer autoridade, *in casu*, perante o instrutor/empregador, possa estar devidamente esclarecido no exercício dos seus direitos, prevenindo-se abusos de direito e de autoridade¹²⁴.

Aliás, o direito ao acompanhamento por advogado já se encontra previsto o n.º 3 do art. 61.º do EOA¹²⁵. Esta norma pretende assegurar, que as partes envolvidas no procedimento disponham de apoio técnico que lhes permita compreender o alcance do que se discute, tentando-se obter uma paridade de armas entre todos os envolvidos¹²⁶. Aceito que, se foi o trabalhador a arrolar as testemunhas na defesa apresentada, faz todo o sentido que o seu advogado possa colocar questões na sua inquirição. E tal circunstância, por si só, não atribuí ao procedimento disciplinar natureza contraditória, já que, a participação do advogado pode passar por pedir esclarecimentos sobre determinados aspetos que considere não terem ficado devidamente esclarecidos, visto que o trabalhador não é obrigado a indicar os factos a que a testemunha deve ser ouvida¹²⁷. A intervenção do advogado nas diligências instrutórias não pode suscitar qualquer ambiente intimidatório, mas antes esclarecedor e transparente entre todos os intervenientes.

Apesar de o procedimento disciplinar ser de carácter interno à empresa, tal não deve implicar uma restrição dos direitos de defesa do trabalhador. Se o trabalhador tem o direito a apresentar uma defesa escrita e a indicar testemunhas, por maioria de razão deve, através do seu advogado, acompanhar todo o processo de defesa até ao seu término. Não vislumbro em que é que a presença do advogado do trabalhador pode atentar contra a natureza interna do procedimento.

Em suma, adiro à argumentação expendida quanto à admissão da presença do advogado do trabalhador nas diligências de instrução, pois, caso assim não seja, desvaloriza-se o procedimento disciplinar, abre-se caminho para a violação de regras procedimentais e de direitos do trabalhador, bem como das próprias testemunhas. E, embora toda a prova produzida em sede disciplinar tenha que ser novamente prestada

¹²⁴ Silva, Germano Marques da. *Op. cit.*, p. 147-148, adianta ainda que o “acompanhamento por advogado serve para informar, fiscalizar, prevenir, denunciar e perseguir pelos meios adequados, se necessário for (...).”

¹²⁵ Nesse sentido, Silva, Germano Marques da. *Op. cit.*, p. 134; Pinto, Nuno Abranches. *Op. cit.*, p. 157-158.

¹²⁶ Neto, Abílio. *Processo...Cit.*, p. 282 n. 4; Pinto, Nuno Abranches. *Op. cit.*, p. 157-158.

¹²⁷ Ac. STJ 13.11.1996, www.stj.pt.

em julgamento, caso o despedimento venha a ser impugnado, um procedimento disciplinar que cumpriu todos os requisitos e que respeitou todos os direitos do trabalhador encontra-se melhor alicerçado do que aquele que, sem fundamento, impede a consulta do procedimento ou a presença ativa do advogado do trabalhador nas diligências de instrução.

5. A produção de prova

5.1. Regime legal

O empregador deve realizar as diligências instrutórias requeridas pelo trabalhador “a menos que as considere patentemente dilatórias ou impertinentes, devendo neste caso alegá-lo fundamentadamente por escrito” (n.º 1, *in fine*, do art. 356). Vaz Marecos explica que diligências dilatórias ou impertinentes são aquelas que não se “relacionam com os factos imputados ao trabalhador, nem com os factos constantes da resposta à nota de culpa, ou ainda que constem desta última não são suscetíveis de atenuar a responsabilidade do trabalhador”¹²⁸. Caso não tenha feito essa alegação por escrito, mas as diligências de instrução sejam efetivamente irrelevantes, não existe qualquer invalidade procedimental¹²⁹. O que importa apreciar é a relevância que as diligências probatórias em falta poderiam ter na defesa do trabalhador¹³⁰.

O empregador não é obrigado a ouvir mais do que três testemunhas por cada facto descrito na nota de culpa, nem mais de 10 no total (n.º 3 do art. 356.º). Nos termos do n.º 2 do art. 389.º, a não realização das diligências instrutórias constitui uma mera irregularidade, não conduzindo à ilicitude do despedimento, como tal, se forem declarados procedentes os motivos justificativos do despedimento, mas o empregador não respeitar o limite de testemunhas do n.º 3 do art. 356.º o trabalhador tem direito a metade da indemnização legal que resultaria do n.º 1 do art. 391.º

¹²⁸ Acrescenta Marecos, Diogo Vaz. «O despedimento...», *cit.*, p. 24, n. 20.

¹²⁹ Nesse sentido, Lambelho, Ana/Gonçalves, Luísa Andias. *Poder... cit.*, p. 99-101.

