



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

MESTRADO FORENSE
2010/2012

**DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM FORÇA OBRIGATÓRIA GERAL DO
ART.º 356.º Nº 1, DO CÓDIGO DO TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS: O ACÓRDÃO DO
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 338/10, DE 22 DE SETEMBRO DE 2010**

Orientador: Professora Doutora Joana Vasconcelos

Ana Mafalda de Assis Pacheco de Assencadas Diniz

Aluna n.º 142710005

Lisboa, 31 de Agosto de 2012

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I – DA INSTRUÇÃO OBRIGATÓRIA À INSTRUÇÃO FACULTATIVA	
1. A evolução da instrução	8
2. As soluções procedimentais no direito comparado	12
2.1. Espanha	12
2.2. França	13
2.3. Itália	14
CAPÍTULO II – O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 338/10, DE 22 DE SETEMBRO	
3. A origem do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/10, de 22 de Setembro de 2010	15
4. Da violação do artigo 32.º, n.º 10, da CRP	16
4.1. Aplicabilidade do artigo 32.º, n.º 10, da CRP ao procedimento disciplinar laboral	16
4.2. Extensão dos direitos audiência e de defesa	18
4.2.1. Características diferenciadoras dos processos sancionatórios	18
4.2.2. A actual amplitude dos direitos de audiência e defesa nos	

processos sancionatórios	24
4.3. Do direito de defesa no âmbito do procedimento disciplinar laboral	27
5. Da violação do artigo 53.º da CRP	34
CAPÍTULO III – CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM FORÇA OBRIGATÓRIA GERAL	
6. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral	40
6.1. O efeito ripristinatório da declaração de inconstitucionalidade	41
6.2. A ressalva dos casos julgados nos termos do artigo 282.º, n.º 3, da Constituição	49
6.3. Demais consequências da pronúncia do Tribunal Constitucional: os procedimentos disciplinares	50
CONCLUSÃO	54
BIBLIOGRAFIA	57

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

CC – Código Civil, aprovado pelo DL n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, com sucessivas alterações

CLBRL – Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 160/2006, publicada no DR, 1.ª série, n.º 231, de 30 de Novembro

CPP – Código de Processo Penal, aprovado pelo DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, com sucessivas alterações

CPT – Código do Processo do Trabalho, aprovado pelo DL n.º 480/99, de 9 de Novembro e alterado pelo DL n.º 295/2009, de 13 de Outubro

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro, pela Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro e Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho

CT 2003 – Código do Trabalho de 2003, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

LBRL – Livro Branco das Relações Laborais, de 30 de Novembro de 2007, editado pelo Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, em Dezembro de 2007

LCCT – Regime Jurídico da Cessação do Contrato Individual de Trabalho e da Celebração e Caducidade do Contrato de Trabalho a Termo (Lei da Cessação do Contrato de Trabalho), aprovado pelo DL n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro

LCT – Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (Lei do Contrato de Trabalho), aprovado pelo DL n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969

LGT – Lei Geral Tributária, aprovada pelo DL n.º 398/98, de 12 de Dezembro, com sucessivas alterações

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

INTRODUÇÃO

A presente dissertação teve origem no Ac. TC n.º 338/2010, de 22 de Setembro de 2010, que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art. 356.º, n.º 1, do CT.

Esta norma constituiu um marco no Direito do Trabalho português por, ao arrepio de toda a legislação laboral anteriormente vigente, consagrar o carácter facultativo da instrução no âmbito do procedimento disciplinar tendente ao despedimento.

Pouco mais de seis meses após o início da sua vigência¹, o TC, em sede de fiscalização abstracta sucessiva de diversas normas do CT, veio julgar esta solução violadora das garantias de defesa do trabalhador-arguido e da segurança no emprego, consagradas nos arts. 32.º, n.º 10, e 53.º da CRP respectivamente, pronunciando-se pela sua inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Muito embora os casos em que os empregadores, valendo-se da nova solução, optaram pela não realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador arguido não representem uma percentagem significativa do conjunto dos procedimentos disciplinares que tiveram lugar nos últimos dois anos – facto a que não foi alheio o reduzido período de vigência da referida norma –, a decisão do TC suscitou diversas questões no domínio do procedimento disciplinar, a que o legislador só veio dar resposta na Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho (“Lei n.º 23/2012”), que entrou em vigor a 1 de Agosto de 2012.

¹ Por força do disposto no art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro (“Lei n.º 7/2009”), as normas respeitantes ao procedimento disciplinar tendente ao despedimento com justa causa só entrariam em vigor aquando do início de vigência da 3.ª alteração ao CPT (DL n.º 295/2009, de 13 de Outubro), o que só veio a ocorrer a 1 de Janeiro de 2010.

Partindo da análise da disciplina legal da fase instrutória do procedimento disciplinar tendente ao despedimento vigente em Portugal desde 1974, procuramos fazer um exame rigoroso da argumentação utilizada pelo TC no Ac. n.º 338/2010 para fundar a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art. 356.º, n.º 1, do CT e das implicações desta, em particular apresentando o nosso entendimento relativamente à extensão dos seus efeitos retroactivos e repristinatórios e suas consequências.

CAPÍTULO I

DA INSTRUÇÃO OBRIGATÓRIA À INSTRUÇÃO FACULTATIVA

«O trabalho não pode ser uma lei sem que seja um direito.»

Victor Hugo

1. A evolução da instrução

Como sabemos, a alteração do regime político em consequência do 25 de Abril de 1974 teve profundo impacto na vida dos portugueses e na própria sociedade portuguesa, o impulso legislativo que se lhe seguiu constituiu igualmente, e sem sombra de dúvida, um marco histórico no Direito do Trabalho.

A opção pela consagração da regra do despedimento motivado quando promovido pelo empregador² e pela exclusão da possibilidade de despedimento livre³, solução inovadora nas leis laborais em Portugal, é bem representativa das

² Embora já estivesse afastado o despedimento *ad nutum tout court*, ainda no domínio da LCT, em consequência do DL n.º 47 032, de 27 de Maio de 1967, e que veio a entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1970, mantinha-se a consagração do despedimento livre, ainda que sujeito a pré-aviso e, no caso de ser de iniciativa do empregador, contra o pagamento de uma compensação adequada.

Nos termos do art. 107.º, n.º 1, da LCT: «*O contrato de trabalho sem prazo pode ser denunciado por qualquer das partes, desde que a outra seja avisada com a antecedência mínima de: a) Meio mês ou um mês por cada ano completo de antiguidade do trabalhador, conforme tenha menos ou mais de quinze anos de serviço, se a iniciativa da denúncia for da entidade patronal ; b) Metade do período referido na alínea anterior, se a iniciativa da denúncia for do trabalhador*». Por sua vez, de acordo com o art. 107.º, n.º 4, da LCT: «*A denúncia feita pela entidade patronal, nos termos deste artigo, obriga-a ao pagamento de uma compensação igual à retribuição correspondente a metade do período mencionado na alínea a) do n.º 1*».

³ Para uma síntese da evolução legislativa em sede de procedimento disciplinar, em particular de «*justa causa*», veja-se MONTEIRO FERNANDES, “A justa causa de despedimento na Constituição e na lei. torno de um tema antigo”, pp. 219-249, e FURTADO MARTINS, “Cessação do contrato de trabalho”, 2012, pp. 158 e segs.

significativas alterações introduzidas no domínio laboral, tendo a introdução da técnica procedimental no âmbito disciplinar⁴ constituído outra mudança profunda.

Com o DL n.º 372-A/75, de 16 de Julho (DL n.º 372-A/75), que veio regular especificamente a matéria da cessação do contrato de trabalho⁵, a legislação laboral passou a estatuir expressamente a obrigatoriedade do procedimento disciplinar com vista à verificação da justa causa e consequente cessação do contrato de trabalho por despedimento disciplinar⁶, afirmando de forma paradigmática o art. 11.º, n.º 1, que: «A verificação da justa causa depende sempre de procedimento disciplinar».

O mesmo DL n.º 372-A/75 estabeleceu pela primeira vez o núcleo de exigências caracterizadoras deste procedimento⁷ e a previu expressamente uma fase instrutória do procedimento disciplinar⁸, cominando a «nulidade insuprível do

⁴ Conclui-se do exame da legislação anterior a 1975 que, mesmo em situações passíveis de ser caracterizadas como de «justa causa», apenas se exigia a comunicação da intenção de cessação do contrato de trabalho e não uma «sequência ordenada de actos estabelecidos nas normas de trabalho e por estas normas regulados com vista à realização de um acto final, no procedimento também compreendido» – cfr. BERNARDO XAVIER, “Procedimentos laborais na empresa: ensinar e investigar”, p. 45. A título de exemplo, vide o artigo 101.º da LCT.

⁵ Após o DL n.º 292/75, de 16 de Junho (DL n.º 292/75), ter decretado a suspensão, por trinta dias, da «faculdade de fazer cessar o contrato individual de trabalho, por decisão unilateral que o regime jurídico desse contrato reconhece às entidades patronais» - cfr. art. 21.º do DL n.º 292/75.

⁶ Em rigor, já no art. 23.º, n.º 1, alínea b), do DL n.º 292/75 se estabeleciam os seguintes elementos do procedimento disciplinar:

«O disposto no artigo 21.º não se aplica à rescisão por justa causa, desde que nela concorram as seguintes condições:

a) Ser a causa alegada uma infracção disciplinar grave;

b) Ter sido verificada a infracção através de procedimento disciplinar reduzido a escrito, de que constem, pelo menos, o envio de nota de culpa ao trabalhador arguido e a audiência deste» [sublinhados nossos].

No seu art. 24.º, o mesmo diploma previa ainda a nulidade dos «actos extintivos promovidos pela entidade patronal contra o disposto neste Decreto-Lei».

⁷ O procedimento escrito, onde se incluem obrigatoriamente a nota de culpa com exposição do comportamento em causa, a audição do arguido, a realização das diligências probatórias requeridas, o parecer das estruturas colectivas (comissão sindical, comissão intersindical, comissão de «contrôle» da produção, delegado sindical ou sindicato – cfr. art. 15.º, n.º 2, do DL n.º 372-A/75) e decisão final escrita e devidamente fundamentada – cfr. art. 11.º do DL n.º 372-A/75.

⁸ Nos termos do art. 11.º, n.º 2, do DL n.º 372-A/75: «O processo disciplinar deve ser escrito e conter obrigatoriamente uma nota de culpa, da qual constem a descrição dos comportamentos imputados ao trabalhador, a audição do arguido, bem como a realização das diligências por ele

procedimento e a conseqüente impossibilidade de se efectivar o despedimento com base nos comportamentos concretos invocados»⁹ e, bem assim, «a nulidade do despedimento que, apesar disso, tenha sido declarado»¹⁰.

Só mais tarde, com a LCCT viriam a consagrar-se limitações à fase instrutória, sendo particularmente significativa a possibilidade de recusa, justificada por escrito, da realização de diligências probatórias requeridas pelo trabalhador que «*considere patentemente dilatórias ou impertinentes*»¹¹, sob pena de nulidade do processo¹² e, conseqüentemente, de ilicitude do despedimento¹³.

Não obstante a novidade decorrente da primeira codificação da legislação laboral, a Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprovou o CT 2003, viria a manter o regime instrutório prevista na LCCT, tanto no que respeita à obrigatoriedade da instrução, como no que concerne às faculdades da sua redução pelo empregador¹⁴, e, bem assim, às conseqüências da sua preterição¹⁵.

Aquando da revisão do CT 2003, por recomendação da CLBRL¹⁶, com fundamento na subsistência de «*modelos processuais do despedimento individual [que] se têm revelado excessivamente pesados*», com «*a imposição de uma fase de*

solicitadas e outras que se mostrem razoavelmente necessárias para o esclarecimento da verdade» [sublinhado nosso].

⁹ Cfr. art. 11.º, n.º 6, do DL n.º 372-A/75.

¹⁰ Cfr. art. 12.º, n.º 1, do DL n.º 372-A/75.

¹¹ Cfr. art. 10.º, n.º 5, da LCCT. Previa ainda este diploma, no seu art. 10.º, n.º 6, a limitação da obrigatoriedade de audição a apenas três testemunhas por cada facto e dez no total.

¹² Cfr. art. 12.º, n.º 2, alínea b), da LCCT.

¹³ Cfr. art. 12.º, n.º 1, alínea c), da LCCT.

¹⁴ Nos termos do art. 414.º, n.º 1, do CT 2003: «*O empregador, por si ou através de instrutor que tenha nomeado, procede às diligências probatórias requeridas na resposta à nota de culpa, a menos que as considere patentemente dilatórias ou impertinentes, devendo, nesse caso, alegá-lo fundamentadamente por escrito*».

¹⁵ Previa o art. 429.º, alínea a) do CT 2003: «*Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes e em legislação especial, qualquer tipo de despedimento é ilícito:*

a) Se não tiver sido precedido do respectivo procedimento»

¹⁶ O trabalho da desta Comissão culminaria com a publicação do LBRL, disponível em http://www.gep.msss.gov.pt/edicoes/outras/livro_branco_digital.pdf.

instrução implica o alongamento do procedimento, com prejuízo para ambas as partes. Desde logo para o trabalhador, que tem de suportar, as mais das vezes, durante várias semanas ou mesmo alguns meses os inconvenientes do risco de despedimento que o processo sempre comporta¹⁷» e porque «não se vê especial vantagem em exigir que o empregador realize diligências probatórias que sempre terá de repetir em tribunal, aí sim, rodeadas das garantias de imparcialidade inerentes a um procedimento judicial e sujeitas ao contraditório¹⁸», veio o legislador português a consagrar a «eliminação do carácter obrigatório da instrução, com consagração de um período de reflexão para a tomada da decisão final para os casos em que o empregador prescindia da instrução».¹⁹

A consagração de uma fase de instrução facultativa foi excepcionada relativamente a um conjunto de trabalhadores tidos como particularmente vulneráveis (trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes e trabalhadores em gozo de licença parental) e complementada por um meio judicial especificamente criada para o efeito – acção de impugnação da regularidade e licitude do despedimento²⁰.

