

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 356.º, N.º 1 DO CÓDIGO DO TRABALHO - BREVES CONSIDERAÇÕES

A inconstitucionalidade do artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho - breves considerações

A norma do artigo 356.º, n.º 1 constituiu uma das principais alterações ao regime da cessação do contrato de trabalho introduzida pelo Código do Trabalho de 2009, na medida em que veio tornar facultativa a realização da instrução em sede de procedimento disciplinar no âmbito do despedimento por facto imputável ao trabalhador, visando assim a simplificação de tal procedimento. Em Setembro de 2010, o Tribunal Constitucional declarou, porém, a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da referida norma. Neste trabalho, procuramos analisar, por um lado, os fundamentos da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional e, por outro, os respectivos efeitos e consequências práticas.

Introdução

O artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro (doravante «Código do Trabalho de 2009») constituiu uma das principais alterações ao regime da cessação do contrato de trabalho, designadamente, no que diz respeito ao despedimento por facto imputável ao trabalhador, comumente conhecido por despedimento por justa causa. A referida norma, ao dispor que «cabe ao empregador decidir a realização das diligências probatórias requeridas [pelo trabalhador] na resposta à nota de culpa», veio tornar facultativa a fase de instrução do procedimento disciplinar. Com excepção dos casos previstos no n.º 2 do mesmo artigo, adiante referidos, o procedimento disciplinar podia, assim, ficar circunscrito à nota de culpa, respectiva resposta e decisão fundamentada. A «*eliminação do carácter obrigatório da instrução*» foi uma das medidas concretamente sugeridas pela Comissão do Livro Branco das Relações Laborais, criada em Novembro de 2006 com o objectivo de reavaliar a legislação laboral. No entendimento da referida Comissão, «*existia alguma margem para a adopção de soluções legislativas que promovam a simplificação da carga procedimental, sem pôr em causa o princípio da segurança no emprego constitucionalmente consagrado*».

Este não foi, porém, o entendimento do Tribunal Constitucional que, por Acórdão (n.º 338/2010) datado de 22 de Setembro de 2010, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma em questão. Tal decisão, que não foi unânime entre os Juizes Conselheiros, tendo sido 4 as declarações de voto vencido, surgiu na sequência de pedido de fiscalização abstracta sucessiva de constituionali-

Brief notes on the unconstitutionality of article 356, no.1 of 2009 Portuguese Labor Code

The provision of article 356, no.1 was one of the major modifications introduced by 2009 Portuguese Labor Code on the employment contract termination regime. Its purpose was to simplify the disciplinary proceeding within the scope of the individual dismissal based on just cause, by turning the instruction of such proceeding as non mandatory. However, on September 2010, Constitutional Court has declared said provision as unconstitutional for all legal effects. In this study, we analyze the grounds of the Constitutional Court decision and its practical effects and consequences.

dade de diversas normas do Código do Trabalho de 2009, formulado por um Grupo de Deputados à Assembleia da República (curiosamente, a referida norma foi a única declarada inconstitucional).

A nosso ver, a decisão do Tribunal Constitucional suscita algumas dúvidas e questões, sendo propósito do presente tecer umas breves considerações sobre, por um lado, os fundamentos da decisão proferida e, por outro, sobre os respectivos efeitos e consequências a nível prático.

Fundamentos da declaração de inconstitucionalidade

Na decisão proferida, o Tribunal Constitucional concluiu que a solução adoptada pelo artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho de 2009 é violadora das garantias de defesa aplicáveis a qualquer processo sancionatório, à luz do artigo 32.º, n.º 10 conjugado com o direito à segurança no emprego consagrado no artigo 53.º ambos da Constituição da República Portuguesa (doravante «CRP»).

Em traços gerais, o Tribunal Constitucional entendeu que o processo disciplinar laboral constitui um dos processos sancionatórios que se encontra abrangido pela previsão da norma fundamental prevista no n.º 10 do artigo 32.º, a qual impõe que sejam «*assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*», tanto nos «*processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios*». Considerou, pois, que apesar da CRP não distinguir se tal preceito constitucional é aplicável tanto a processos levantados por entidades públicas como por entidades privadas, atenta a natureza sancionatória

da consequência a aplicar ao comportamento do trabalhador em sede de processo disciplinar, não há como não concluir pela relevância de tal procedimento sancionatório para efeitos do referido preceito. Tanto mais que foi o próprio legislador ordinário que, «*atenta a relevância do instituto da «justa causa» no despedimento (artigo 53.º da Constituição)*», criou tal procedimento com vista à aplicação de uma sanção. «*E assim sendo, é inelutável o surgimento dos direitos de audiência e defesa como regra inerente à ordem jurídica de um Estado de direito*».