¹³⁰ Martins, Pedro Furtado. *Op. cit.*, p. 224; Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 987.

Incumbe ao trabalhador assegurar a comparência das testemunhas que indica (n.º 4 do art. 356.º). Pelo que deve o trabalhador – e considero que o seu advogado também – ser informado do local, dia e hora das diligências de instrução, para que assegure a comparência das testemunhas indicadas. Contudo, se estas se encontram na disposição do empregador deve ser este a notificá-las¹³¹. Tratando-se a testemunha de trabalhador do empregador, se faltar no dia e hora marcado para a sua audição sem que chegue ao processo qualquer informação sobre a sua ausência, ou se se recusar a ser ouvida, tal é tido como obstrução à descoberta da verdade e, concomitantemente, violação das als. a) e f) do n.º 1 do art. 128.º

Em princípio, os depoimentos das testemunhas colhidos em sede disciplinar correspondem àqueles que serão prestados em sede judicial, pelo que, se houver impugnação da decisão disciplinar, o empregador tem todo o interesse em conhecer, anteriormente, o teor dos depoimentos que serão prestados judicialmente, aferindo se estes sustentam a impossibilidade de manutenção da relação laboral¹³².

Ora, sendo possível ao empregador dispensar – ainda que fundamentadamente e por escrito – a realização de diligências instrutórias, será que pode consentir depoimentos testemunhais por escrito? O legislador não deu qualquer pista sobre a sua admissibilidade, cabendo à doutrina e à jurisprudência encontrar uma solução.

5.2. Admissibilidade de depoimentos escritos das testemunhas arroladas na resposta à nota de culpa

A doutrina com que me deparei não atribui relevância prática a este tema. Adelaide Domingos defende que o trabalhador pode juntar qualquer documento com a resposta à nota de culpa. *In casu*, tratando-se o depoimento escrito de um documento particular e não sendo o procedimento disciplinar um processo judicial, considera poder

¹³¹ Marecos, Diogo Vaz. *Código... cit.*, p. 834-835, ponto 11.

¹³² Marecos, Diogo Vaz. «As Alterações...» *cit.*, p. 166, 170-171; Fernandes, António Monteiro. *Direito... cit.*, p. 543.

questionar-se a sua rejeição pelo empregador. Mas a sua não oposição não significa que lhe irá atribuir valor probatório¹³³.

Por seu turno, na década de 80, o regime então em vigor (LCT) não impunha a incumbência de o trabalhador se comprometer a apresentar as testemunhas arroladas na resposta à nota de culpa, pelo que a jurisprudência dessa época chegou a considerar a possibilidade de o instrutor poder remeter um questionário às testemunhas de defesa arroladas pelo trabalhador¹³⁴, bem como a aceitar que o empregador deveria conceder prazo razoável para que o trabalhador providenciasse depoimento jurado de testemunhas de defesa que residem no estrangeiro¹³⁵.

Recentemente, e já ao abrigo da obrigatoriedade de apresentação da testemunha arrolada por parte do trabalhador (n.º 4 do art. 356.º), o TRL admitiu que quando a testemunha se encontra impossibilitada de comparecer por motivo de doença e se, por essa razão, requereu o seu depoimento escrito, o instrutor deveria conceder prazo razoável para o trabalhador apresentar o seu depoimento jurado, “sob pena de invalidade do procedimento disciplinar por violação do princípio do contraditório”¹³⁶.

Creio que o depoimento escrito traria maior segurança e celeridade a todo o procedimento. Poderia ainda firmar a posição das testemunhas, que tantas vezes prestam depoimentos contraditórios no âmbito do procedimento disciplinar e em sede judicial, evitando assim que acresçam ou diminuam factos à realidade que conhecem. Em todo o caso, se o instrutor não valorasse condignamente a prova produzida por escrito, caberia ao tribunal, aquando da apreciação da licitude do despedimento, considerar se a decisão de despedir atendeu ou não todos os elementos de prova disponíveis à data.

À primeira vista, parece inexistir qualquer consequência legal se o tribunal considerar que a prova produzida por escrito não foi devidamente valorada. O que entendo não ser pacificamente assim. Caso o depoimento prestado por escrito tenha sido junto com a resposta à nota de culpa, como um qualquer outro documento particular, creio que a sua não valorização em sede disciplinar não poderá acarretar nenhuma consequência.

¹³³ «Poder e Procedimento Disciplinar: Algumas...» *cit.*, p. 463.

¹³⁴ Ac. TRL 17.05.1982, *BTE*, 2.ª série, nrs. 1-2, p. 196.

¹³⁵ Ac. TRE 05.02.1987, *CJ*, 1987, 1.º, p. 333.

¹³⁶ Ac. TRL 24.02.2010.