Como se demonstrou, a solução acolhida no art. 356.º, n.º 1, do CT, ao prever a instrução como uma fase facultativa do procedimento disciplinar tendente ao despedimento, rompeu com uma tradição legislativa de mais de 30 anos, constituindo um ponto de viragem no Direito do Trabalho português.

¹⁷ LBRL, p. 109.

¹⁸ LBRL, p. 109.

¹⁹ LBRL, p. 109.

²⁰ *Infra* 4.3.

2. As soluções procedimentais no direito comparado²¹

2.1. Espanha

Na sua redacção actual, a legislação espanhola aplicável no âmbito do procedimento disciplinar tendente ao despedimento (*Ley del Estatuto de los Trabajadores* – Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Março²²), prevê como conteúdo obrigatório do procedimento tão-somente a comunicação, por escrito, da intenção de despedimento, dos seus fundamentos e da data em que produzirá efeitos («*carta del despido*»)²³, que opera igualmente como um pré-aviso ao trabalhador.

A inobservância deste conteúdo mínimo²⁴ importa a qualificação da decisão de despedimento como «*despido improcedente*»²⁵, isto é, como decisão com fundamento num incumprimento grave e culposo do trabalhador²⁶ mas que não cumpriu os requisitos procedimentais obrigatórios e que, não importando a nulidade do despedimento, acarreta a readmissão do trabalhador ou o pagamento de uma indemnização, consoante a opção do empregador perante a «*Secretaría del Juzgado de lo Social*».²⁷

²¹ Referência aos regimes em apreço em MONTEIRO FERNANDES, *op. cit.*, pp. 78 a 83.

²² Disponível em <http://www.empleo.gob.es/index.htm>.

²³ Cfr. art. 55.º da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*. No entanto, em caso de despedimento com fundamento disciplinar de representante dos trabalhadores («*representante legal de los trabajadores o delegado sindical*»), terá de realizar, em momento prévio ao envio da comunicação *supra* referida, uma reunião com o trabalhador e restantes membros da sua estrutura representativa, onde explanará os fundamentos da decisão («*expediente contradictorio*») e serão ouvidos o trabalhador e os membros da sua estrutura representativa, seguindo-se a comunicação da intenção de despedimento e a decisão de despedimento, que será notificada aos intervenientes do «*expediente contradictorio*». Quando se trate de trabalhador sindicalizado, terá de haver lugar a audiência prévia dos delegados sindicais correspondentes. Cfr. art. 55.º, n.º 1, da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*

²⁴ De notar que, nos termos do art. 55.º, n.º 2, da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, o empregador pode repetir a decisão de despedimento, desta feita cumprindo os pressupostos procedimentais.

²⁵ Cfr. art. 55.º, n.º 3, da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*.

²⁶ Tradução nossa da expressão «*incumplimiento grave y culpable del trabajador*» constante do art. 55.º, n.º 1, da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*.

²⁷ Cfr. art. 56.º da *Ley del Estatuto de los Trabajadores*.

Ou seja, a *Ley del Estatuto de los Trabajadores* não parece apontar a obrigatoriedade de realização de quaisquer diligências probatórias requeridas pelo trabalhador arguido.

2.2. França

À luz da legislação francesa (*Code du Travail – Ordonnance 2007-329*, de 12 de Março²⁸), a decisão de despedimento com fundamento disciplinar por motivo grave e sério²⁹ deve ser precedida da audição do trabalhador, na qual o empregador explanará os fundamentos da sua decisão e ouvirá os argumentos do trabalhador («*entretien préalable*»)³⁰, podendo este ser acompanhado por um membro das estruturas representativas dos trabalhadores ou, na sua falta, do «*conseiller du salarié*»³¹. A decisão de despedimento deverá ser fundamentada e revestir a forma escrita e ser notificada ao trabalhador por carta registada com aviso de recepção.³²³³

Não são referidos outros actos obrigatórios no âmbito do procedimento.

Em face de uma decisão de despedimento com fundamento em motivo sério e grave mas com inobservância do procedimento disciplinar (considerada um despedimento irregular³⁴), o empregador será obrigado à repetição do procedimento e, bem assim, a pagar ao trabalhador uma compensação que não excederá um salário mensal.³⁵

²⁸ Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>.

²⁹ Tradução nossa da expressão «*motif réel et sérieux*» do art. L1232-1 do *Code du Travail*, na sua redacção actual.

³⁰ Crf. arts. L1232-2 e L-1232-3 do *Code du Travail*.

³¹ Crf. art. L1232-4 do *Code du Travail*.

³² Crf. art. L1232-6 do *Code du Travail*.

³³ Será ainda obrigatório o parecer favorável da autoridade pública competente para a área laboral previamente ao despedimento de representantes sindicais, representantes dos trabalhadores («*délégué du personnel*»), membros do conselho de trabalhadores e do «*conseiller du salarié*», entre outros trabalhadores.

³⁴ Crf. art. L1235-5, 1.º, do *Code du Travail*.

³⁵ Crf. art. L1235-2 do *Code du Travail*.

2.3. Itália³⁶

Nos termos do *Statuto dei Lavoratori* (aprovado pela Lei n.º 300, de 20 de Maio de 1970³⁷), e, bem assim, da Lei n.º 604, de 15 de Julho de 1966, são actos obrigatórios do procedimento disciplinar tendente ao despedimento em razão da verificação de justa causa³⁸, a emissão de uma nota de culpa escrita, com menção dos factos imputados ao trabalhador, a audição do trabalhador, oral ou escrita (que poderá ser representado pelo representante sindical) e, a final, decisão de despedimento escrita e devidamente fundamentada⁴⁰.

Diversamente do que sucede nos casos espanhol e francês, a inobservância do procedimento importa a ineficácia do despedimento⁴¹.

No entanto, a lei italiana não prevê a obrigatoriedade de uma fase instrutória.

Como resulta da breve análise que antecede, a solução consagrada pelo legislador português em 2009, muito embora tenha representado um rompimento do paradigma instrutório vigente em Portugal, acompanhou uma tendência europeia no domínio disciplinar.

³⁶ Referimo-nos apenas o procedimento disciplinar comum, uma vez que o procedimento disciplinar tendente ao despedimento de trabalhador dirigente é regulado em moldes diferentes, sendo aplicável o Código Civil italiano (*Codice Civile*), entre outros, pelo art. 2118.

³⁷ Disponíveis em <http://www.lavoro.gov.it/>.

³⁸ Tradução nossa da expressão «*giusta causa*» constante do art. 1.º da Lei n.º 604, de 15 de Julho de 1966, enquanto incumprimento grave que obsta à manutenção da relação laboral.

³⁹ Para além da exigência da existência e afixação na empresa de um «código disciplinar», com menção às infracções disciplinares no âmbito daquele sector e empresa e correspondentes sanções disciplinares aplicáveis, como requisitos indispensáveis da acção disciplinar.

⁴⁰ Cfr. art. 7.º do *Statuto dei Lavoratori* e art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 604, de 15 de Julho de 1966.

⁴¹ Cfr. art. 2.º, n.º 3, da Lei n.º 604, de 15 de Julho de 1966.

CAPÍTULO II

O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 338/10, DE 22 DE SETEMBRO

«Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence.»

Ulpiano, “Regularum Digesto Liber”

3. A origem do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/10, de 22 de Setembro de 2010⁴²

Por iniciativa de um Grupo de Deputados à Assembleia da República (Requerente), o TC foi chamado a pronunciar-se, em sede de fiscalização abstracta sucessiva, acerca da conformidade constitucional de diversas normas constantes do CT.

No que respeita ao art. 356.º, n.º 1, do CT, considerava o Requerente que a consagração de um procedimento disciplinar de instrução facultativa violava os princípios do contraditório e do direito de defesa, inerentes a qualquer processo sancionatório e corolário do Estado de Direito de Democrático, e, bem assim, o princípio da segurança do emprego, ao prever o *«aligeiramento das exigências procedimentais em matéria de processo disciplinar [...] bem como a descaracterização da sanção pela violação destas mesmas exigências [...]»* e, consequentemente, flexibilizar a cessação dos contratos de trabalho.

⁴² Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

O TC, na senda da sua jurisprudência em matéria de justa causa⁴³, ainda que com expressivos votos de vencidos dos Juízes Conselheiros Maria Lúcia Amaral e Rui Moura Ramos relativamente a este artigo⁴⁴, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 356.º, n.º 1, do CT, acolhendo o essencial da argumentação do Requerente, isto é, com fundamento na violação dos arts. 32.º, n.º 10, e 53.º da CRP.

Discordamos desta decisão pelos motivos que passaremos a expor.

4. Da violação do art. 32.º, n.º 10, da CRP

4.1. Aplicabilidade do art. 32.º, n.º 10, da CRP ao procedimento disciplinar laboral

Nos termos do art. 32.º, n.º 10, da CRP: «*Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*».

Poder-se-ia questionar a aplicabilidade do art. 32.º, n.º 10, da CRP, ao procedimento disciplinar, enquanto procedimento de âmbito privado, que tem lugar no interior de uma empresa, no contexto de uma relação contratual duradoura e enquanto instrumento da organização e regulação interna de uma unidade de produção, ao invés de um procedimento de iniciativa pública (de uma entidade pública), perante uma entidade pública de actuação estritamente vinculada ao princípio da legalidade, nos termos do art. 268.º da CRP.

⁴³ Para uma síntese da jurisprudência constitucional em sede de procedimento disciplinar, em particular de «*justa causa*», veja-se MONTEIRO FERNANDES, *op. cit.*, pp. 219-249, e FURTADO MARTINS, *op. cit.*, pp. 158 e segs..

⁴⁴ De notar que o Presidente do TC somente discorda do sentido decisório do Colectivo relativamente à desconformidade constitucional desta norma.

Considera o TC que:

«Com efeito, estando em causa normas em matéria de “disciplina interna” de uma empresa, e, sendo inquestionável a natureza sancionatória da consequência a aplicar ao comportamento do trabalhador, não se vê como não concluir pela relevância do procedimento sancionatório, para os efeitos do disposto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República.».

Ora, não se questionando a natureza sancionatória do procedimento disciplinar⁴⁵, importa notar que a utilização do termo “arguido”⁴⁶ e a total equiparação à situação jurídica do arguido em processo penal, ou mesmo contra-ordenacional, da do trabalhador no âmbito de um procedimento disciplinar surge como algo excessiva, em especial se se atentar nas origens de tais direitos e na teleologia do princípio do «*due process of law*», que lhes é inerente.

Neste sentido, afirma MARIA LÚCIA AMARAL na sua declaração de voto no referido Acórdão:

«A meu ver, nem das garantias de processo criminal previstas no artigo 32.º – ancoradas, por natureza e história, no âmago do sistema de liberdades do cidadão contra os desmandos dos poderes públicos – nem da garantia de segurança no emprego do artigo 53.º – dirigida antes do mais a assegurar a possível estabilidade do emprego que se procurou e obteve, e a proibir, concomitantemente, que se tolerem na legislação ordinária formas arbitrárias de cessação do contrato do trabalho por

⁴⁵ Enquanto concretização do poder disciplinar do empregador, isto é, do «[...] *poder de predispor e aplicar – através de procedimento próprio – medidas coactivas adequadas (sanções disciplinares) aos trabalhadores cuja conduta prejudique ou ponha em perigo a empresa ou não seja adequada à correcta efectivação dos deveres contratuais.*» - cfr. BERNARDO XAVIER, “Manual de Direito do Trabalho”, p. 427. No mesmo sentido MONTEIRO FERNANDES: «[...] *o dador de trabalho dispõe da singular faculdade (singular porque se trata de relações entre particulares) de reagir, por via punitiva e não meramente reparatória ou compensatória, à conduta censurável no trabalhador, no âmbito da empresa e na permanência do contrato.*» - cfr. “Direito do Trabalho”, p.279.

⁴⁶ Muito embora se utilize a expressão «trabalhador-arguido» neste contexto.

iniciativa do empregador – se pode retirar a necessária publicização do procedimento disciplinar laboral a que conduz o juízo do Tribunal. Subjacente a este juízo está a convicção segundo a qual a Constituição consagra, para o processo disciplinar laboral, uma garantia procedimental objectiva dotada de tal conteúdo e alcance que obriga à equiparação entre o estatuto do trabalhador (alvo de processo disciplinar) e o estatuto do “arguido”. Não vejo, contudo, onde se inscreva, na CRP, a inelutabilidade da equiparação.» [sublinhado nosso].

Assim, ainda que se considerasse, acompanhando parte significativa da Doutrina⁴⁷, e, bem assim, o próprio TC, que «A Constituição não distingue a que processos que culminam numa sanção é aplicável ou não o aludido normativo, nomeadamente se é só aplicável aos processos levantados por entidades públicas se também os levantados por entidades privadas. Não distinguindo a Constituição, não o pode fazer o legislador ordinário.», não podemos deixar de apontar o que nos parece ser uma interpretação excessivamente ampla do referido preceito no âmbito do Ac. n.º 338/10.