Neste pressuposto, a redacção do artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho de 2009 ao tornar a instrução do processo disciplinar facultativa, não estando a respectiva dispensa por parte do Empregador sujeita a fundamentação, faz com que a única intervenção do trabalhador no processo disciplinar com carácter obrigatório se concretize somente pela resposta à nota de culpa. E, assim sendo, a resposta à nota de culpa apenas consubstancia o exercício do direito de audiência previsto na referida disposição constitucional, mas em si mesma não «*consume*» o direito de defesa. Por conseguinte, ao não ser obrigatória a realização de instrução em sede de processo disciplinar, o direito de defesa passaria a não estar assegurado, verificando-se «*assim a possibilidade de existirem processos sancionatórios que, ao arrepio do referido preceito constitucional, não assegurem os direitos de defesa dos arguidos*».

Considerou, ainda, o Tribunal Constitucional que a eventual preterição da apresentação das provas por parte do trabalhador para a fase jurisdicional de impugnação de despedimento «*pode até colocar definitivamente em causa o efeito útil*» dos seus direitos de defesa, equacionando como hipótese «*uma situação em que a urgência de uma inquirição se apresenta como absolutamente indispensável à valoração da bondade da decisão do despedimento*», diligência que a não ser efectuada consubstanciaria «*uma violação flagrante ao direito de defesa do trabalhador*». A exigência de decisão de despedimento fundamentada, só por si, «*não preenche o vazio de não ter sido, em tempo, exercido o direito de defesa*», cuja melhor forma, modo e época de exercício deverá competir sempre ao trabalhador. «*Além disso, da garantia à segurança no emprego, prevista no artigo 53.º da Constituição, decorre que o despedimento deve satisfazer exigências procedimentais*».

Breve análise crítica

Não obstante a bondade da argumentação aduzida pelo Tribunal Constitucional, temos alguma dificul-

dade em acompanhá-la, não nos parecendo, com o devido respeito por opinião diversa, que do facto de a instrução revestir carácter facultativo resulta um atentado aos direitos de defesa do trabalhador, tal como sustenta aquele Tribunal. Pelo contrário, preferimos seguir de perto, e em particular, a posição discordante manifestada pelo seu Presidente, Juiz Conselheiro Rui Manuel Moura Ramos, na respectiva declaração de voto vencido.

Com efeito, colocando de lado a questão de saber se é aplicável ao processo disciplinar laboral a norma do artigo 32.º, n.º 10 da CRP, entendemos que a tutela dos direitos de defesa do trabalhador, globalmente considerados, no âmbito de um procedimento disciplinar se encontra suficientemente assegurada pela própria configuração do procedimento disciplinar conjugada com a correspondente configuração da acção de impugnação da decisão de despedimento.

No que diz respeito à configuração do procedimento, para além do dever do Empregador em assegurar o exercício do direito de resposta por parte do trabalhador à nota de culpa, repare-se igualmente na obrigação de esta conter uma descrição circunstanciada dos factos imputados, bem como na imposição de na decisão de despedimento só poderem ser invocados factos constantes da nota de culpa, sob pena de, em qualquer dos casos, invalidade do procedimento disciplinar, cujas consequências são exactamente as mesmas que decorrem para os casos de improcedência da justa causa invocada. Acresce ainda a imposição de a decisão de despedimento ter necessariamente de ser fundamentada, «*pois*», tal como refere o Juiz Conselheiro Rui Manuel Moura Ramos, «*só assim se garante que o Empregador concluiu ponderadamente pela existência*» de justa causa, assim se salvaguardando «*o direito do trabalhador de se defender eficazmente numa eventual impugnação judicial da decisão da entidade empregadora*».

Paralelamente, julgamos ser de atender e conjugar a tutela dos direitos de defesa do trabalhador com a (nova) acção de impugnação judicial (da regularidade e licitude) do despedimento, na qual – refira-se – o trabalhador, actualmente, apenas tem de manifestar a vontade de impugnar o despedimento, sem necessidade de qualquer fundamentação. Nesta acção, a prova dos factos em que se baseou para proferir a decisão de despedimento competirá sempre ao empregador, sendo que só poderá invocar os factos e fundamentos constantes da decisão de despedimento. Isto é, o esforço proba-

tório da demonstração dos factos integradores de justa causa compete única e exclusivamente ao Empregador, podendo o trabalhador limitar-se apenas à mera negação de tais factos. Assim, o risco pela eventual não realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador corre tão só e somente pelo lado do empregador. Com efeito, quer-nos parecer que a ponderação exigida ao empregador na decisão de despedimento seria ainda maior nos casos em que optasse pela não realização da instrução, designadamente face à eventualidade de ser surpreendido em sede de impugnação judicial de despedimento com a demonstração de factos e/ou circunstâncias que optou por desconsiderar.