Mas, se o trabalhador requereu, na resposta à nota de culpa, a prestação de depoimento escrito de determinada testemunha, nomeadamente porque se encontrava impossibilitada de sair de casa por motivo de doença, considero que a recusa da sua prestação equivale à omissão de realização de diligências instrutórias previstas n.º 1 do art. 356.º e, nesse seguimento, aplica-se o disposto no n.º 2 do art. 389.º, valendo para o efeito as considerações já tecidas quanto a este artigo.

Nesse ensejo, aceito que o trabalhador na resposta à nota de culpa possa apresentar depoimentos escritos e estes devam ser valorados como se de quaisquer outros documentos particulares se tratassem. Sopesando ainda o princípio da celeridade que se pretende neste tipo de procedimento, acredito que é igualmente possível ao trabalhador requerer a prestação de depoimentos escritos das testemunhas que arrolou, caso o instrutor designe uma determinada data para inquirir as testemunhas de defesa, e essa data e/ou hora não lhes sejam oportunas, por motivo de doença, ausência do país, distância geográfica do local de inquirição, etc., mesmo após várias remarcações. Assim, a admissibilidade do depoimento escrito permitiria colmatar situações em que a prova testemunhal se encontra dificultada.

6. Possibilidade de suspensão do procedimento disciplinar

A possibilidade de suspensão do procedimento disciplinar é uma questão controversa e que o legislador não previu, mas, como seria de esperar, é um problema que surge na prática.

A suspensão que aqui se versa não se confunde com a interrupção dos prazos dos nrs. 1 e 2 do art. 329.º, conforme já exposto. O que está aqui em causa é a hipótese do empregador suspender o procedimento disciplinar quando chegam ao seu conhecimento determinadas situações, começando de novo a correr do ponto em que parou, finda a causa que originou a suspensão.

Ora, o problema tem sido discutido a propósito de situações em que o empregador considera que a infração disciplinar existiu, o trabalhador por seu turno está confiante na sua inocência, mas ambos consideram que o vínculo laboral irá ficar

afetado de tal forma que um acordo de cessação poderá ser benéfico para ambos e acordam em suspender o procedimento até que o acordo de cessação seja firmado; ou quando ocorre uma doença impeditiva, quer sobre trabalhador e o impede de exercer o direito de defesa, quer por parte do empregador que se vê impossibilitado de tomar uma decisão¹³⁷. Bem como quando o empregador deseja suspender o procedimento disciplinar até que seja notificado da decisão judicial, do processo intentado contra o trabalhador, pelos mesmos factos que lhe foram imputados na nota de culpa, retomando-se o procedimento após o conhecimento da decisão.

Considero que não estar na disponibilidade das partes proceder à suspensão do procedimento disciplinar, seja com que finalidade for, já que a mesma não foi pensada para este tipo de processos. Ademais, qualquer possibilidade de suspensão do procedimento disciplinar teria sempre que considerar o prazo de um ano estabelecido no n.º 3 do art. 329.º, que delimita a duração máxima de todo o procedimento disciplinar nos termos analisados previamente. Além disso, toda a marcha do procedimento disciplinar pauta-se, nomeadamente, pelos princípios da celeridade¹³⁸ e da economia¹³⁹ processual. Ora, a suspensão do procedimento disciplinar não se compagina com tais princípios, já que estes têm por finalidade o carácter imediato da sanção, evitando eternizar o conflito entre as partes, que se manteria até que a causa que originou a suspensão terminasse.

Entendo que se apresenta fácil para o empregador, na desigualdade de forças inerente à maioria das relações laborais, “sugerir” ao trabalhador a suspensão do procedimento disciplinar, *v.g.* enquanto perduram as negociações, levando-o a pensar que é a melhor solução para o diferendo e, inclusivamente, que o mesmo se resolverá por acordo. Mas se, porventura, todo o processo negocial resultar malgrado, o tempo despendido na suspensão retardou o andamento do procedimento e atentou contra o cumprimento dos princípios em causa. Assim, qualquer acordo para cessação do contrato de trabalho deve celebrar-se paralelamente àquele. E com a sua obtenção arquiva-se o procedimento.

¹³⁷ Nesse sentido, Martins, Pedro Furtado. *Op. cit.*, p. 195, n. 75.

¹³⁸ *Vd.* Domingos, M.^a Adelaide. «Poder e Procedimento Disciplinar: Algumas...» *cit.*, p. 457-458 e Ramalho, M.^a do Rosário Palma. *Tratado... II... cit.*, p. 972.

¹³⁹ Castro, Inês Albuquerque E. *Op. cit.*, p. 498.

A par e em simultâneo, o trabalhador só pode consultar o procedimento disciplinar no prazo que dispõe para apresentar a sua defesa. Mas, pode ainda ter acesso ao procedimento depois desse prazo, se houver comissão de trabalhadores e esta, no prazo que dispõe para apresentar o seu parecer, facultar ao trabalhador o procedimento disciplinar. O mesmo acontece se o trabalhador for representante sindical (n.º 5 do art. 356.º)¹⁴⁰. Como tal, se a suspensão do procedimento disciplinar não lhe for comunicada por escrito – resultando apenas de um acordo de cavalheiros – este não tem forma de saber se o seu início e o seu término correspondem ao que consta do processo físico, já que o mesmo lhe é inacessível.