4.2. Extensão dos direitos audiência e de defesa

4.2.1. Características diferenciadoras dos processos sancionatórios

Não fazendo uma perfeita equiparação entre as garantias do arguido no contexto do processo penal e as garantias do trabalhador no âmbito do procedimento disciplinar, o TC parece omitir um importante passo lógico na apreciação do art.

⁴⁷ Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA e HENRIQUE SALINAS, na anotação a este artigo «*é inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas*» - cfr. “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo I, p. 740. Em sentido contrário, FURTADO MARTINS, *op. cit.*, pp. 183 e segs.

356.º, n.º 1, do CT: com efeito, ao considerar os direitos de audição e defesa previstos no art. 32.º, n.º 10, da CRP como aplicáveis no âmbito do procedimento disciplinar, o TC apenas analisa as consequências de uma «*decisão disciplinar errada*», sem equacionar a extensão que tais direitos devem ter no contexto disciplinar. Por outras palavras, ao considerar o art. 32.º, n.º 10, da CRP aplicável no âmbito do procedimento disciplinar, a verdade é que o TC parece não ter atentado nos múltiplos factores que diferenciam o procedimento disciplinar dos restantes processos sancionatórios.

Como tal, sem questionar a centralidade do trabalho na vida dos cidadãos, tanto a nível pessoal, como familiar e social, em especial quando considerando as nefastas consequências do despedimento, e subsequente desemprego (ainda que momentâneo), o que, indubitavelmente, aponta para a necessidade de uma protecção particular do emprego no quadro do Estado de Direito democrático, não devemos, simultaneamente, perder de vista o direito à liberdade de iniciativa económica como origem de parte significativa desse emprego que se procura proteger e, bem assim, o substrato contratual das relações laborais e a componente fiduciária inerente a tais relações.

Se, segundo BERNARDO XAVIER, «*o poder disciplinar actua como garantia do cumprimento das prestações do trabalho e para recondução rápida do trabalhador à execução dos deveres. Justifica-se sobretudo pela necessidade de manter a disciplina de grupo da comunidade empresarial*»⁴⁸. Donde, o procedimento disciplinar tem lugar num contexto muito particular, sendo o procedimento fundamento e limite do exercício do poder disciplinar do empregador relativamente ao conjunto dos trabalhadores⁴⁹.

⁴⁸ BERNARDO XAVIER, “Manual de Direito do Trabalho”, p. 427.

⁴⁹ «*O procedimento [...] opera na empresa como um limite dos poderes e direitos patronais*» - cfr., BERNARDO XAVIER, op. cit, p. 47.

Pelo contrário, nos restantes processos e procedimentos sancionatórios, mesmo naqueles em que a técnica procedimental tem um papel central – sendo o exemplo paradigmático os procedimentos administrativos e tributários – não se verifica uma identidade de fundamentos com o procedimento disciplinar laboral, desde logo por lhes subjazer uma relação entre o poder público e os particulares, ausente no plano laboral, em que é contratual a origem dessa relação.⁵⁰

Assim, no que se refere ao Ministério Público e à Administração, o fundamento dos seus poderes reside na própria Constituição (respectivamente, nos arts. 219.º e 266.º e segs.), e são limitados, em âmbito e extensão, directamente pela lei. No que se refere às entidades administrativas e regulatórias, o fundamento legal da sua actuação é particularmente vincado pois, ainda que derivando do poder público e da imposição de concretização de normas constitucionais programáticas⁵¹, a própria criação e directrizes de conduta têm origem legal.

No que se refere aos interesses ínsitos nos restantes procedimentos sancionatórios, verifica-se que em todos eles está presente um sentido de legalidade e de prossecução do interesse público: a correcta aplicação da Justiça, a protecção da saúde, do ambiente e qualidade de vida dos cidadãos, a segurança no trabalho ou rodoviária, a livre concorrência. Igualmente se constata que os intervenientes públicos não são partes interessadas no desfecho dos procedimentos – pelo contrário, ocupam posições imparciais nos mesmos – e que, mesmo considerando a verificação periódica de conformidade ao longo de um extenso período de tempo, não se estabelecem relações duradoras ou fiduciárias entre os sujeitos dos procedimentos.

⁵⁰ Os procedimentos disciplinares no âmbito do contrato de trabalho em funções públicas constituem a excepção a esta regra.

⁵¹ Recorde-se o elenco das autoridades regulatórias (Entidade Reguladora para a Comunicação Social, Autoridade da Concorrência, Agência Portuguesa do Ambiente, Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, Instituto Regulador das Águas e Resíduos, ou mesmo a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e o Banco de Portugal) ou, no âmbito laboral, a Autoridade para as Condições no Trabalho.

A necessária prossecução interesse público tem por consequência a limitação de actuação acima referida e que se ocorre com particular acuidade na vinculação ao princípio da legalidade. Um afloramento claro desta vinculação consiste na consagração da tipicidade das infracções e das sanções, que, pelo contrário, não se verifica no domínio disciplinar laboral, no qual a lei portuguesa, à semelhança da legislação estrangeira, tão-pouco oferece uma noção de «infracção disciplinar»⁵².

Consequentemente, tal como não são equiparáveis a posição jurídica e os interesses típicos do empregador e os do Ministério Público ou das autoridades administrativas potencialmente envolvidas nos processos sancionatórios, também os interesses e princípios ínsitos ao procedimento disciplinar laboral são absolutamente diferenciados dos restantes processos sancionatórios.⁵³

De acordo com BERNARDO XAVIER, entre outras virtualidades, a procedimentalização no âmbito laboral, em particular no contexto disciplinar, permite:

- «a) Abertura e informação como método de justiça, através da transparência de uma tramitação fundamentada em dados comprováveis, que conte com toda a informação e pondere alternativas, pesando a totalidade dos interesses em presença, incluindo os do trabalhador atingido.*
- b) Objectivação e racionalização, como condições da padronização, para que a decisão assuma um sentido objectivado em face do atingido e do conjunto dos trabalhadores interessados. Tal permite um melhor*

⁵² Para maiores desenvolvimentos vide MONTEIRO FERNANDES, *op. cit.*, p. 279.

⁵³ Segundo MONTEIRO FERNANDES, «O procedimento disciplinar laboral não se destina a apurar imparcial e objectivamente, uma verdade material – visa fundamentar uma decisão de parte que é a decisão disciplinar. O seu objectivo é o de sustentar uma convicção do empregador – titular do poder de disciplina – que pode ter-se formado antes dele, e que se exprimirá pela decisão de aplicar, ou não, certa sanção. Esta decisão não é, como pode parecer em face da complexidade burocrática de certos modelos procedimentais, uma decisão para – ou pré – judicial: é uma reacção de um contraente contra outro, que ficará sujeita ao escrutínio judicial se houver litígio.» - *op. cit.*, p. 285.

apuro da decisão, na expressão da fundamentação/racionalização e uma espécie de validação geral, para funcionamento do princípio da igualdade»⁵⁴.

Pelo contrário, e no que se refere especificamente ao ilícito de mera ordenação social (ou, na sua terminologia mais corrente, ao ilícito contra-ordenacional), este, nas palavras do STJ:

«[...] surge vocacionado para cumprir funções político-criminais bem definidas. Os ilícitos contra-ordenacionais [são] a resposta sancionatória de um Estado crescentemente intervencionista em áreas em que as condutas, apesar de socialmente intoleráveis, não atingem a dignidade penal.» [sublinhados nossos].

Mais refere o STJ que:

«[...] Sendo a coima uma sanção, exclusivamente patrimonial, dirigida a advertir o cumprimento de deveres e obrigações que relevam apenas de uma certa ordenação social, torna-se imediatamente compreensível que o processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas caibam às autoridades administrativas (artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 433/82). O que corresponde, ainda, ao sentido e à finalidade pragmática do movimento de descriminalização que visa libertar a função judicial de todas as tarefas relativas à averiguação e sancionamento de condutas que não têm a ver com os fundamentos éticos da comunidade, mas apenas com razões — estratégicas e utilitárias — de ordenação social.»⁵⁵ [sublinhados nossos].

⁵⁴ BERNARDO XAVIER, *op. cit.*, pp. 47 e 48.

⁵⁵ Ac. de fixação de jurisprudência do STJ n.º 4/2011, de 13 de Janeiro de 2011 (processo n.º 401/07.3tbsr -a.c1 -A.S1), publicado do DR, 1ª Série, n.º 30, de 11 de Fevereiro de 2011, pp. 769 a 780.

Ora, se assim se considera em sede de procedimento contra-ordenacional, por maioria de razão se pode depreender que também no que concerne o processo penal se visam fins de protecção dos bens jurídicos mais fundamentais de uma comunidade e de prevenção geral e/ou especial⁵⁶, e não fins idênticos aos prosseguidos no âmbito do procedimento disciplinar laboral.

Mesmo considerando que as sanções disciplinares laborais visam fins de prevenção geral e especial⁵⁷, há que precisar o sentido de tal prevenção como estando limitado ao interesse e contexto da empresa. Contudo, no âmbito de um procedimento disciplinar tendente ao despedimento será dificilmente defensável a atribuição de um fim de prevenção especial, isto é, de estímulo à não reincidência a uma sanção que tem por efeito a extinção da relação laboral. Por outro lado, considerar a possibilidade de um fim de prevenção especial para o futuro, ou seja, no contexto de futuras relações laborais, implicaria a desconsideração da razão de ser, do propósito do poder de direcção, e consequente poder disciplinar, do empregador.

Finalmente, também no âmbito do procedimento administrativo os princípios da legalidade e de prossecução do interesse público não encontram correspondência nos fins visados pelo procedimento e sanções disciplinares, entre as quais se inclui naturalmente o despedimento⁵⁸.

⁵⁶ Para maiores desenvolvimentos quanto à teoria dos fins das penas criminais, vide FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime”, pp. 43 e segs.

⁵⁷ Tal como apontado por MONTEIRO FERNANDES - cfr. *op. cit.*, p. 280.

⁵⁸ Mesmo considerando o procedimento tributário, tradicionalmente considerado como um ramo particularmente invasivo do Direito, no qual o *ius imperii* do Estado se manifesta com especial incidência, é a prossecução do interesse público, ainda que tendencialmente centrado na vertente orçamental e de fundos públicos, o princípio que preside à actuação da Administração Tributária. Refira-se que, nos termos do art. 55.º da LGT, «A administração tributária exerce as suas atribuições na prossecução do interesse público, de acordo com os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da celeridade, no respeito pelas garantias dos contribuintes e demais obrigados tributários.», sendo certo que, de acordo com o art. 58.º da LGT, «A administração tributária deve, no procedimento, realizar todas as diligências necessárias à satisfação do interesse público e à descoberta da verdade material, não estando subordinada à iniciativa do autor do pedido.».

No mesmo sentido de diferenciação entre processos sancionatórios, não podemos perder de vista que é o substrato contratual da relação laboral que justifica a formulação do art. 351.º, n.º 1, do CT 2009 e a própria noção de “justa causa”, pois que nos termos do referido artigo *«Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho»* [sublinhado nosso], no sentido em que se parte de um contrato de execução duradoura, onde as partes têm um contacto próximo e diário.

Mais parece claro que o empregador não terá (pelo menos em regra e de acordo com o fins da actividade empresarial) qualquer incentivo ao despedimento de trabalhadores, pois eles colaboram para o prosseguimento e sucesso da actividade económica e, muito simplesmente, despedir erradamente um trabalhador é contrário aos interesses do empregador, ao retirar-lhe a possibilidade de obter o resultado de uma proficiente prestação de trabalho. Porém, não deverá o empregador permitir qualquer espécie de anarquia disciplinar, sob pena de colocar em risco os objectivos visados pela organização económica “empresa”. É neste equilíbrio delicado que se giza o procedimento disciplinar e, em geral, o poder disciplinar do empregador.

4.2.2. A actual amplitude dos direitos de audição e defesa nos processos sancionatórios

Inexistindo um fundamento contratual nos restantes processos sancionatórios, com os inerentes e clássicos elementos dos negócios jurídicos como a liberdade contratual e o encontro de vontades (reconhecidamente limitados no âmbito laboral, porém presentes), parecer-nos-ia igualmente relevante atentar na posição do empregador aquando da análise da extensão das garantias de defesa do trabalhador no contexto disciplinar, pois que, sendo indiscutível que tais garantias são inerentes ao Estado de Direito, não parece evidente qual a sua extensão em tal contexto.

Ora, o TC, parecendo ignorar uma parte da relação jurídica laboral, não dedicou qualquer palavra à particular posição do empregador.

Pelo contrário, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores têm desenvolvido a temática da extensão dos direitos de audição e de defesa no âmbito disciplinar, em claro contraste com a amplitude de tais direitos no âmbito penal e contra-ordenacional.

Assim, embora com opiniões de relevo em sentido contrário⁵⁹, considera a maioria da doutrina⁶⁰, confirmada por numerosa jurisprudência⁶¹, que, no âmbito disciplinar, o trabalhador não só não tem de ser acompanhado por um mandatário, como, ainda que tenha constituído mandatário, não se exige que este esteja presente em todos e quaisquer actos do procedimento, entendendo até que, mesmo aquando da realização de diligências probatórias, em particular da audição de testemunhas, o trabalhador apenas deverá ser informado na data e hora da realização de tais diligências quando lhe caiba a apresentação das testemunhas em causa⁶², deixando ao empregador a opção do trabalhador e/ou o seu mandatário estarem presentes, ou, estando, formularem questões ou pedirem esclarecimentos⁶³.