Quanto aos casos hipotéticos em que se verifique a situação de urgência invocada pelo Tribunal Constitucional, quer-nos parecer que, para além de se afigurarem como excepcionais, menos raros serão os casos em que o trabalhador opta por não responder à nota de culpa e/ou não requerer a realização de diligências probatórias, sendo que de tal comportamento não resulta qualquer efeito cominatório, designadamente de confissão dos factos imputados na nota de culpa. Ademais, o trabalhador nem sequer fica vinculado à defesa que apresentar no processo disciplinar, podendo trazer, em sede de impugnação judicial, novos factos e circunstâncias. Acresce ainda que as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador em sede de procedimento disciplinar serão sempre alvo da valoração que o empregador entenda fazer quanto àquelas na decisão de despedimento, sendo que o risco acima referido será exactamente o mesmo por força da apreciação judicial a que tal valoração poderá ser sujeita. Além disso, em sede de impugnação judicial do despedimento, o trabalhador não se poderá fazer valer das diligências probatórias realizadas no processo disciplinar, recaindo igualmente sobre este o ónus probatório dos factos e circunstâncias que invoque em sua defesa. Assim como competirá ao Empregador a prova dos factos imputados em sede de procedimento disciplinar, a verdade é que também competirá ao trabalhador a prova dos factos integradores da sua defesa.

Por conseguinte, não nos parece que a solução adoptada pelo artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho constituísse uma flagrante violação das garantias de defesa do trabalhador, garantias essas que, não se resumindo ao direito de resposta à nota de culpa, devem ainda ser conjugadas com a configuração da acção de impugnação do despedimento.

Efeitos e questões práticas

Como se sabe, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma norma significa que a decisão é vinculativa para todos, tendo, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho «força semelhante à de lei», impondo-se a «todas as pessoas físicas e colectivas juridicamente afectadas nos seus direitos e obrigações pela norma declarada inconstitucional» [in Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª Edição (Almedina), página 1009]. Nos termos do disposto no artigo 282.º, n.º 1 da CRP: «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 reapristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado». Assim sendo, as várias questões que, a nosso ver, se colocam quanto à declaração de inconstitucionalidade da norma do artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho de 2009 prendem-se com os efeitos retroactivos e reapristinatórios da decisão proferida na prática.

Quanto aos efeitos retroactivos, cumpre notar que a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, isto é, tem eficácia retroactiva remontando os seus efeitos à data de entrada em vigor da norma em questão. Assim, coloca-se a questão de saber se os processos disciplinares instaurados após a entrada em vigor do artigo 356.º, n.º 1 do Código do Trabalho de 2009 e concluídos antes da declaração de inconstitucionalidade, em que o empregador tenha optado por não realizar as diligências requeridas na resposta à nota de culpa, se devem considerar afectados pela decisão ora proferida. Na nossa opinião, a resposta deverá ser negativa, pois com a conclusão do processo disciplinar e consequente decisão de despedimento ocorreu, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho, a «definitiva consolidação» da relação jurídica, foi posto termo à relação de trabalho antes da declaração de inconstitucionalidade. Ainda que se entenda que tal termo pode não ser definitivo, na medida em que em sede de impugnação judicial de despedimento, a relação de trabalho pode ser reatada (em caso de declaração de ilicitude de despedimento e consequente opção por parte do trabalhador na reintegração no posto de trabalho), a verdade é que aquando da respectiva apreciação judicial, a norma entretanto declarada inconstitucional já não é materialmente reguladora do processo disciplinar, constituindo-se, assim e em nosso entender, um limite à eficácia retroactiva de tal declaração. O entendimento contrário seria, quanto a nós, demasiado penalizador para o empregador que tomou a opção de não realizar a instrução de

acordo com um normativo legal cuja validade e eficácia não se encontrava, na altura, afectada.