Ademais, para o TRP, a suspensão do procedimento disciplinar não pode ter lugar quando se aguarda decisão “em processo judicial que corre sobre os mesmos factos”¹⁴¹. O tribunal defende que “o procedimento disciplinar não é uma acção judicial, é um processo de natureza inquisitória no qual é ao próprio empregador – e não a um terceiro imparcial – que cabe a decisão final no processo disciplinar (...). Diga-se ainda que a nível processual laboral a suspensão da instância com base em questão prejudicial é limitada e está regulada nos artigos 20.º do CPT e 97.º do CPC¹⁴²”. Por seu turno, Furtado Martins admite a suspensão do procedimento disciplinar sempre que a decisão do processo crime constitua uma decisão prejudicial, por versar sobre factos idênticos aos que subjazem ao procedimento disciplinar, pelo menos até que estejam fixados na acção penal, e sem possibilidade de recurso, os factos de que o trabalhador vem acusado, quer no despacho de pronúncia, quer na nota de culpa, sob pena de se abrir a “porta a situações verdadeiramente inadmissíveis”, quando em sede de impugnação do despedimento o tribunal considerar que não se demonstraram os factos provados no processo crime¹⁴³.

Entendo que se a figura da suspensão do procedimento disciplinar não se encontra estabelecida é porque o legislador não o quis admitir. Embora possam existir incontáveis situações práticas em que se poderia questionar a utilidade da suspensão do

¹⁴⁰ Carvalho, Carlos Santos. «A Consulta do Processo Disciplinar pelo Trabalhador», *O Advogado*, n.º 18, 2005, p. 3-4.

¹⁴¹ Ac. TRP 08.11.2010; em sentido contrário, o Ac. STJ 28.10.1998 aceitou a suspensão enquanto decorresse o processo crime pela prática dos mesmos factos.

¹⁴² Atual art. 92.º do CPC.

¹⁴³ Martins, Pedro Furtado. *Op. cit.* p. 197.

procedimento disciplinar, entendo que esta atenta contra os mais basilares princípios da ação disciplinar, pelo que deve ser recusada.

7. A relação intrínseca entre o prazo para proferir decisão e o término das diligências instrutórias

Não existe qualquer normativo legal a fixar prazo para o início e término das diligências instrutórias. Mas a omissão não pode redundar na interpretação de que a entidade empregadora gere o andamento da instrução arbitrariamente. Aliás, o n.º 3 do art. 329.^{o144} prevê que o procedimento disciplinar prescreve decorrido um ano sem que seja proferida decisão.

A questão que me proponho a debater é saber como é contabilizado o prazo para que o empregador possa proferir a decisão disciplinar, considerando que não é definido na lei o término das diligências instrutórias.

Ora, produzida a prova e emitidos os pareceres pelas entidades competentes, o empregador dispõe do prazo de 30 dias para proferir a decisão de despedimento. A fixação do prazo para proferir a decisão disciplinar “corresponde a uma necessidade de certeza jurídica e é exigida pelo próprio equilíbrio emocional e psicológico do trabalhador (...), por isso, o seu desrespeito implica a extinção do direito de punir (...)”¹⁴⁵.

A contagem do prazo para a emissão dos ditos pareceres obedece às seguintes regras:

- a) O empregador dispõe do prazo de 30 dias após o recebimento dos pareceres¹⁴⁶ das ERCT ou decorrido o prazo para o efeito, para emitir a decisão final. Assim, quando inexistir comissão de trabalhadores e o

¹⁴⁴ Único prazo que considero ser controlável pelo trabalhador.

¹⁴⁵ Abrantes, José João. «Algumas considerações a Propósito do Prazo para Decisão do Processo Disciplinar (n.º 8 do Art. 10.º da LCCT)», in *Direito do Trabalho – Ensaios*, Edições Cosmos, Lisboa, 1995, p. 107.