Diversamente se passam as coisas no âmbito do processo penal, onde o direito de defesa e o exercício do contraditório têm o seu meio por excelência. Assim, para além das garantias expressamente consagradas no art. 32.º da CRP, não apenas o

⁵⁹ Como exemplo paradigmático *vide* MENDES BAPTISTA, “Estudos sobre o Código do Trabalho”, p. 219.

⁶⁰ Entre outros, FURTADO MARTINS, *op. cit.*, em particular p. 225 e LOPES, Sónia Kietzmann, “Notas práticas sobre o procedimento disciplinar e a ilicitude e irregularidade do despedimento disciplinar”, pp. 260 a 263.

⁶¹ A título de exemplo, o Ac. STJ, de 8 de Junho de 2006, no âmbito do processo n.º 05S3731 e de 23 de Novembro de 2011, no âmbito do processo n.º 318/07.1TTFAR.E1.S1, e o Ac. TRL de 19 de Janeiro de 2011, no âmbito do processo n.º 673/09.9, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶² Nos termos do art. 356.º, n.º 4, do CT.

⁶³ Para maiores desenvolvimentos, DIOGO MARECOS, pp. 871 a 878.

arguido tem obrigatoriamente de ser assistido por advogado⁶⁴, como é necessariamente acompanhado por este em numerosos actos processuais, em particular nos que sejam especialmente aptos a contender com os seus direitos de defesa⁶⁵, sob pena de nulidade insanável dos mesmos⁶⁶. Por outro lado, ainda que não coloque directamente questões às testemunhas, o mandatário poderá ser autorizado a fazê-lo, ou, no limite, a pedir esclarecimentos adicionais⁶⁷.

No que se refere aos procedimentos contra-ordenacionais, estabelece-se já uma degradação do âmbito e extensão do contraditório em comparação com o processo penal: por exemplo, a não obrigatoriedade de assistência por advogado ao longo da fase administrativa. Pronunciando-se relativamente à exigência constante do art. 32.º, n.º 10, da CRP, no âmbito dos procedimentos contra-ordenacionais, o TC considera que:

«Qualquer conteúdo normativo no sentido de estipular a obrigatoriedade de, aquando da notificação ao arguido nos termos do artigo 50.º do RGCO [Regime Geral das Contra-Ordenações], a autoridade administrativa dever proceder à enunciação/identificação dos concretos elementos de prova nos quais se alicerça o juízo de indicição dos factos, não resulta dos parâmetros constitucionais aplicáveis,

⁶⁴ Caso não constitua mandatário, o tribunal nomear-lhe-á um defensor oficioso – cfr. art. 64.º, n.º 3, do CPP.

⁶⁵ Nos termos do art. 64.º, n.º 1, do CPP: «É obrigatória a assistência do defensor:

- a) Nos interrogatórios de arguido detido ou preso;
- b) No debate instrutório e na audiência, salvo tratando-se de processo que não possa dar lugar à aplicação de pena de prisão ou de medida de segurança de internamento;
- c) Em qualquer acto processual, à excepção da constituição de arguido, sempre que o arguido for cego, surdo, mudo, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos, ou se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída;
- d) Nos recursos ordinários ou extraordinários;
- e) Nos casos a que se referem os artigos 271.º e 294.º;
- f) Na audiência de julgamento realizada na ausência do arguido;
- g) Nos demais casos que a lei determinar.»

⁶⁶ Como referido no art. 119.º, alínea c), do CPP.

⁶⁷ A título de exemplo, refira-se o art. 289.º, n.º 2, do CPP.

designadamente dos convocados artigos 32.º n.º10 e 267.º n.º5 da Constituição da República Portuguesa»⁶⁸⁶⁹.

Parece então claro que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência dominantes, os direitos de defesa e contraditório não têm a mesma extensão sequer entre os processos sancionatórios de cariz público.

4.3. Do direito de defesa no âmbito do procedimento disciplinar laboral

Recentremos a análise na pronúncia do TC relativamente ao efeito da consagração de uma fase facultativa de instrução no contexto do procedimento disciplinar laboral e suas consequências no que concerne as garantias de defesa do trabalhador.

Considera o Tribunal Constitucional:

«Poderá então ser duvidoso que, tendo em conta a importância do bem jurídico em causa - o trabalho - respeite as exigências de adequação e equilíbrio (artigos 53.º, 32.º, n.º 10 e 18.º, n.º 2) a eliminação da mais elementar garantia de defesa de que o arguido num processo disciplinar

⁶⁸ Ac. TC n.º 537/11, de 15 de Novembro de 2011, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁶⁹ Em sentido idêntico, vide a pronúncia do TC no âmbito do Ac. n.º 278/99, de 5 de Maio de 1999, disponível em www.tribunalconstitucional.pt: «No domínio do processo contra-ordenacional, este Tribunal tem-se pronunciado no sentido de uma não estreita equiparação entre esse ilícito e o ilícito criminal (cfr. acórdão n.º 158/92, citado), sem deixar, no entanto, de sublinhar ‘a necessidade de serem observados determinados princípios comuns que o legislador contra-ordenacional será chamado a concretizar dentro de um poder de conformação mais aberto do que aquele que lhe caberá em matérias de processo penal’, como se escreveu no acórdão n.º 469/97, publicado no mesmo jornal oficial, II Série, de 16 de Outubro de 1997. Na verdade, a menor ressonância ética do ilícito contra-ordenacional subtrai-o às mais ‘rigorosas exigências de determinação válidas para o ilícito penal’ (Maria Fernanda Palma e Paulo Otero, ‘Revisão do Regime Legal do Ilícito de Mera Ordenação Social’ in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol, XXXVII 2, 1996, pág. 564), o que não deixará de se reflectir no âmbito do contraditório.

De qualquer modo, desenvolvida a actividade sancionatória da Administração a montante do recurso para o tribunal comum e não impedida a recorrente de atempadamente, na própria fase procedimental onde ainda se não exercera o controlo jurisdicional, se fazer ouvir e se defender, a interpretação que o tribunal recorrido concedeu à norma do artigo 50º do Decreto-Lei n.º 433/82 não se mostra colidente com o preceituado no n.º 10 do artigo 32º da CR.»

pode dispor para além do seu direito de audiência, ou seja, exigir que as diligências probatórias que pede que a entidade empregadora realize não possam ser, de forma totalmente arbitrária, rejeitadas.

No caso da micro-empresa e dos cargos dirigentes deve ainda ter-se em conta a possibilidade legal de oposição de empregador à reintegração do trabalhador (artigo 392.º do Código do Trabalho), que constitui uma restrição ao "direito à reintegração" em caso de despedimento ilícito como consequência da proibição dos despedimentos sem justa causa. É que a colocação da defesa do trabalhador essencialmente na fase judicial pode potenciar o número de situações que dificultam ou inviabilizam uma posterior reintegração em caso de despedimento ilícito, resultante, porventura, de algum equívoco quanto aos factos (que poderiam, porventura, ser objecto de diligências probatórias) ou de alguma falha contextual de comunicação entre as partes (eventualmente, na própria audiência do trabalhador).

[...] Deste modo, a única intervenção do trabalhador que apresenta um carácter legal obrigatório é a resposta à nota de culpa. Esta resposta consubstancia o exercício do direito de audiência previsto no n.º 10 do artigo 32.º mas já não consome o direito de defesa. Verifica-se assim a possibilidade de existirem processos sancionatórios que, ao arrepio do referido preceito constitucional, não asseguram os direitos de defesa dos arguidos.». [sublinhado nosso]

Coloca-se, então, a questão de saber qual a amplitude constitucionalmente exigida dos direitos de defesa do trabalhador no contexto do procedimento disciplinar e se a consagração de uma fase de instrução facultativa implica a violação das garantias de defesa do trabalhador. Isto é, no contexto de um procedimento disciplinar de instrução facultativa há necessariamente uma violação do direito de defesa do trabalhador? Somos de opinião que o princípio de «*due*

process of law», enquanto processo justo e adequado, não impõe uma fase de instrução obrigatória no âmbito do procedimento disciplinar laboral.

Se é certo que o CT veio consagrar tal solução, a verdade é que não deve ser avaliada isoladamente.

Por um lado, o CT manteve os vectores essenciais do direito de defesa do trabalhador, tais como a obrigatoriedade da comunicação da intenção de despedimento constante de uma nota de culpa escrita e da qual conste a «*descrição circunstanciada dos factos*» (art. 353.º, n.º 1), a audição do trabalhador em resposta à nota de culpa⁷⁰ (art. 355.º), a possibilidade de consulta dos elementos do procedimento e a decisão final escrita, fundamentada e limitada aos factos constantes da nota de culpa (art. 357.º, n.ºs 4 e 5), bem como a consequência de invalidade do procedimento no caso da sua preterição (art. 382.º, n.º 2).

Por outro lado, o legislador veio complementar o sistema, dotando-o de uma acção judicial especificamente criada com vista à impugnação da regularidade e ilicitude do despedimento (arts. 98.º-B e segs do CPT), de natureza urgente⁷¹, cuja iniciativa é particularmente simples para o trabalhador – bastando o preenchimento de um formulário⁷², no qual identifica os intervenientes e declara a sua oposição ao despedimento, e a junção da decisão de despedimento⁷³.

No âmbito desta acção, tal como no direito anterior, a argumentação utilizada pelo trabalhador ao longo do procedimento disciplinar não é vinculativa, mas o

⁷⁰ A obrigatoriedade de audiência prévia do trabalhador está igualmente consagrada no âmbito do procedimento disciplinar não tendente ao despedimento – art. 329.º, n.º 6, do CT.

⁷¹ Art. 26.º, n.º 1, alínea a), do CPT.

⁷² Aprovado pela Portaria n.º 1460-C/2009, de 31 de Dezembro.

⁷³ Na letra do art. 98.º-C, n.º 1, do CPT «[...] a acção de impugnação judicial da regularidade e ilicitude do despedimento inicia-se com a entrega, pelo trabalhador, junto do tribunal competente, de requerimento em formulário electrónico ou em suporte de papel, do qual consta declaração do trabalhador de oposição ao despedimento [...]».

empregador, não apenas está limitado aos factos constantes da decisão final de despedimento (arts. 387.º, n.º 3, do CT e 98.º-J, n.º 1, do CPT⁷⁴), como lhe cabe o ónus da prova da verificação de justa causa para o despedimento em apreço, sem que a prova produzida no contexto procedimental possa ser utilizada (haverá lugar à repetição das diligências probatórias).⁷⁵⁶

De mencionar que o legislador, numa concretização legislativa da primazia da materialidade subjacente (embora sem a previsão de consequências adequadas), impôs ainda que, nos termos do art. 387.º, n.º 4, do CT:

«Em casos de apreciação judicial de despedimento por facto imputável ao trabalhador, sem prejuízo da apreciação de vícios formais, o tribunal deve sempre pronunciar-se sobre a verificação e procedência dos fundamentos invocados para o despedimento» [sublinhado nosso].

Neste domínio, aponta o TC:

«[...] não é, seguramente, o facto de o trabalhador poder impugnar o despedimento, relegando para a fase jurisdicional a apresentação das suas provas, que minora a consequência de na resposta à nota de culpa não poder, de imediato, suscitar a audição de testemunhas.» e que «A exigência de fundamentação da decisão de despedimento não preenche o vazio de não ter sido, em tempo, exercido o direito de defesa, já que é o trabalhador que sabe a forma como deve empreender a sua defesa, e, sobretudo o modo e a época de a exercitar».

⁷⁴ Nos termos deste artigo: «O empregador apenas pode invocar factos e fundamentos constantes da decisão de despedimento comunicada ao trabalhador».

⁷⁵ Para maiores desenvolvimentos, vide, PAULO SOUSA PINHEIRO, “Curso breve de Direito Processual do Trabalho – conforme as alterações ao Código de Processo do Trabalho introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de Outubro”, pp.140 e segs, e ALBINO BAPTISTA, “A nova acção de impugnação do despedimento e a revisão do Código de Processo do Trabalho”.

⁷⁶ Tal complementaridade é evidente na redacção do art. 14.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2009, nos termos do qual: «Os n.ºs 1, 3 e 4 do artigo 356.º, os artigos 358.º, 382.º, 387.º e 388.º, o n.º 2 do artigo 389.º e o n.º 1 do artigo 391.º entram em vigor na data de início de vigência da legislação que proceda à revisão do Código de Processo do Trabalho».

No entanto, e com o devido respeito por opinião diversa, não nos parece que o TC tenha atentado profundamente sobre o impacto que a limitação imposta ao empregador pela impossibilidade de, mesmo no âmbito judicial, recorrer a factos não constantes da decisão de despedimento comunicada ao trabalhador tem no comportamento do empregador ao longo do procedimento disciplinar tendente ao despedimento, ao reforçar um sistema de incentivos que pretende garantir a certeza e acerto da decisão de despedimento.

Mais se refira que, nos casos em que seja o próprio trabalhador a não exercer os direitos de defesa previstos – como, v.g., a resposta à nota de culpa –, a tal falta de participação não é associado um efeito cominatório de confissão dos factos imputados na nota de culpa. O que, mais uma vez, fortalece o incentivo do empregador para encetar o mais diligente apuramento dos factos com vista a uma decisão devidamente fundamentada, apta a prevalecer em sede judicial⁷⁷, já que o faz sem poder contar com a colaboração do trabalhador, nomeadamente, sem conhecer as suas motivações ou a sua versão dos factos.