No que diz respeito aos efeitos repristinatórios, parece-nos, desde logo, não haver muitas dúvidas de que a declaração de inconstitucionalidade determinou a reentrada em vigor da norma revogada pela norma inconstitucional, isto é, da norma que determinava o carácter obrigatório da instrução no processo disciplinar, designadamente o artigo 414.º, n.º 1 do Código do Trabalho aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto (doravante «Código do Trabalho de 2003»), que dispõe o seguinte: «O Empregador, por si ou através de instrutor 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». De notar que no Código do Trabalho de 2009 esta obrigatoriedade continuou a valer, naqueles mesmos termos, para os casos em que estivesse em causa «trabalhadora grávida, puérpera ou lactante ou trabalhador em gozo de licença parental» - n.º 2 do art. 356.º

As nossas dúvidas adensam-se, porém, quanto ao regime sancionatório a aplicar em caso de violação da norma entretanto repristinada, visto que, por razões óbvias, no Código do Trabalho de 2009 apenas se sancionou a «omissão das diligências probatórias referidas nos n.º 2 e 3 do artigo 356.º», isto é, nos casos em que a instrução se manteve obrigatória (artigo 389.º, n.º 2). Relativamente aos demais casos não foi estabelecida no Código do Trabalho de 2009 qualquer sanção. Para melhor enquadramento, julgamos conveniente analisar os diferentes regimes sancionatórios previstos nos Códigos do Trabalho de 2003 e 2009, respectivamente.

Nos termos do Código do Trabalho de 2003, a não realização das diligências probatórias requeridas pelo trabalhador constituía, nos termos do artigo 430.º, n.º 2, b), causa de invalidade do procedimento disciplinar, acarretando a ilicitude do despedimento nos termos do n.º 1 do mesmo preceito. Tal invalidade, porém, nos termos do n.º 2 do artigo 436.º podia ser sanada através da reabertura, por uma única vez, do processo disciplinar «até ao termo do prazo para contestar» a acção de impugnação interposta pelo trabalhador, obviando-se, assim e em caso de «sucesso», os efeitos da ilicitude do despedimento por tal causa. Por sua vez, o Código do Trabalho de 2009 instituiu um regime substancialmente diferente, na medida em que a omissão das diligências probatórias nos casos em que a instrução se manteve obrigatória passou a constituir, nos termos do n.º 2 do artigo 389.º, mera irregularidade do procedimento disciplinar

que, no caso de procedência dos motivos invocados para o despedimento, apenas confere o direito a metade da indemnização por antiguidade, calculada de acordo com o n.º 1 do artigo 391.º Passou-se, assim, de uma invalidade de carácter geral eventualmente sanável constitutiva de ilicitude do despedimento para uma irregularidade de carácter específico atributiva de indemnização por metade.

Debruçando-nos sobre a questão enunciada, das várias (hipó)teses que em abstracto se nos afiguram à partida, julgamos ser de afastar a tese de se estar perante uma norma *imperfectae*, isto é, seguindo a terminologia de J. Baptista Machado, de uma norma «cuja violação não importa qualquer espécie de sanção» (in Introdução o Direito e ao Discurso Legitimador, (Almedina, Coimbra, 1996, páginas 95 e 96). Desde logo, tanto no Código do Trabalho de 2003 como no de 2009 é estabelecido um regime sancionatório (ainda que diferente), sendo que não nos parece que tal solução se enquadre minimamente com a fundamentação vertida no Acórdão do Tribunal Constitucional. Em nosso entender, a situação com que nos vemos confrontados consubstancia uma lacuna da lei, isto é, tal como ensina J. Baptista Machado, estamos perante uma lei que «não contém uma regulamentação exigida ou postulada pela ordem jurídica global – ou melhor, não contém a resposta a uma questão jurídica» (ob. citada, página 194). Assim sendo, as soluções que se nos afiguram mais plausíveis dividem-se entre considerar, por um lado, que os efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade proferida se estendem igualmente ao regime sancionatório previsto no Código do Trabalho de 2003 ou, por outro, a aplicação do regime sancionatório previsto no Código do Trabalho de 2009, solução esta que optamos por preferir pelas razões que passaremos, resumidamente, a expor.

Em abono da nossa opção, veja-se o seguinte: a instrução em sede de procedimento disciplinar no Código do Trabalho de 2009 revestia um carácter excepcional. Com a declaração de inconstitucionalidade da norma do artigo 356.º, n.º 1 e consequente repristinção da norma (que aquela havia revogado) do artigo 414.º, n.º 1 do Código do Trabalho de 2003, a realização da instrução passa a ser obrigatória para todos os trabalhadores, sem excepção. Isto é, o regime quanto à obrigatoriedade da realização da instrução passa a ser geral, pelo que a norma do n.º 2 do artigo 356.º perdeu por completo o seu carácter de excepcionalidade.