¹⁴⁶ O parecer da ERCT não é vinculativo, no termos do n.º 4 do art. 357.º, mas deve ser ponderado pelo empregador na sua decisão. Pelo que, caso não seja emitido, não afeta a regularidade (n.º 2 do art. 389.º) ou validade (art. 382.º) do despedimento que venha a ocorrer.

trabalhador não seja representante sindical, o prazo de 30 dias conta-se a partir da data da conclusão da última diligência instrutória (n.º 2 do art. 357.º)¹⁴⁷;

- b) Tratando-se de despedimento de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, ou de trabalhador no gozo de licença parental, o prazo supra referido, contabiliza-se a partir da receção do parecer prévio – obrigatório e vinculativo¹⁴⁸ – da CITE (n.º 1 do art.º 63.º), dispondo esta entidade de 30 dias subsequentes ao recebimento do processo para proferir decisão (n.º 4 do art. 63.º); caso não seja emitido dentro do desse prazo, considera-se o seu parecer favorável ao despedimento. Este parecer prévio, ainda que não seja imposto por qualquer instrumento de direito da UE, decorre dos princípios consagrados Directiva 2006/54/CE do PE e do Conselho relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidade e igualdade de tratamento entre homens e mulheres no domínio do emprego, e na Directiva 92/85/CEE, de 19.10.1992¹⁴⁹ referente à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e saúde deste grupo de trabalhadoras. Também vai de encontro à solução do n.º 1 do art. 68.º da CRP, que promove como valores constitucionalmente consagrados a maternidade e a paternidade.
- c) Se, por opção e nos termos do n.º 1 do art. 356.º, o empregador não realizar a instrução, ou se o trabalhador não requereu diligências instrutórias e o empregador não pretende realizar diligências suplementares após a apresentação da defesa do trabalhador e, se não houver lugar à emissão dos pareceres pelas ERCT, nem à intervenção do CITE, o prazo de 30 dias para proferir decisão conta-se a partir da receção da resposta à nota de culpa¹⁵⁰.

Se a decisão não for proferida nos moldes discriminados, caduca o direito de o empregador aplicar a sanção do despedimento (n.º 1 do art. 357.º), pois a ausência de

¹⁴⁷ Quer tenha sido requerida pelo trabalhador ou pelo empregador, Ac. TRP 12.09.2011, Ac. 24.10.2011, Ac. STJ 07.03.2012 e Ac. TRP 18.11.2013.

¹⁴⁸ Pois que, caso não seja solicitado, determina a ilicitude do despedimento (al. d) do art. 381.º) e quando é contrário ao despedimento, este só pode ocorrer após decisão judicial que reconheça a existência de motivo justificativo (n.º 6 do art. 63.º).

¹⁴⁹ Com efeito decorre do n.º 1 do art. 10.º da Directiva 92/85/CEE, que os Estado membros devem tomar as medidas necessárias para proibir o despedimento deste grupo de trabalhadores “e, se for caso, na medida em que a autoridade competente tenha dado o seu acordo”.

¹⁵⁰ Ac. STJ 07.03.2012 e Ramalho, M.ª do Rosário Palma. *Tratado... II... cit*, p. 990, n. 323.

tomada de decisão faz denotar a inexistência de preocupação com o andamento do procedimento e a pouca relevância à factualidade apurada, pelo que, o comportamento do trabalhador não é incompatível com a manutenção da relação de trabalho¹⁵¹. Desaparece, assim, o conceito de justa causa, já que o vínculo laboral não se torna imediata e praticamente impossível.

A ausência de previsão legal a fixar um prazo para o início e para a conclusão das diligências instrutórias, bem como pela circunstância de o trabalhador apenas poder consultar o procedimento disciplinar nos termos do n.º 1 do art. 355.º, sendo-lhe vedado o conhecimento acerca da junção de documentos ou de depoimentos prestados por testemunhas arroladas pelo empregador após a resposta à nota de culpa¹⁵², impossibilita a invocação da caducidade do direito a aplicar a sanção nos termos do n.º 1 do art. 357.º, senão quando impugna o seu despedimento. E nada impede que, no hiato temporal que decorre entre o proferimento da decisão e a obrigatoriedade de o empregador juntar o procedimento disciplinar ao processo judicial de impugnação do despedimento, o mesmo “acrescente” um documento que permita evitar a caducidade.

Destarte, é essencial que o trabalhador tenha conhecimento de todas as diligências que ocorrem na instrução não só para exercer o contraditório, como ainda para controlar o respeito pelos prazos.

¹⁵¹ O estabelecimento de um prazo para proferir a decisão visa evitar o “arrastamento do processo disciplinar”, pretendendo-se “o seu aceleração”, Silva, M.^a Manuela Maia da. *Op. cit.*, p. 218.

¹⁵² Aliás, o TRL no Ac. 27.06.2001, *BTE*, 2.^a série, nrs.7-8-9/2003, p. 803, considerou não constituir causa de nulidade do processo disciplinar a circunstância de o trabalhador não ser notificado da junção de documentos e da audição de testemunhas indicadas pelo empregador após a resposta à nota de culpa.

CONCLUSÃO

Na presente dissertação tentei empreender algumas reflexões referentes à fase da instrução do procedimento conducente ao despedimento disciplinar, por acreditar que o legislador nacional criou um “limbo” na sua regulação, dando origem a lacunas legais a integrar por via doutrinal e jurisprudencial.