Não estamos isolados neste entendimento, segundo o qual a audiência prévia do trabalhador e demais garantias de defesa consagrados no CT asseguram adequadamente o direito de defesa do trabalhador em sede de procedimento disciplinar e acompanhamos, por isso, RUI MOURA RAMOS na sua declaração de voto no âmbito do Ac. em apreço:

«[...] entendemos que a posição do trabalhador que é objecto de garantia constitucional está salvaguardada ao nível do processo disciplinar não apenas através da sua audição prévia, ou seja, da resposta à nota de culpa, onde pode juntar os documentos que entender, mas, principalmente, através da necessidade da entidade patronal fundamentar a decisão final, devendo entender-se que “é na motivação

⁷⁷ Referindo-se aos incentivos do empregador, DIOGO MARECOS, *op. cit.*, pp. 380 e 381.

do despedimento que reside o âmago (nomeadamente constitucional) da tutela efectiva da posição do trabalhador” (Nuno Abranches Pinto, Instituto disciplinar laboral, Coimbra 2009, p. 148, nota 325).

Além disso, o trabalhador pode impugnar o despedimento e nessa acção de impugnação do despedimento pode também o trabalhador requerer as diligências probatórias que entender. Se elas se realizarem em tribunal e o seu sentido for favorável ao trabalhador, o erro da decisão disciplinar irá projectar-se na derrota judicial do empregador e nas consequências económicas e empresariais que daí decorrem. O risco do erro de uma eventual não realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador corre, pois, judicialmente, por conta do empregador.

Por fim, a solução deve inserir-se também no contexto do novo de Trabalho. Segundo o Novo Código, na linha da proposta do Livro Branco, o trabalhador pode impugnar o despedimento sem proceder para o efeito a qualquer fundamentação por mais sumária que seja (ver Albino Mendes Baptista, A nova acção de despedimento, p. 38, Coimbra 2010).

Terá, então, de se ponderar o facto de o próprio empregador ter interesse na correcção do processo disciplinar, conjugado com o direito de resposta do trabalhador à nota de culpa e com a necessidade de fundamentação, pelo empregador, da decisão final, afigurando-se-nos que tais garantias, conjugadas com a possibilidade de impugnação judicial do despedimento, constituem protecção suficiente do trabalhador.» [sublinhados nossos].

Em sentido idêntico se pronuncia parte da doutrina⁷⁸, com excepção de ALBINO BAPTISTA⁷⁹, pois, muito embora se compreenda a *ratio* por trás de uma fase

⁷⁸ Neste sentido, entre outros, FURTADO MARTINS, MONTEIRO FERNANDES e BERNARDO XAVIER, *op. cit.*

instrutória e da possibilidade de o trabalhador indicar as diligências probatórias que considere pertinentes na sua defesa, não podemos ignorar que não é a uma fase de instrução obrigatória que permite evitar, *de per se*, as situações de despedimento ilícito.

Como facilmente se compreende, tão-pouco é a imposição da justificação por escrito do carácter patentemente dilatatório das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador a solução que suficientemente obsta a uma decisão incorrecta, uma vez que, como tão claramente refere MONTEIRO FERNANDES «*O procedimento disciplinar laboral não se destina a apurar imparcial e objectivamente, uma verdade material – visa fundamentar uma decisão de parte que é a decisão disciplinar. O seu objectivo é o de sustentar uma convicção do empregador [...]*»⁸⁰. Se assim o entender, ao empregador bastará reduzir a escrito uma qualquer justificação ou, no limite, realizar de forma apenas aparente as diligências requeridas – não será difícil conceber casos de audição meramente formal das testemunhas indicadas pelo trabalhador ou a recepção dos documentos apresentados, sem que esta seja seguida de uma análise cuidada por parte do empregador.

Como acima apontámos, o empregador terá evidentes benefícios na realização de uma diligente fase instrutória e, em geral, de um ponderado procedimento disciplinar mas não será a consagração de uma fase obrigatória de instrução que impedirá, ou sequer desincentivará, despedimentos com origem na eventual má fé do empregador.

Poder-se-ia resumir a questão da seguinte forma: o empregador de boa fé, em face da ausência de uma convicção sobre a «*gravidade e consequências*»⁸¹ da

⁷⁹ ALBINO BAPTISTA, *op. cit.*, em particular pp. 31 a 39. Também em sentido contrário parece pronunciar-se ROMANO MARTINEZ, embora com particular incidência nas consequências adjectivas desta solução – cfr. “O Código do Trabalho revisto”, pp. 151 e segs.

⁸⁰ MONTEIRO FERNANDES, *op. cit.*, p. 285.

⁸¹ Cfr. art. 351.º, n.º 1, do CT.

conduta do trabalhador, levará a cabo todas as diligências probatórias necessárias à formulação desse um juízo de certeza. O empregador de má fé, pelo contrário, tentará furta-se mais delongas e, quando não puder evitá-lo, a cumprir formalmente as exigências da lei.

Quando se atenta no argumento aduzido por ALBINO BAPTISTA quando aponta certamente «*Importa ter presente que o trabalhador com o despedimento fica privado desde logo do salário e que o acto do empregador pode causar-lhe de imediato danos relevantíssimos, nomeadamente não patrimoniais*»⁸², não somos levados a alterar as considerações anteriores pois, muito embora se reconheça a extrema relevância da preocupação, não parece ser uma instrução obrigatória o instrumento adequado a evitar situações como as descritas.

Parece-nos, pelo contrário, que a chave para acautelar tais interesses residirá, como sempre acontece, na adequação do sistema de incentivos inerentes ao procedimento disciplinar, no sentido do sancionamento exemplar de comportamentos patronais manifestamente ilícitos. Se o empregador souber que, com elevada probabilidade, o seu comportamento será penalizado⁸³, então tenderá a ponderar – ainda melhor – nas consequências da sua actuação.

Assim, e muito embora se compreenda a linha de raciocínio adoptada pelo TC, considera-se não ser evidente a aplicabilidade do art. 32.º, n.º 10, da CRP ao procedimento disciplinar laboral. Mas, ainda que o seja, não parecem os direitos de audição e defesa ter a mesma extensão nos diversos processos sancionatórios, pelo que, a consagração de uma fase facultativa de instrução, não coarctando o núcleo

⁸² ALBINO BAPTISTA, *op. cit.*, p. 39.

⁸³ A concreta sanção implicaria um estudo aprofundado mas, a título de exemplo, poderemos apontar um considerável agravamento do valor da indemnização ao trabalhador ou do valor das contribuições para a segurança social ou ainda o obrigatoriedade de um controlo regular da Autoridade para as Condições do Trabalho, por certo período do tempo, nos casos de comportamentos recorrentes.

essencial das garantias de defesa do trabalhador e sendo complementada por soluções adjectivas adequadas, não pode ser tida por inconstitucional.

5. Da violação do art. 53.º da CRP

Nos termos do art. 53.º da CRP: *«É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos».*

Não se discordando dos argumentos essenciais apontados no Ac., em particular que *«deve considerar-se que o direito à segurança no emprego (artigo 53.º da Constituição) tem, enquanto princípio de protecção do bem jurídico "trabalho", uma dimensão objectiva procedimental. A obrigatoriedade de um processo para a aplicação de sanções disciplinares de despedimento é uma garantia instrumental que confere consistência e efectividade ao direito à segurança no emprego»*, e sem enveredar pelo longo e complexo caminho do conceito constitucionalmente consagrado de “justa causa”, justificam-se alguns comentários às considerações do TC.

Em síntese, considera o TC que a opção por uma instrução facultativa, não apenas esvazia o procedimento disciplinar, como transfere para o momento judicial a comprovação da justa causa, conduzindo ainda à proliferação das situações de oposição à reintegração.

No que respeita à desvalorização do procedimento disciplinar, importa não perder de vista que a realização de diligências probatórias requeridas pelo trabalhador-arguido, embora em regra integre o procedimento, não constitui o seu núcleo essencial (tanto que, mesmo em sede de uma instrução obrigatória, é possível justificadamente afastar a realização de tais diligências probatórias), mas mais um

elemento a contribuir para a convicção do empregador quanto à correcção e adequação da decisão a adoptar.

Será um procedimento disciplinar burocraticamente mais complexo necessariamente mais adequado, porque mais transparente e justo? Cremos que não.

O princípio da prevalência da substância sobre a forma que, em regra, deve moldar o procedimento impõe a especial consideração do fim substantivo deste, obsta à consagração de um procedimento essencialmente formalista, que opere quase como um fim em si mesmo, ao ponto de ultrapassar a medida adequada a assegurar a justiça no procedimento. Nesse sentido parece ter andado o legislador quando optou, pela consagração da possibilidade de “reabertura do procedimento disciplinar”⁸⁴ e pela obrigatoriedade do tribunal, na «*apreciação judicial de despedimento por facto imputável ao trabalhador*», proceder sempre à «*verificação e procedência dos fundamentos invocados para o despedimento*»⁸⁵.

A mesma orientação parece ter estado na origem da consagração da figura do “despedimento irregular” como correspondendo a uma decisão de despedimento por verificação da justa causa mas no âmbito de um procedimento disciplinar deficiente por não realização de diligências probatórias obrigatórias.⁸⁶ Tal solução encontra correspondência na figura tradicional da irregularidade no Direito Civil enquanto inobservância de regras que, não implicando a ineficácia, dá lugar a consequências, em regra, de natureza patrimonial.⁸⁷⁸⁸

⁸⁴ Art. 436.º, n.º 2, do CT 2003.

⁸⁵ Art. 387.º, n.º 4, do CT 2009.

⁸⁶ Art. 389.º, n.º 2, do CT 2009.

⁸⁷ Os exemplos mais representativos da consagração da irregularidade no domínio civil são as invalidades patrimoniais previstas nos arts. 1649.º e 1650.º do CC.

⁸⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre os temas da invalidade e ineficácia, CARVALHO FERNANDES, “Teoria Geral do Direito Civil II – Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica”, pp.486 a 506 e MENEZES CORDEIRO, “Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral”, Tomo I, pp. 853 a 871.

Pelo contrário, a figura do “despedimento ilícito”, no particular domínio do despedimento por facto imputável ao trabalhador, enquanto decisão de despedimento não fundada numa justa causa verificada no caso concreto – critério central e essencial para a cessação da relação laboral – parece consistir na consagração de uma modalidade clássica de invalidade: a anulabilidade⁸⁹, enquanto situação na qual «o interesse de uma determinada pessoa não foi suficientemente atendido»⁹⁰.

Como tal, o legislador parece ter querido fazer uma clara distinção entre as situações em que se encontrava cumprido o requisito constitucional de justa causa para o despedimento e as situações em que tal pressuposto essencial não estava verificado para daí retirar as consequências jurídicas adequadas. Isto é, o legislador parece, e a nosso ver correctamente, ter utilizado a verificação de justa causa como factor diferenciador do vício de que enferma o procedimento, consagrando a anulabilidade quando a justa causa não está verificada e, pelo contrário, a irregularidade quando, existindo justa causa de despedimento, não foram levadas a cabo formalidades que, não pondo em causa do direito de defesa do trabalhador, estavam prescritas na lei laboral.⁹¹

Mais se refira que as causas de invalidade do despedimento consagradas no art. 382.º, n.º 2, do CT não afastam este entendimento. Pelo contrário, as situações de despedimento inválido aí previstas reforçam a tese que a anulabilidade apenas é cominada para os casos mais gravosos, isto é, para os despedimentos em que a justa causa não está presente ou, de acordo com o art. 382.º, n.º 2, do CT não foram observados as fundamentais garantias de defesa do trabalhador.⁹²

⁸⁹ Embora com particularidades no domínio laboral, em especial os prazos de arguição.

⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 861.

⁹¹ Para maiores desenvolvimentos sobre a figura da irregularidade no domínio do procedimento disciplinar tendente ao despedimento, FURTADO MARTINS, *op. cit.*, pp. 512 e segs.

⁹² Importa assinalar que o TC não se pronunciou relativamente ao art. 389.º, n.º 2, do CT e ao despedimento irregular como vício da omissão da instrução obrigatória, tão-pouco ao art. 382.º, n.º 2. Ainda que vinculado por um princípio do pedido que impediria uma pronúncia de conformidade ou desconformidade com a Constituição, parece-nos relevante a omissão de qualquer referência a este artigo pois não se compreende plenamente como defender a instrução obrigatória enquanto

Verdadeira amputação do procedimento disciplinar seria, sim, a eliminação da audiência prévia do trabalhador ou o fim da obrigatoriedade de uma nota de culpa e de uma decisão final reduzidas a escrito, devidamente circunstanciadas e fundamentadas, pois aí as virtudes da abordagem procedimental e a sua dimensão de «*consistência e efectividade ao direito à segurança no emprego*» perder-se-iam juntamente com os direitos de defesa do trabalhador.

No que se refere à verificação da justa causa somente num momento judicial posterior, se é verdade que a comprovação desta não se esgota na fase procedimental, importa por outro lado reforçar que, como *supra* referido, o empregador está vinculado aos factos e fundamentos apontados na nota de culpa e, depois, na decisão final de despedimento, pelo que, na sua perspectiva, existe um vigoroso incentivo à maximização da convicção e correcção da sua decisão e dos elementos probatórios nos quais esta se alicerçou, já que não será possível lançar mão de outros elementos em sede judicial.

Finalmente, relativamente à potenciação dos casos de despedimento ilícito e consequente oposição à reintegração, não parece que a consagração de uma fase instrutória facultativa tenha necessariamente um efeito promotor da incorrecção das decisões de despedimento.