Como vimos, no que diz respeito ao regime sancionatório, verificam-se diferenças substanciais entre

o Código de Trabalho de 2003 e de 2009, sendo de assinalar que quanto àquelas não foi suscitada qualquer questão relativa à sua (in)constitucionalidade. Com efeito, relativamente ao regime sancionatório previsto no Código do Trabalho de 2009 para os casos (anteriormente) excepcionais, julgamos não resultar da fundamentação explanada pelo Tribunal Constitucional, qualquer afloramento, por menor que seja, relativamente a esta questão. Para além disso, de notar as especiais preocupações de protecção que o ordenamento jus-laboral sempre manifestou relativamente aos trabalhadores objecto deste regime anteriormente excepcional. Não nos parece, assim, que com a declaração de inconstitucionalidade proferida se tenha pretendido ir mais além do que retirar ao regime quanto à obrigatoriedade da realização da instrução o carácter de excepção, passando a revestir o carácter geral que resultava do Código do Trabalho de 2003.

Por conseguinte, deixando a norma do n.º 2 do artigo 356.º do Código do Trabalho de 2009 de revestir carácter excepcional, o mesmo se deverá entender quanto à respectiva norma sancionatória (artigo 389.º, n.º 2), uma vez que esta consagrava uma sanção para uma excepção que não só deixou de o ser, como passou a ser regra. Não vemos razões (em particular de protecção dos casos anteriormente excepcionais) para se considerar que esta norma sancionatória deva assumir um carácter excepcional face ao regime regra ora instituído, devendo, pelo contrário, considerar-se que tal norma perdeu de igual modo o seu carácter de excepcionalidade. Veja-se, aliás, que o pressuposto em que assentou a diferença de regime sancionatório do Código do Trabalho de 2003 para o de 2009 (ideia que o despedimento formalmente ilícito não deve ser sancionado nos mesmo termos que despedimento sem justa causa) foi diferente do que esteve na base da introdução da não obrigatoriedade da instrução (ideia de simplificação e celeridade do procedimento disciplinar).

Ora, para efeitos do preenchimento da lacuna originada pela declaração de inconstitucionalidade, haverá que, conforme ensina J. Baptista Machado, «*aplicar (por analogia) aos casos omissos as normas que directamente contemplem casos análogos*», dizendo-se dois casos «*análogos quando neles se verifique um conflito de interesses paralelo, isomorfo ou semelhante – de modo a que o critério valorativo adoptado pelo legislador para compor esse conflito de interesses num dos casos seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro*» (ob. citada, página 202). Recorrendo, assim, às regras integrativas previstas no artigo 10.º

do Código Civil, uma vez que a norma do n.º 2 do artigo 389.º do Código do Trabalho de 2009 não reveste carácter excepcional, sendo, por isso, susceptível de aplicação analógica, quer-nos parecer que esta norma é a que contempla a melhor solução para efeitos de integração da aludida lacuna, por ser aquela que regulamenta exactamente o caso análogo ao caso que a declaração de inconstitucionalidade pretendeu estabelecer.

Por sua vez, a repriminção do regime sancionatório do Código do Trabalho de 2003 poderá levar à aplicação de dois regimes sancionatórios (o de 2003 para os trabalhadores em geral, o de 2009 para os casos do n.º 2 do artigo 356.º) estando em causa a mesma regra (obrigatoriedade de realização da instrução para todos, sem excepção). Não vislumbramos qualquer razão para tal diferenciação, atendendo, por um lado, ao regime único que resultava do diploma de 2003 e, por outro, às razões que sustentaram a mudança do próprio regime sancionatório. E, no caso de se entender que a repriminção do regime de 2003 é aplicável a todos os trabalhadores, tal pressupõe a revogação da norma do artigo 389.º, n.º 2, o que se nos afigura manifestamente excessivo, tendo em conta a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional, que sobre esta matéria rigorosamente nada incidiu. Para além disso, cumpre-nos dar nota da dificuldade prática, senão mesmo impossibilidade, de aplicação do regime sancionatório do Código do Trabalho de 2003, no que diz respeito à possibilidade de sanção da invalidade resultante da não realização das diligências probatórias. Com efeito, na (nova) acção de impugnação judicial (da regularidade e licitude) do despedimento, a contestação é, actualmente, oferecida pelo trabalhador, mostrando-se tal possibilidade (de reabertura do processo disciplinar) completamente contrária à urgência e celeridade introduzida nesta nova acção.

Por um último, uma breve referência à «*queda*», permitam-nos a expressão, da norma do n.º 3 do artigo 357.º, a qual versava sobre o momento a partir do qual o Empregador podia proferir a decisão de despedimento no caso de «*optar por não realizar as diligências probatórias requeridas pelo trabalhador*», que, pelo exposto, deixa de fazer qualquer sentido (em bom rigor, já fazia pouco...).

JOSÉ AMORIM MAGALHAES*

* Advogado da Área de Fiscal e Laboral de Uría Menéndez-Proença de Carvalho (Porto).