Iniciei o meu percurso pela análise do direito internacional, europeu e constitucional, constatando que quanto à temática referida, da Convenção n.º 158.º da OIT se retira que nenhum trabalhador pode ser despedido por motivos ligados ao seu comportamento, sem que antes lhe seja facultada a possibilidade de defesa. Por seu turno, o n.º 1º do art. 32.º da CRP assegura ao arguido direito de audiência e de defesa nos processos de contraordenação ou em qualquer processo sancionatório. Norma fundamental e que justificou a prolação do Ac. do TC n.º 338/2010, marcando, consequentemente, todo o regime legal da instrução.

Perscrutei o regime legal da fase da instrução, que me levou a concluir que, quer na LCT, quer no CT/2003, era previsto o direito de audiência prévia do trabalhador, mas não era regulada a fase da instrução. A sua regulamentação apenas surgiu na primeira versão do CT, que a consagrou como facultativa, exceto nos casos do despedimento respeitar a grávida, puérpera ou lactante ou a trabalhador em gozo de licença parental. Não obstante, o Ac. do TC n.º 338/2010 declarou inconstitucional com força obrigatória geral, o carácter facultativo da instrução, por violação do direito de defesa do trabalhador, impondo assim a sua obrigatoriedade em todos os procedimentos que visassem o despedimento de todo e qualquer trabalhador. Perante a posição do TC vozes dissonantes se ergueram na doutrina, conforme se expôs.

Aderi à posição do TC, nomeadamente por considerar que o trabalhador deve ter todas as garantias de defesa possíveis, já que é a parte mais frágil da relação laboral.

Julguei fundamental tecer considerações sobre os prazos do procedimento conducente ao despedimento disciplinar, já que estes visam garantir a estabilidade psicológica mínima do trabalhador, bem como a segurança jurídica essencial perante a efetividade da punição.

A prolação do Ac. do TC e a concomitante alteração legislativa do CT em 2012, que consagrou a instrução obrigatória, não foi, seguramente, o momento em que o intérprete e o aplicador viram a sua tarefa facilitada quanto a esta matéria, antes pelo contrário. Com efeito, legislador continuou a não prever qualquer duração para a fase instrutória, assim entendi que o aplicador deve seguir o n.º 3 do art. 329.º, que fixa o prazo para a conclusão do procedimento disciplinar em um ano contado desde a instauração até à notificação da decisão final, sob pena de prescrição do mesmo. Pautando-se ainda pelos princípios da celeridade e boa fé.

Da análise feita ao direito comparado resulta que o procedimento conducente ao despedimento disciplinar é mais informal, simplificado e atribui às ERCT um papel ativo no direito de assistência do trabalhador, papel esse que não consagrado de igual modo no direito nacional.

De seguida, parti para a análise de algumas das lacunas que considero existirem no sistema legal vigente da instrução e suas eventuais repercussões práticas, aproveitando o ensejo para apresentar as soluções já aventadas pela doutrina e/ou pela jurisprudência, ou então sozinha, advogar o que julgo ser o caminho mais pertinente a trilhar. Assim:

1. Conclui que não há obrigação legal do empregador remeter a nomeação de instrutor com a nota de culpa.
2. No que respeita ao direito de assistência do trabalho, entendi que o mesmo abrange a consulta do procedimento disciplinar pelo seu advogado, excluindo-se, contudo, o acesso ao processo prévio de inquérito, já que este é um processo interno à empresa, usado apenas nas situações indicadas. Quanto à presença do advogado nas diligências instrutórias, entendi que a mesma é de se aceitar, não só porque a sua admissibilidade decorre do n.º 2 do art. 20.º da CRP e n.º 3 do art. 61.º do EOA, como creio que a sua presença não periga a celeridade do procedimento, assegurando um ambiente transparente entre todos os intervenientes.
3. Admiti que trabalhador na resposta à nota de culpa possa apresentar depoimentos escritos, valendo estes como qualquer outro documento particular. Defendi ainda que é possível ao trabalhador requerer a prestação de depoimentos escritos das testemunhas

que arrolou, colmando as situações em que a prova testemunhal se encontra dificultada, v.g., por motivo de doença, ausência do país, distância geográfica do local de inquirição.

4. Nego a possibilidade de suspensão do procedimento disciplinar, seja qual for o motivo que lhe esteja subjacente, desde logo porque o legislador não a previu, bem como porque considero que coloca em perigo a celeridade inerente ao procedimento disciplinar.

5. Por último considerei que a ausência de norma a fixar o prazo para início e término das diligências instrutórias impossibilita que o trabalhador controle o respeito pelos prazos procedimentos, nomeadamente o prazo para proferimento de decisão.

Na verdade, do estudo ora ensaiado, concluo que o legislador se preocupou em assegurar as garantias de defesa do trabalhador, ao impor a instrução obrigatória, mas, talvez por não considerar relevante, não atribuiu ao procedimento conducente ao despedimento disciplinar a fórmula necessária para evitar diversas dúvidas práticas, e que culminam, muitas das vezes, num uso incorreto deste tipo de procedimento por parte dos empregadores.