A consagração legislativa da possibilidade de oposição à reintegração nas micro empresas⁹³ resulta da existência de um tecido empresarial particular, que, segundo dados de 2008, é constituído em 97,8% por micro e pequenas empresas de estrutura familiar⁹⁴, nas quais (necessariamente) existe uma maior proximidade entre os trabalhadores e os empregadores. Como bem se compreende, neste contexto é objectivamente mais difícil o cumprimento de todos os componentes formais do

componente essencial do direito de defesa do trabalhador no procedimento disciplinar sem estabelecer qualquer conexão com o art. 382.º, n.º 2, ou, pelo contrário, repudiar o art. 389.º, n.º 2.

⁹³ Art. 392.º, n.º 1, do CT.

⁹⁴ Dados disponíveis em <http://www.iapmei.pt/>.

procedimento⁹⁵ e a discordância quanto à gravidade do comportamento do trabalhador comporta dificuldades acrescidas na “re-assimilação” do trabalhador na estrutura da empresa.

Derivando a *ratio legis* e os casos de oposição à reintegração essencialmente da composição do tecido empresarial português, não parece que a consagração de uma fase de instrução facultativa seja uma solução apta a motivar a multiplicação das situações de oposição à reintegração.

Assim, e em sentido contrário ao entendimento sufragado pelo TC no seu Ac. n.º 338/2010, entendemos que a consagração de uma fase instrutória facultativa não viola o princípio constitucional da segurança no emprego.

⁹⁵ Tal como reconhecido pelo legislador no art. 358.º do CT.

CAPÍTULO III

CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COM FORÇA OBRIGATÓRIA GERAL

«A nova cultura começa quando o trabalhador e o trabalho são tratados com respeito.»

Máximo Gorky, “Célebres e Principiantes”

6. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral

Prescreve o art. 282.º da CRP que:

«1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a represtinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da

ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.»
[sublinhados nossos].

Na análise das consequências da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art. 356.º, n.º 1, do CT, importa atentar em particular nos números 1, 3 e 4, do art. 282.º da CRP, que dispõem, respectivamente, sobre o efeito repristinatório, a exceção de caso julgado e o poder do TC na limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

6.1. O efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade

Se a eficácia retroactiva da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral deriva da particular posição da Constituição no ordenamento, a qual, nas palavras de JORGE MIRANDA, «*como base da força intrínseca da norma em causa*», deve «*prevalecer incondicionalmente desde o momento em que esta é emitida ou em que ocorre a contradição ou desconformidade e não apenas desde o instante em que a contradição é reconhecida.*»⁹⁶ -, também a repristinação da norma revogada pela norma declarada inconstitucional advém da invalidade “congénita” desta.

Ora, no tema em apreço, a problemática da «*“reentrada” em vigor da norma ou normas revogadas pela norma declarada inconstitucional*»⁹⁷ coloca-se com particular relevância, pois teve lugar uma ab-rogação da legislação anterior, pela qual o CT 2003 foi revogado e em seu lugar, enquanto fundamental diploma disciplinador do Direito do Trabalho, surgiu o CT⁹⁸⁹⁹, no qual a maioria das soluções

⁹⁶ MIRANDA, JORGE, “Manual de Direito Constitucional, Tomo VI – Inconstitucionalidade e garantia da Constituição”, p. 272.

Para maiores desenvolvimentos, vide MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, “Constituição Portuguesa Anotada”, Tomo III.

⁹⁷ GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 1016.

⁹⁸ A norma revogatória contida no art. 12.º da Lei n.º 7/2009 é esclarecedora.

consagradas são coincidentes¹⁰⁰, mas se alteram parte das anteriores concepções, nomeadamente pela promoção da desburocratização e da flexibilidade interna.

Não tendo o art. 356.º, n.º 1, do CT 2009 sido revogado directamente por uma norma, ocorreu sim um caso de ab-rogação expressa do CT 2003 pela Lei n.º 7/2009, com vista a determinar se a repriminção pode operar, a doutrina coloca a tónica desta análise, num primeiro momento, na conformidade constitucional da norma revogatória (no caso, o art. 7.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2009)¹⁰¹.

Ora, não existindo dúvidas de que a Lei n.º 7/2009, em particular o seu art. 7.º, n.º 4, é (formal, orgânica e materialmente) conforme à Constituição, coloca-se a questão da possibilidade de autonomização do art. 356.º, n.º 1, do CT em relação ao art. 7.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2009, isto é, de saber se o art. 356.º, n.º 1, é uma norma de tal forma central e caracterizadora que importa a invalidade deste art. 7.º, n.º 4, ou, pelo contrário, este mantém plenamente a sua relevância e finalidade.

Tendo em mente a posição primordial do CT, como principal diploma disciplinador do Direito do Trabalho, e, bem assim a extensão de matérias por si reguladas, parece que o art. 7.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2009, ao revogar o CT 2003, se mantém pleno de sentido, com o afastamento do art. 356.º, n.º 1.

Assim, o próximo ponto de análise passa, nas palavras de Rui Medeiros, por *«saber se, sendo possível a autonomização da norma revogatória, [...] a inconstitucionalidade de uma norma dispositiva do acto normativo tem como*

⁹⁹ Neste sentido, o art. 1.º da Lei n.º 7/2009: «É aprovado o Código do Trabalho, que se publica em anexo à presente lei e dela faz parte integrante».

¹⁰⁰ A noção e centralidade da justa causa no procedimento disciplinar tendente ao despedimento é um exemplo paradigmático da continuidade.

¹⁰¹ Neste sentido, JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 274 e 275 e GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1017.

Para maiores desenvolvimentos, MEDEIROS, Rui, “A Decisão de Inconstitucionalidade – Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei”, em particular pp. 651 e seguintes.

consequência a invalidade da norma revogatória – e, por conseguinte, o efeito repristinatório – ou, pelo contrário, a validade desta não é afectada – pelo que a solução se há-de buscar nas restantes normas do acto normativo parcialmente inconstitucional e do ordenamento jurídico em vigor»¹⁰² [sublinhados nossos].

Parece-nos, pelos motivos acima apontados, que a inconstitucionalidade do art. 356.º, n.º 1, não comporta a invalidade art. 7.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2009.

Consequentemente, tendo o art. 7.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2009, operado uma ab-rogação expressa do CT 2003, sendo esta conforme à Constituição e perfeitamente autonomizável do art. 356.º, n.º 1, do CT, então, seguindo os ensinamentos de JORGE MIRANDA¹⁰³, dever-se-á afastar o efeito repristinatório directo e, em face da lacuna em presença, e, bem assim, dentro do espírito do sistema actualmente vigente e no rigoroso respeito pelo princípio da interpretação conforme à Constituição, buscar a solução adequada para o efeito.¹⁰⁴

Considerando as normas que regulam o procedimento disciplinar tendente ao despedimento no CT, parece que a única solução adequada passava pela equiparação, para este efeito, da posição dos trabalhadores comuns ao estatuto das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e trabalhadores no gozo de licença parental, adoptando-se assim a formulação do art. 356.º, n.º 2, do CT¹⁰⁵: «*O empregador, por si ou através de instrutor que tenha nomeado, deve realizar as diligências probatórias requeridas na resposta à nota de culpa, a menos que as considere patentemente dilatórias ou impertinentes, devendo neste caso alegá-lo fundamentadamente por escrito*».

¹⁰² Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, p. 827.

¹⁰³ MIRANDA, JORGE, *op. cit.*, pp. 253 e segs.

¹⁰⁴ No sentido da preferência pela solução redutiva no ordenamento português, aponta RUI MEDEIROS que é «*largamente dominante o entendimento segundo o qual a invalidade de normas isoladas não tem, em princípio, por consequência, a invalidade das restantes normas do mesmo diploma*» - cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, p. 855.

¹⁰⁵ Em termos idênticos ao art. 414.º, n.º 1, do CT 2003.

A dimensão procedimental da noção constitucionalmente consagrada de justa causa parece impor a previsão de uma sanção não apenas nas situações de não verificação dessa justa causa no caso concreto, mas igualmente nas hipóteses de preterição dos actos obrigatórios do procedimento, sob pena de esvaziamento da garantia constitucional da protecção da segurança no emprego.

Como tal, se de acordo com o princípio da interpretação conforme à Constituição, em particular respeitadora do art. 53.º da CRP, não se concebe estar em causa uma lei imperfeita (*lex imperfectae*), isto é, uma «*norma cuja violação não importa qualquer espécie de sanção*»¹⁰⁶, há igualmente que considerar como solução mais ajustada dentro do espírito do sistema, uma vez mais, a equiparação com o estatuto das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e trabalhadores no gozo de licença parental, no âmbito do art. 389.º, n.º 2, do CT¹⁰⁷.

Para uma total equiparação, importaria ainda a adaptação das restantes normas que diferenciavam os casos de instrução facultativa e obrigatória, isto é, os arts. 356.º, n.ºs 2, 3, 5 e 7 e 357.º, n.º 8, do CT.

Relativamente ao art. 357.º, n.º 3, do CT¹⁰⁸, acompanhamos o entendimento de SÓNIA KIETZMANN LOPES¹⁰⁹ no sentido da sua manutenção nos casos em que o empregador tenha prescindido justificadamente da realização das diligências probatórias requeridas e consequente alargamento aos casos de procedimento

¹⁰⁶ BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 96.

¹⁰⁷ Prevê o art. 389.º, n.º 2, do CT, na redacção da Lei n.º 7/2009: «*No caso de mera irregularidade fundada em deficiência de procedimento por omissão das diligências probatórias referidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 356.º, ou a inobservância do prazo referido no n.º 3 do artigo 357.º, se forem declarados procedentes os motivos justificativos invocados para o despedimento, o trabalhador tem apenas direito a indemnização correspondente a metade do valor que resultaria da aplicação do n.º 1 do artigo 391.º.*».

¹⁰⁸ Nos termos do art. 357.º, n.º 3, do CT: «*Se o empregador optar por não realizar as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador, a decisão só pode ser tomada depois de decorridos cinco dias úteis após a recepção dos pareceres dos representantes dos trabalhadores, ou o decurso do prazo para o efeito ou, caso não exista comissão de trabalhadores e o trabalhador não seja representante sindical, após a recepção da resposta à nota de culpa ou o decurso do prazo para este efeito.*».

¹⁰⁹ LOPES, Sónia Kietzmann, *op. cit.*, p. 266.

disciplinar tendente ao despedimento relativo a trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e trabalhadores no gozo de licença parental, uma vez que nestas situações a *ratio legis* da consagração deste mecanismo, isto é, a promoção de um período de reflexão e correcta ponderação da decisão de despedimento, mantém plena acuidade.

Em sentido contrário se pronuncia parte significativa da doutrina, considerando que, em face da relação umbilical entre o arts. 356.º, n.º 1, e 357.º, n.º 3, do CT, a pronúncia do TC no sentido da inconstitucionalidade do modelo de instrução facultativa, importou a eliminação do art. 357.º, n.º 3, do CT.¹¹⁰

Ora, sem surpresa e com sustentação na doutrina, foi precisamente o entendimento pelo alargamento do art. 356.º, n.º 2, do CT a todos os trabalhadores que esteve na base das soluções adoptadas na Lei n.º 23/2012.

Começando pela alteração do art. 356.º, n.º 1, do CT – que passa a ter uma redacção idêntica à do anterior artigo 414.º, n.º 1, do CT 2003 («*O empregador, por si ou através de instrutor que tenha nomeado, deve realizar as diligências probatórias requeridas na resposta à nota de culpa, a menos que as considere patentemente dilatórias ou impertinentes, devendo neste caso alegá-lo fundamentadamente por escrito*») –, a Lei n.º 23/2012 operou igualmente a adaptação das restantes normas que regulam esta matérias à solução consagrada no 356.º, n.º 1, do CT.

Assim, no que se refere aos restantes números do 356.º do CT, o legislador procedeu à revogação do n.º 2, devido à sua redundância superveniente, e eliminou as referências «*quando haja lugar à instrução requerida pelo trabalhador*» e «*recepção da resposta à nota de culpa*», respectivamente, nos n.ºs 3 e 5. No n.º 7 deste artigo foi substituída a referência ao n.º 2 pela menção ao n.º 1.

¹¹⁰ Neste sentido, *vide* BERNARDO XAVIER, “Manual de Direito do Trabalho”, p. 755, e FURTADO MARTINS, “Cessação do Contrato de Trabalho”, p. 231.

Também o art. 63.º, n.º 3, alínea a), do CT, relativo à protecção no despedimento de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e trabalhadores no gozo de licença parental, foi harmonizado com solução adoptada, substituindo-se a indicação do n.º 2 do art. 356.º do CT pela referência ao n.º 1 do mesmo artigo.

Relativamente ao art. 357.º do CT, e contrariamente à solução por nós avançada *supra*, o legislador optou pela revogação do n.º 3, procedendo igualmente à adaptação da redacção do seu n.º 8, por substituição da referência ao n.º 3, agora revogado, pela alusão ao n.º 2.

No que concerne o art. 358.º do CT, o legislador, não apenas procedeu à eliminação, no n.º 1 deste artigo, da menção ao art. 357.º, n.º 3, como, na redacção do n.º 3, suprimiu a referência a «*caso realize as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador*» constante da alínea b) e ainda revogou a alínea c).¹¹¹

Finalmente, no que respeita ao art. 389.º, n.º 2, do CT, por um lado, foi substituída a menção ao n.º 2 do art. 356.º do CT pela indicação do n.º 1 do mesmo artigo, e, por outro, foi eliminada a referência ao art. 357.º, n.º 3, do CT.

Poder-se-ia colocar a questão de saber se a equiparação operada não porá em causa o princípio da igualdade, ao não diferenciar o grau de protecção concedido aos trabalhadores consoante a sua condição de trabalhadores comuns e trabalhadores particularmente vulneráveis, como são as trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes e os trabalhadores no gozo de licença parental, e assim criar uma inconstitucionalidade superveniente.

¹¹¹ Nos termos do art. 358.º, n.º 3, alínea c), do CT: «*O empregador pode proferir a decisão dentro dos seguintes prazos:*

c) Caso opte por não realizar as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador, decorridos cinco dias úteis após a recepção da resposta à nota de culpa, e até 30 dias após esta data.».

Pensamos, com recurso, mais uma vez, ao elemento sistemático, e muito embora se elogie a opção do legislador pela consagração de um regime de especial protecção dos trabalhadores mais vulneráveis, que não se encontra uma alternativa viável de resposta à declaração de inconstitucionalidade do art. 356.º, n.º 1, do CT. Mais se considera que a diferenciação e a intenção de particular protecção destes trabalhadores devem ter-se por respeitadas e suficientemente asseguradas através do da causa de ilicitude previsto no art. 381.º, alínea d), do CT, isto é «*se não for solicitado o parecer prévio da entidade competente na área da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres*».

Em consequência das alterações legislativas introduzidas, importa ainda reflectir no modelo instrutório actualmente vigente. Terá a pronúncia do TC no Ac. n.º 338/2010, ao impor uma fase de instrução obrigatória no procedimento disciplinar tendente ao despedimento, acarretado o regresso do paradigma procedimental consagrado no CT 2003?

Somos de opinião negativa, sobretudo com fundamento na diferenciação das consequências previstas para a preterição da realização de diligências probatórias no CT e no CT 2003.

O modelo previsto pelo complexo de normas que regia o despedimento por motivo imputável ao trabalhador no âmbito do CT 2003 estabelecia a invalidade do procedimento disciplinar¹¹² e, por consequência, a ilicitude do despedimento¹¹³, no caso de omissão das diligências probatórias requeridas sem que o empregador tivesse justificado a sua não realização por escrito.¹¹⁴ Neste contexto, a decisão de

¹¹² Previa o art. 430.º, n.º 2, alínea b), do CT 2003: «*O procedimento só pode ser declarado inválido se: b) Não tiver sido respeitado o princípio do contraditório, nos termos enunciados nos artigos 413.º, 414.º e no n.º 2 do artigo 418.º*».

¹¹³ Cfr. art. 429.º, alínea a), do CT 2003.

¹¹⁴ Pretendendo minorar os casos de despedimento ilícito por motivos puramente formais, o CT 2003 previa a possibilidade de reabertura do procedimento disciplinar no art. 436.º, n.º 2, do CT 2003, nos termos do qual: «*No caso de ter sido impugnado o despedimento com base em invalidade do*

despedimento era inválida, subsistindo a relação de trabalho e importando os efeitos previstos no art. 436.º do CT 2003.¹¹⁵

Diversamente, o CT, não apenas na sua redacção inicial, como na redacção introduzida pela Lei n.º 23/2012, prevê a irregularidade, e não a invalidade, da decisão de despedimento «*fundada em deficiência de procedimento por omissão das diligências probatórias*».¹¹⁶ À luz do CT, este despedimento, embora constitua «*um acto ilícito que gera a obrigação de indemnizar o trabalhador*»¹¹⁷¹¹⁸, é uma decisão válida, logo, que extingue a relação de trabalho.

Parece então que o paradigma instrutório em vigor congrega vectores de ambos os modelos procedimentais anteriores, ao, por um lado, prever a obrigatoriedade da realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador-arguido, em termos análogos aos do CT 2003, mas, por outro, sancionar a sua preterição com a irregularidade, e não a invalidade, da decisão de despedimento dele resultante, conforme a previsão do art. 389.º, n.º 2, do CT.

Como tal, parece que o modelo instrutório actual não pode ser inteiramente reconduzido a qualquer dos sistemas anteriores, constituindo um *tertium genus*, em que se retoma a previsão de uma fase de instrução obrigatória mas se mantém a consequência da sua preterição.

procedimento disciplinar, este pode ser reaberto até ao termo do prazo para contestar, iniciando-se o prazo interrompido nos termos do n.º 4 do artigo 411.º, não se aplicando, no entanto, este regime mais do que uma vez».

¹¹⁵ Nos termos do art. 436.º, n.º 1, do CT 2003: «*Sendo o despedimento declarado ilícito, o empregador é condenado:*

a) A indemnizar o trabalhador por todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, causados;

b) A reintegrá-lo no seu posto de trabalho sem prejuízo da sua categoria e antiguidade».

¹¹⁶ Crf. art. 389.º, n.º 2, do CT.

¹¹⁷ FURTADO MARTINS, *op. cit.*, p. 223.

¹¹⁸ Crf. art. 389.º, n.º 2, do CT, *in fine*.

6.2. A ressalva dos casos julgados nos termos do art. 282.º, n.º 3, da Constituição.

No que respeita à eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, a CRP estabelece um limite claro no que concerne os casos julgados, ressalvando-os em razão da primazia, neste domínio, do princípio da confiança ínsito no art. 2.º da CRP enquanto corolário do Estado de Direito, e, bem assim, do princípio da certeza e da segurança jurídica que deve acompanhar as decisões jurisdicionais.

Decorre da letra da segunda parte do n.º 3, do art. 282.º da CRP, que a possibilidade de limitação da ressalva dos casos julgados importa uma declaração expressa do Tribunal Constitucional, não operando *ope legis*.

Segundo o ensinamento de RUI MEDEIROS:

«a declaração de inconstitucionalidade com eficácia erga omnes vale nos precisos limites e termos em que julga e, nesta hipótese [de omissão de pronúncia expressa], o puro silêncio do Tribunal Constitucional não contém um julgamento implícito sobre a admissibilidade ou não da limitação dos efeitos da declaração»¹¹⁹.

Como tal, devem ter-se por ressalvados os casos julgados.

Em todo o caso, da análise do art. 356.º, n.º 1, do CT, e muito embora se reconheça a modificação do procedimento disciplinar produzida em consequência da declaração de inconstitucionalidade presente no Ac. n.º 338/2010, não parece

¹¹⁹ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, p. 849.

resultar a possibilidade da sua subsunção ao conceito de lei «*de conteúdo menos favorável ao arguido*», nos termos do art. 282.º, n.º 3, da CRP.¹²⁰

Deste modo, as situações de caso julgado no sentido tradicional e formal, enquanto decisão jurisdicional insusceptível de recurso ordinário, não oferecem qualquer dúvida em face de uma redacção tão explícita.

6.3. Demais consequências da pronúncia do TC: os procedimentos disciplinares

Transpondo o domínio constitucional, importará então considerar as consequências da pronúncia do TC relativamente às situações de decisão de despedimento resultante de procedimento disciplinar no âmbito do qual, em observância da redacção em vigor, não foram realizadas as diligências probatórias indicadas pelo trabalhador-arguido, isto é, as decisões de despedimento emitidas entre a entrada em vigor do art. 356.º, n.º1 e a sua eliminação da ordem jurídica.

Não constituindo caso julgado, pois tais decisões têm lugar numa fase prévia à instância judicial, importa analisar de que forma são afectadas pela declaração de inconstitucionalidade do art. 356.º, n.º 2, do TC e pela consequente entrada em vigor (ainda que não sob a forma de uma norma posterior) de um sistema de instrução obrigatória.

No ordenamento jurídico português, a regra geral de aplicação da lei no tempo decorre do princípio do *tempus regit actum*, isto é, que a validade e regularidade dos actos deve ser aferida à luz da lei que se encontrava em vigor à data da sua prática.

¹²⁰ Exemplo paradigmático neste domínio é a reabertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável, prevista no art. 371.º-A do CPP. De notar, no entanto, que se estabelece que a aplicação retroactiva da lei penal mais favorável ao arguido apenas poderá ter lugar em momento prévio ao fim da execução da pena e a requerimento do condenado.

No mesmo sentido e em complementaridade, o princípio da irretroactividade das leis consagra que, em regra, a lei nova apenas regula os actos futuros pois, por um lado, somente estes são praticados no âmbito da sua vigência, e por outro, e sobretudo, se considera que a lei de eficácia retroactiva põe em causa o ordenamento jurídico por diminuir significativamente a certeza e segurança jurídicas inerentes a qualquer Estado de Direito.¹²¹

Nas palavras de ANTUNES VARELA¹²²:

«O pensamento fundamental de que arranca a eficácia prospectiva da lei, tendo em linha de conta o sentido normalmente imperativo dos comandos normativos é o de, não podendo exigir-se às pessoas o dom de preverem as alterações legislativas do futuro, ser justo aplicar aos diferentes actos jurídicos as normas em vigor ao tempo da sua prática, por ser com os efeitos destas que os interessados, ao agirem, podem e razoavelmente devem contar».

As excepções a estes princípios tradicionais são consagradas para as situações em que o legislador considera que a certeza e segurança da regulamentação aplicável se encontram perfeitamente asseguradas ou que, perdurando ao longo do tempo, *«não se compreenderia continuassem, nas suas manifestações futuras, entregues à regulamentação de uma legislação ultrapassada, que pode ser muito velha»*¹²³

Dispõe então o art. 12.º, n.º 1, do CC:

«A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular».

¹²¹ Para mais desenvolvimentos, vide BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, pp. 219 a 253 e GALVÃO TELLES, “Introdução ao Estudo do Direito”, pp. 275 e segs.

¹²² ANTUNES VARELA, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, Ano 103, n.º 3319, 1970, p. 187.

¹²³ GALVÃO TELLES, “Introdução ao Estudo do Direito”, p. 286.

Deste modo, e em consequência da aplicação dos princípios gerais de sucessão de leis no tempo, a ressalva dos efeitos produzidos à luz do art. 356.º, n.º 1, do CT em momento anterior à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral parece ser a solução aplicável aos casos mencionados, pelo que se terão por plenamente válidas as decisões de despedimento acima caracterizadas, uma vez que o procedimento disciplinar, incluindo a emissão de uma decisão final de despedimento, foi regulado e produziu todos os seus efeitos à luz da lei em vigor à data da prática do complexo de actos que compõem o procedimento disciplinar tendente ao despedimento.

Afastamos a aplicação do art. 12.º, n.º 2, do CC também em consequência da preterição das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador como importando a irregularidade do despedimento e não a sua invalidade, pelo que, a instrução obrigatória agora reestabelecida não poderá ser entendida como condição de validade da decisão de despedimento por motivo disciplinar.

Consequentemente, a apreciação judicial das decisões de despedimento mencionadas deverá igualmente considerar a lei em vigor à data da prática dos actos do procedimento.

No que concerne aos procedimentos disciplinares em curso à data da declaração de inconstitucionalidade do art. 356.º, n.º 1, do CT, entendemos que a obrigatoriedade da instrução, à luz do princípio *tempus regit actum*, dependerá da fase em que o procedimento em concreto se encontrasse.

Assim, nas situações de procedimento disciplinar ainda na fase inicial – abertura do procedimento, instrução prévia, comunicação da intenção de despedimento e emissão da nota de culpa – parecerá ser de aceitar a instrução como sendo obrigatória por consubstanciar uma fase futura do procedimento.

Pelo contrário, passada a fase instrutória e iniciada a fase decisória do procedimento, deverá entender-se a instrução como uma fase anterior e encerrada à data da pronúncia do TC e, como tal, cujos efeitos devem ter-se por ressalvados, nos termos do art. 12.º, n.º 1, do CC.

CONCLUSÃO

Após uma análise profunda da fase instrutória do procedimento disciplinar tendente ao despedimento no ordenamento jus-laboral nacional, parece claro que a previsão de uma fase de instrução facultativa no CT consubstanciou uma alteração que, sendo paradigmática pela sua novidade no sistema português, demonstrou ser uma solução alinhada com alguns dos regimes europeus mais próximos do modelo legislativo de Portugal, não apenas no que concerne à previsão de uma fase instrutória não obrigatória, como igualmente no que concerne às sanções decorrentes da inobservância dos requisitos procedimentais nos casos em que se encontre verificada justa causa de despedimento.

Não obstante discordarmos da subsunção, sem mais, do procedimento disciplinar no âmbito laboral privado à previsão do art. 32.º, n.º 10, da CRP, cremos ter demonstrado que a pronúncia do TC parece não ter levado em linha de conta o substrato contratual da relação laboral e, bem assim, a multiplicidade de processos sancionatórios, aos fundamentos do poder sancionatório em cada um destes processos, os interesses inerentes a cada um deles ou os fins visados pelo processo e pelas sanções neles impostas.

Também no que respeita à amplitude das garantias de defesa e contraditório, esta não apenas varia consideravelmente entre os diversos processos sancionatórios, como é particularmente restringida no contexto do procedimento disciplinar. Ora, esta consideração também não foi objecto de análise no Ac. n.º 338/2010.

Importa igualmente referir que a opção por uma fase instrutória (em regra) obrigatória não parece criar os incentivos adequados e/ou suficientes para minorar os riscos de decisões disciplinares injustas ou erradas – tal como parece indiciar o raciocínio espelhado no *supra* mencionado Acórdão –, uma vez que, ao não tomar

em consideração a real limitação decorrente da necessidade de renovação de prova e, bem assim, da vinculação aos fundamentos integrantes da decisão final do procedimento, no âmbito judicial, não é dado relevo ao incentivo (pensamos que maior) do empregador à completude e correcção do procedimento e da decisão de despedimento.