BIBLIOGRAFIA

- AAVV. *Comentário ao Código do Trabalho – Parte Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014
- AAVV. (Alfonso Mellado, Carlos L./ Rodríguez Pastor, Guillermo E./ Salcedo Beltrán, M^a Carmen (coord.)). *Extinción del Contrato de Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valência, 2013
- AAVV. (Del Rey Guanter, Salvador (dir.)/ Agote Eguizábal, Rúben/ Gala Durán, Carolina/ Luque Parra, Manuel (coord.)). *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudência*, 3.^a Ed., La Ley, Madrid, 2013
- AAVV. (Martínez, Pedro Romano/Monteiro, Luís Miguel/Vasconcelos, Joana/Brito, Pedro Madeira/Dray Guilherme/Silva, Luís Gonçalves). *Código do Trabalho Anotado*, 9.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2013
- AAVV. (Persiani, Mattia/Carinci, Franco (dir.)/Martone, Michel (A cura di) *Trattato di diritto del lavoro. Vol IV: Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo I, Cedam, Pádua, 2012
- AAVV. (Sempere Navarro, Antonio V./ Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco/Aguilera Izquierdo, Raquel (dir. e coord.) *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, Navarra, 2009
- Abrantes, José João. «Algumas considerações a Propósito do Prazo para Decisão do Processo Disciplinar (n.º 8 do Art. 10.º da LCCT)», in *Direito do Trabalho – Ensaios*, Edições Cosmos, Lisboa, 1995, 103-109
- Alonso Olea, Manuel/Casas Baamonde, María Emilia. *Derecho del Trabajo*, 26.^a Ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2009
- Amado, João Leal. *Contrato de Trabalho*, 4.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014
- Assis, Rui. *O Poder de Direcção do Empregador – Configuração Geral e Problemas Actuais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

- Baptista, Albino Mendes. «Ideias para uma Reavaliação das Práticas e das Regras em matéria de Procedimento Disciplinar Laboral», in *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 209-231
- Busto, Maria Manuel. *O Novo Regime Laboral do Contrato de Trabalho – Revisão do Código do Trabalho da Lei 23/2012, de 25 de Junho*, E&B Data, Lda., Coimbra, 2012
- Carvalho, Carlos Santos. «A Consulta do Processo Disciplinar pelo Trabalhador», *O Advogado*, n.º 18, 2005, 3-5
- Carvalho, Catarina Oliveira. *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho – Consequências Práticas da Dimensão da Empresa na Configuração das Relações Laborais Individuais e Colectivas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- Castro, Inês Albuquerque E. «A Repercussão do Tempo no Procedimento Disciplinar – Da Prescrição, Caducidade, Duração da Instrução e Inobservância do Prazo de Decisão», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol III, Almedina, Coimbra, 2002, 473-534
- Domingos, Maria Adelaide. «Poder e Procedimento Disciplinar: Algumas das Alterações Introduzidas pelo Código do Trabalho de 2009», in *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, coord.: Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Grupo Wolters/Kluwer, Coimbra, 2011, 453-466
- Domingos, Maria Adelaide. «Poder e Procedimento Disciplinar no Código do Trabalho», in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, 475-493
- Fernandes, António Monteiro. «A justa causa de despedimento na Constituição e na lei. Ensaio em torno de um tema antigo», *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87, 2010, 219-249
- Fernandes, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 17.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2014
- Fernandes, Francisco Liberal. «O Acórdão n.º 338/10 do Tribunal Constitucional: a instrução em processo disciplinar laboral e a adaptabilidade grupal», *Questões Laborais*, Coimbra, Ano XVIII, 2011, 211-227

- Fernandes, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil – Fontes, Conteúdo, e Garantia da Relação Jurídica*, Vol II, 5.^a Ed., Revista e Atualizada Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010
- Fialho, Manuela Bento. «Poder e procedimento disciplinar. As novidades do Código, in *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*», coord.: Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Grupo Wolters/Kluwer, Coimbra, 2011, 409-420
- Gomes, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho, Relações Individuais de Trabalho*, Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- Lambelho, Ana/Gonçalves, Luísa Andias. *Manual de Direito do Trabalho, Da Teoria à Prática*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014
- Lambelho, Ana/Gonçalves, Luísa Andias. *Poder Disciplinar – Justa causa de despedimento*, Quid Iuris, Lisboa, 2012
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*, 4.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2014
- Lopes, Sónia Kietzmann. «Notas Práticas sobre o Procedimento Disciplinar e a Ilicitude e Irregularidade do Despedimento Disciplinar», *Prontuário do Direito do Trabalho*, n.º 87, 2010, 251-277
- Macedo, Pedro de Sousa. *Poder Disciplinar Patronal*, Almedina, Coimbra, 1990
- Marecos, Diogo Vaz. «As Alterações do Código do Trabalho Revisto ao Procedimento Disciplinar», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1-2, Ano L (XXIII da 2.^a Série), 2009, 153-183
- Marecos, Diogo Vaz. *Código do Trabalho Anotado, Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, Alterado pelas Leis n.ºs 105/2009, 53/2011, 23/2012 e 47/2012*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- Marecos, Diogo Vaz. «O despedimento por justa causa – procedimento», *Direito e Justiça – Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, 13-38