No que se refere ao art. 53.º da CRP, e muito embora concordemos que a consagração da proibição de despedimentos sem justa causa tem uma relevantíssima dimensão procedimental, não podemos deixar de apontar que, em nossa opinião, a previsão de uma fase instrutória facultativa não é apta a reduzir o nível de procedimentalização constitucionalmente exigível, por considerarmos que o princípio da primazia da materialidade subjacente – que preside à continuidade da solução do despedimento com fundamento em justa causa – se mantinha perfeitamente assegurado na previsão do art. 356.º, n.º 1, do CT.

No que concerne os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, nos termos do art. 282.º da CRP, resulta do exame levado a cabo que, em face da ab-rogação expressa do CT de 2003 operada pelo CT, e, bem assim, da autonomia e conformidade constitucional do art. 7.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2009, em relação ao art. 356.º, n.º 1, do CT, a solução em vigor entre 23 de Setembro de 2010 e 1 de Agosto de 2012, não poderá ser outra que não a equiparação – nos limites enunciados – entre o estatuto do trabalhador comum e o estatuto dos trabalhadores particularmente vulneráveis, de acordo com as comumente aceites regras da repristinação no domínio constitucional.

De notar, no entanto, que não se trata de um retorno ao paradigma instrutório consagrado no CT 2003, tão-pouco da manutenção, sem mais, do regime estabelecido pelo CT.

A regulamentação *supra* avançada, confirmada agora pelo legislador na Lei n.º 23/2012, constitui um *tertium genus* entre os modelos anteriores, no qual se retoma a obrigatoriedade de uma fase instrutória no procedimento disciplinar tendente ao despedimento, em termos análogos aos do CT 2003, mas se sanciona com a irregularidade a omissão injustificada das diligências probatórias requeridas, conforme a previsão do art. 389.º, n.º 2, do CT.

Por outro lado, no que respeita aos efeitos da pronúncia do TC relativamente os casos julgados, em face da letra do art. 282.º, n.º 3, da CRP, dúvidas não parecem subsistir relativamente à sua ressalva.

Do mesmo modo, no que se refere às decisões de despedimento antecedidas por um procedimento disciplinar que observou a legislação em vigor à data da prática de cada um do complexo de actos que o compõe, à luz do art. 282.º, n.º 3, da CRP, e, bem assim, do art. 12.º, n.º 1, do CC, respectivamente, parece ser de concluir pela ressalva dos seus efeitos.

Por sua vez, no que concerne os procedimentos disciplinares em curso entre 23 de Setembro de 2010 e 1 de Agosto de 2012, a ressalva dos efeitos produzidos dependerá da fase em que o procedimento se encontrava, sendo certo que neste domínio rege o princípio *tempus regit actum*.

Em conclusão, parece pois que, em face das conclusões da análise desenvolvida, e, bem assim, da letra do art. 356.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2012, uma opção legislativa inovadora acabou por ser algo coarctada, pois, embora sem retomar o modelo que vigorou no ordenamento português por mais de trinta anos (1975-2009), a pretendida simplificação do procedimento apenas subsistiu, em pleno, por um pequeno período de pouco mais de seis meses.

BIBLIOGRAFIA

A. Monografias e Periódicos

- ABRANTES, JOSÉ JOÃO NUNES, *Contrato de trabalho e direitos fundamentais – Breves Reflexões*, AA. VV. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, Dezembro de **1999** (pp. 105-114).
- ALMEIDA, JOSÉ EUSÉBIO, *Despedimento individual. O fim da reabertura do procedimento disciplinar, prevista no artigo 436.º, n.º 2, do Código do Trabalho e o novo procedimento disciplinar. A urgência de uma adequação adjetiva*. AA. VV. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 79-80-81, Coord. Vitor Melo, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, Janeiro-Dezembro de **2008** (pp. 197-213).
 - *A nova acção de impugnação judicial da regularidade e licitude do despedimento*, AA. VV. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 85, Coord. Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, Janeiro-Abril de **2010** (pp. 97-121).
- AMADO, JOÃO LEAL, *Algumas notas sobre o regime do despedimento “contra legem” no Código do Trabalho*, AA. VV. VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, Novembro de **2004** (pp. 275-295).
- BAPTISTA, ALBINO MENDES, *Estudos sobre o Código do Trabalho*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, **2006**.

-
- *A nova acção de impugnação do despedimento e a revisão do Código de Processo do Trabalho*, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, Janeiro de **2010**.
 - CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, 5.^a Reimpressão, Almedina, **2008**.
 - CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português – I Parte Geral*, Tomo I, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, Outubro de **2007**.
 - DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, **2007**.
 - FERNANDES, FRANCISCO LIBERAL, O acórdão n.º 338/10 do Tribunal Constitucional: a instrução em processo disciplinar laboral e a adaptabilidade grupal, AA. VV. Questões Laborais n.º 38, Ano XVIII, Jul/Dez.2011, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, **2011**.
 - FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, *O sentido de uma revisão “flexibilizante” das leis do trabalho*, AA. VV. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, Dezembro de **1999** (pp. 311-325).
 - *As formas de cessação do contrato de trabalho no novo Código*, AA. VV. VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, Janeiro de **2004** (pp. 197-201).
 - *A justa causa de despedimento na Constituição e na lei. Ensaio em torno de um tema antigo*. AA. VV. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87,

-
- Coord. Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro-Dezembro de **2010** (pp. 219-249).
- *Direito do Trabalho*, 15ª Edição, Almedina, Coimbra, Abril de **2010**.
 - FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil II – Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 4.ª edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, Setembro de **2007**.
 - LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito do Trabalho*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, Julho de **2012**.
 - LOPES, SÓNIA KIETZMANN, *Notas práticas sobre o procedimento disciplinar e a ilicitude e irregularidade do despedimento disciplinar*, AA. VV. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87, Coord. Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro-Dezembro de **2010** (pp. 251-277).
 - MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, **1990**.
 - MARECOS, DIOGO VAZ, *Código de Trabalho Anotado*, 1ª Edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro de **2010** (Anotação aos artigos 338.º, 339.º, 356.º, 357.º, 358.º, 381.º, 382.º, 387.º e 389.º).
 - MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *A justa causa de despedimento*, AA. VV. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Separata, Coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, **1998** (pp. 173-180).
 - *Direito do Trabalho*, Volume II – Contrato de Trabalho, 2ª Edição, Pedro Ferreira Editor, Lisboa, **1998**.

-
- *A razão de ser do Direito do Trabalho*, AA. VV. II Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, Dezembro de **1999** (pp. 129-144).
 - *Incumprimento contratual e justa causa de despedimento*, AA. VV. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - Volume II - Justa Causa de Despedimento, Instituto de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coord. Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, **2001** (pp. 93-118).
 - *Considerações gerais sobre o Código do Trabalho*, AA. VV. VI Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, Janeiro de **2004** (pp. 41-60).
 - Anotação aos artigos 382.º, 383.º, 384.º, 396.º, 412.º, 413.º, 414.º, 429.º, 430.º, 434.º, 435.º e 436.º, AA. VV. *Código do Trabalho – Anotado*, Almedina, Coimbra, 3ª Edição, Setembro de **2004**
 - *Da cessação do contrato*, Almedina, Coimbra, Abril de **2006** (pp. 474-493).
 - *O Código do Trabalho revisto*, AA. VV. Prontuário de Direito do Trabalho, n.º 82, Coord. Vitor Melo, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, Janeiro-Abril de **2009** (pp. 137-158).
 - Anotação aos artigos 338.º, 339.º, 356.º, 357.º, 358.º, 381.º, 382.º, 387.º e 389.º, AA. VV. *Código do Trabalho (Revisto pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro) Anotado*, Almedina, Coimbra, 8.ª Edição, Outubro de **2009**
 - MARTINS, PEDRO FURTADO, *Cessação do contrato de trabalho*, 2ª Edição, Principia, Cascais, Março de **2002**.
 - *Consequências do despedimento ilícito: indemnização/reintegração*, AA. VV. Código do Trabalho – alguns aspectos cruciais, 1ª Edição, Gabinete de Estudos do Trabalho, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Principia, Cascais, Setembro de **2003** (pp. 49-61).

-
- Cessação do contrato de trabalho, 3ª Edição, Principia, Cascais, Julho de **2012**.
 - MEDEIROS, RUI, *A Decisão de Inconstitucionalidade – Os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei*, 1.ª Edição, Universidade Católica Editora, **1999**.
 - Anotação ao artigo 53.º, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, Março de **2005**.
 - Anotação aos artigos 281.º e 282.º, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, Dezembro de **2007**.
 - MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional, Tomo VI – Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, 2ª Edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, Julho de **2005**.
 - NETO, ABÍLIO, *Código Civil Anotado*, 15.º Edição revista e actualizada, Ediforum, Coimbra Editora, Abril de **2006**.
 - QUINTAS, PAULA e QUINTAS, HÉLDER, *Código do Trabalho Anotado e Comentado (aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro)*, Almedina, Coimbra, Fevereiro de **2009** (Anotação aos artigos 338.º, 339.º, 356.º, 357.º, 358.º, 381.º, 382.º, 387.º e 389.º).
 - *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, **2012**.
 - QUINTAS, HÉLDER, *A (nova) acção de impugnação da regularidade e licitude do despedimento*, AA. VV. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 86, Coord.

-
- Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, Janeiro-Abril de **2010**.
- PINHEIRO, PAULO SOUSA, *Apreciação crítica à revisão do Código do Trabalho (aprovada pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro)*, AA. VV. Prontuário de Direito do Trabalho, n.º 82, Coord. Vitor Melo, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, Janeiro-Abril de **2009** (pp. 189-252).
 - *Perspectiva geral das alterações ao Código de Processo do Trabalho*, AA. VV. Prontuário de Direito do Trabalho, n.º 84, Coord. Sónia Kietzmann Lopes, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro-Dezembro de **2009** (pp. 141-189).
 - *Curso breve de Direito Processual do Trabalho – conforme as alterações ao Código de Processo do Trabalho introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 295/2009, de 13 de Outubro*, 1ª Edição, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, Coimbra, Abril de **2010**.
 - RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, Almedina, Coimbra, Julho de **2006**.
 - *Direito do Trabalho*, Parte II – Situações Laborais Individuais, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, **2010**.
 - SILVA, GERMANO MARQUES DA, e SALINAS, HENRIQUE, Anotação ao artigo 32.º, *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, Março de **2005**.
 - SILVA, MARIA MANUELA MAIA DA, *Os direitos constitucionais dos trabalhadores e a sua articulação com o direito ordinário*, AA. VV. III Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, Janeiro de **2001** (pp. 109-134).

-
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume I, 11.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, Março de **2001**.
 - VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, Ano 103, n.º 3319, **1970** (pp. 186 e segs).
 - VASCONCELOS, JOANA, *Concretização do conceito de justa causa*, AA. VV. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho - Volume III - Justa Causa de Despedimento, Instituto de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coord. Pedro Romano Martinez, Almedina, Coimbra, Maio **2002** (pp.207 a 223).
 - XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, *Curso de Direito do Trabalho*, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, Outubro de **1993**.
 - *A matriz constitucional do Direito do Trabalho*, AA. VV. III Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, Coord. António Moreira, Almedina, Coimbra, Janeiro de **2001** (pp. 97-105).
 - *Algumas notas elementares sobre a justiça do trabalho*, AA. VV. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLVIII (XXI da 2.ª Série), N.ºs 1-2, Separata, Almedina, Coimbra, Janeiro-Junho de **2007** (pp. 23-40).
 - *Procedimentos laborais na empresa: ensinar e investigar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, **2009**.
 - *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo/Babel, Lisboa, **2011**.

B. Endereços e documentos electrónicos

- Bases Jurídico-Documentais do Ministério da Justiça: www.dgsi.pt
- Comissão Europeia,
 - *The evolution of Labour Law (1992-2003), Volume I: General Report*, Direcção-Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade, unidade D2, Junho de 2005: http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/4_sciarra.pdf
 - *The evolution of Labour Law (1992-2003), Volume II: National Reports*, Direcção-Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade, unidade D2, Junho de 2005:
http://www.nd.edu/~lawlib/students/guide_labor_law/v2EvolutionofLaborLaw.pdf
 - *Termination of employment relationships - Legal situation in the Member States of the European Union*, Direcção-Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade, unidade D2, Abril de 2006:
<http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4623&langId=en>
- Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação: Estudos sobre Estatísticas Estruturais das Empresas 2008, publicado em 28 de Junho de 2010: <http://www.iapmei.pt/resources/download/mpme2010.pdf>
- Legislação estrangeira:
 - *Ley del Estatuto de los Trabajadores* – Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Março: <http://www.empleo.gob.es/index.htm>.
 - *Code du Travail – Ordonnance 2007-329*, de 12 de Março: <http://www.legifrance.gouv.fr>.
 - *Statuto dei Lavoratori*, aprovado pela Lei n.º 300, de 20 de Maio de 1970, e Lei n.º 604, de 15 de Julho de 1966: <http://www.lavoro.gov.it/>.

-
- Livro Branco das Relações Laborais:
http://www.gep.msss.gov.pt/edicoes/outras/livro_branco_digital.pdf
 - Tribunal Constitucional: www.tribunalconstitucional.pt