- Marecos, Diogo Vaz. *Prática e Procedimento do Processo Disciplinar – Do Mero Instrutor ao Advogado-Instrutor*, 2.^a Ed., Cascais, Príncipeia, 2011
- Martín Valverde, Antonio/ Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín/ García Murcia, Joaquín. *Derecho del trabajo*, 23.^a Ed., Tecnos, Madrid, 2014
- Martínez, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*, 7.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2015
- Martins, Pedro Furtado. *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.^a Ed., Atualizada Segundo o Código de Trabalho de 2012, Príncipeia, Cascais, 2012
- Miranda, Jorge/Medeiros, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I – 2.^a Ed., Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.^o a 79.^o, Coimbra Editora, Wolters/Kluwer, Coimbra, 2010
- Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, 28.^a Ed., Tecnos, Madrid, 2007
- Morais, Domingos José de. «O poder e o procedimento disciplinar», in *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, coord.: Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Grupo Wolters/Kluwer, Coimbra, 2011, 395-407
- Moreira, Vital/Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, Artigos 1.^o a 107.^o, (Reimpressão 2014), Coimbra Editora, Coimbra, 2007
- Moura, Paulo Veiga E. *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública Anotado*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- Neto, Abílio. *Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados*, 4.^a Ed., 2013
- Neto, Abílio. *Processo Disciplinar e Despedimentos – Jurisprudência e Doutrina*, Ediforum, Lisboa, 2004
- Nicolini, Giovanni. *Compendio di Diritto del Lavoro*, 2.^a Ed., Cedam, Padova, 2007
- Nunes, Joaquim Pintado/ Aguiar, Luísa. *Guia Prático do Processo Disciplinar*, 5.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2007
- Pélissier, Jean. *Droit du Travail*, 27.^a Ed., Dalloz, Paris, 2013

- Pinheiro, Paulo Sousa. «Procedimento Disciplinar ou Processo Disciplinar? – Uma Questão Puramente Terminológica ou Verdadeiramente Substancial?», *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 76, 77 e 78, 2007 (número especial em homenagem à obra do Dr. Vítor Ribeiro), 171-195
- Pinto, Maria José Costa. «Poder e Procedimento Disciplinar no Código do Trabalho de 2009», in *Código do Trabalho – A Revisão de 2009*, Coord.: Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Grupo Wolters/Kluwer, Coimbra, 2011, 421-451
- Pinto, Mário/Martins, Pedro Furtado/Carvalho, António Nunes de. *Comentário às Leis do Trabalho*, Vol I, Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, Lex, Lisboa, 1994
- Pinto, Nuno Abranches, *Instituto Disciplinar Laboral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009
- Quintas, Paula/Quintas, Hélder. *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015
- Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, Almedina, Coimbra, 1993
- Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 3.ª Ed., Revista e Actualizada ao Código do Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas em 2011 e 2012, Almedina, Coimbra, 2012
- Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 5.ª Ed., Revista e Actualizada ao Código do Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas em 2011, 2012, 2013 e 2014, Almedina, Coimbra, 2014
- Roche, Ludovic. «Le conseiller du salarié: une institution complexe», *DS*, n.º 1, 1994, 10-18
- Silva, Germano Marques da. «O Direito a não Estar Só ou o Direito ao Acompanhamento por Advogado (Art. 20.º, n.º 2 da Constituição)», in *Nos 25 Anos da Constituição da República de 1976 – Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, AAFDL, Lisboa, 2001, 123-148

- Silva, Maria Manuela Maia da. «O Tempo no Processo Disciplinar – Alguns Aspectos Críticos», in *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Almedina, Coimbra, 1998, 201-222
- Sousa, João Vilas Boas. *O procedimento disciplinar para aplicação de sanções conservatórias: doutrina, jurisprudência, minutas, quadros*, Vida Económica, Porto, 2014
- Vasconcelos, Joana. «Procedimento para despedimento por facto imputável ao trabalhador», *RDES*, n.º 1-2, Ano LIII (XXVI da 2.ª Série), 2012, 163-172
- Xavier, Bernardo da Gama Lobo. *Curso de Direito do Trabalho*, 2.ª Ed. com aditamento de actualização, Verbo, Lisboa, 1993
- Xavier, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª Ed., Revista e Actualizada, Verbo, Lisboa, 2014