

DA «AMNISTIA» LABORAL PERANTE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

I — INTRODUÇÃO

1. OS TERMOS DO PROBLEMA

I. A Lei n.º 23/91, de 4 de Julho, a propósito a visita, a Portugal, de S. S. o Papa JOÃO PAULO II, veio amnistiar diversas infracções e tomar outras medidas de clemência.

Segundo o seu artigo 1.º,

Desde que praticados até 25 de Abril de 1991, inclusive, são amnistiados: (...)

ii) As infracções disciplinares cometidas por trabalhadores de empresas públicas ou de capitais públicos, salvo quando constituam ilícito penal não amnistiado pela presente lei ou hajam sido despedidos por decisão definitiva a transitada;

(...)

II. O preceito acima transcrito veio suscitar dúvidas, quer no seu alcance, quer na sua constitucionalidade.

Com efeito, verifica-se que determinadas entidades com uma estrutura empresarial foram, subitamente, desautorizados pela «amnístia» assim aprovada, com danos para a coesão interna da própria empresa. Basta ver que, depois da «amnístia», não parece

justo manter inalterados os critérios disciplinares da empresa. Mais grave ainda será o problema pelo prisma dos trabalhadores: verifica-se que a mesma infracção fica impune na empresa do sector público e é punida com despedimento na empresa similar, mas privada.

Há valores constitucionais atingidos. Impõe-se, pois, uma reflexão.

II — A AMNISTIA EM GERAL

2. DOGMÁTICA BÁSICA

I. Etimologicamente, *amnistia* adveio do grego *amnestía* que significa *esquecimento e perdão* ⁽¹⁾. Há muito, porém, que ela ganhou em Direito um sentido técnico consagrado, que não é estranho, aliás, ao étimo grego. E tal sucedeu mais precisamente no Direito penal.

II. No Direito penal, a amnistia traduz uma *medida objectiva e abstracta* — portanto, materialmente legislativa — e que visa abolir uma determinada incriminação ⁽²⁾.

Em rigor, há que distinguir a amnistia estrita ou própria da amnistia imprópria ⁽³⁾:

— a *amnistia própria* provoca a *abolitio criminis*, suprimindo o próprio crime; não pode ser condicionada a qualquer título;

⁽¹⁾ Cf. JOSÉ PEDRO MACHADO, *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 1.º vol., 3.ª ed. (1977), 234, 1.ª col.

⁽²⁾ Cf. GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht/Allgemeiner Teil* (1983), 284, GIULIANO MARINI, *Amnistia e indulto nel diritto penale*, no *Digesto delle Discipline Penalistiche*, 1.º vol. (1987), 137-149 (142, 2.ª col.), RENATO DELL'ANDRO, *Amnistia*, ED I (1958), 306-313 (396 ss.), ALFREDO IANNITTI PIROMALLO, *Amnistia e indulto*, NssDI 1, 1.º tomo (1957), 577-592 (579 ss.), MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal/Parte Geral*, II volume (1989), 207 ss. e MAIA GONÇALVES, *Código Penal Anotado*, 4.ª ed. (1988), 294.

⁽³⁾ DELL'ANDRO, *Amnistia*, cit., 309 e CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições*, cit., II, 207.

— a *amnistia imprópria* anula (apenas) a punibilidade e a pena; equivale como que a um indulto geral, podendo ser condicionada.

A amnistia distingue-se do *indulto*; este é uma causa extintiva da pena. O indulto é, em princípio, especial, sendo dirigido especificamente a um particular agente.

III. Em termos dogmáticos, diz-se que a amnistia suprime a infracção criminal. Por certo que ela não pode apagar o crime enquanto evento histórico: apenas paraliza a norma penal na parte em que, qualificando certa actuação como crime, determinava uma punição⁽⁴⁾.

Pode falar-se, a tal propósito, duma substancialização da amnistia. As concepções mais antigas colocavam-na no plano da acção penal: ela deteria a marcha dessa acção, impedindo a punição. Mais tarde, a amnistia foi colocada no plano substantivo: *ela extingue o direito subjectivo que o Estado tem de aplicar a Lei penal*⁽⁵⁾.

Compreende-se por isso porque assume a amnistia a forma de lei, caindo na competência da Assembleia da República — artigo 164.º, g), da Constituição da República⁽⁶⁾. Pelo contrário, o indulto cabe ao Presidente da República, ouvido o Governo — artigo 137.º, f)⁽⁷⁾. Ambas essas figuras tiveram em vista, como é evidente, a amnistia ou o indulto em sentido próprio, ou penal: *elas não permitem à Assembleia, a pretexto de amnistias, atingir posições jurídicas privadas*.

IV. As estrutura e natureza da amnistia explicam porque razão ela só produz efeitos no domínio penal.

(4) DELL'ANDRO, *Amnistia*, cit., 308-309.

(5) ALFREDO PIROMALLO, *Amnistia e indulto*, cit., 579, 2.ª coluna.

(6) Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.º vol., 2.ª ed. (1985), 182.

(7) *Idem*, 128.

Atente-se no artigo 126.º do Código Penal vigente:

1. A amnistia extingue o procedimento criminal e, no caso de já ter havido condenação, faz cessar a execução tanto da pena principal como das penas acessórias.

2. No caso de concurso de crimes, a amnistia é aplicável a cada um dos crimes a que foi concedida.

3. A amnistia pode ser subordinada ao cumprimento de certos deveres e não prejudica a indemnização de perdas e danos que for devida.

4. Salvo disposição em contrário, a amnistia não aproveita aos reincidentes nem aos condenados em pena indeterminada.

Bem se compreende esta delimitação. O direito à indemnização é um direito patrimonial privado que se inscreve no património do lesado assim que se consubstanciem os competentes pressupostos da responsabilidade civil. *Abolir esse direito é retirar, a alguém, uma posição patrimonial privada adquirida legalmente e genericamente garantida pelo artigo 62.º/1 da Constituição.*

Além disso, enquanto a suspensão do direito de punir vai apenas bulir com relações que têm a ver com o Estado e o agente prevaricador, a supressão da indemnização seria uma vantagem concedida a uma pessoa e à custa de outra.

V. *A amnistia é uma figura muito duvidosa, no que toca à sua bondade político-social* ⁽⁸⁾.

A Lei Penal tem a sua lógica. Quando se mostre ultrapassada ou inadequada, há que alterá-la. De resto, é suposto ser conhecida por todos.

Ora a amnistia vai isentar certas pessoas de cumprir os seus deveres jurídico-penais. Os cidadãos que se tenham esforçado para os acatar irão descobrir que, afinal, melhor fora não o fazer. Os desleixados e criminosos são recompensados.

Além disso, criam-se expectativas de amnistia que incentivam à prevaricação.

⁽⁸⁾ Cf., p. ex., GERMANO MARQUES DA SILVA, *Amnistia*, Enc. Polis, 1.º vol. (1983), 285-286.

Em suma: *todo este conjunto de razões recomenda que as normas que estabeleçam amnistias sejam interpretadas em termos estritos* (9).

3. A ESTRITA LIMITAÇÃO DA ADMNISTIA À MATÉRIA PENAL E CONEXA

I. Como foi referido, razões estruturais limitam as amnistias à matéria penal. É possível, pela mesma precisa ordem de ideias, alargá-las ao domínio contraordenacional. Mas sempre nos precisos limites do *ius puniendi* do Estado.

Torna-se interessante confirmar esse estado de coisas através das múltiplas leis de amnistia e da jurisprudência.

II. A prática das amnistias, apesar das sérias reservas que vem suscitando, tem sido uma constante. Desde 1927 são da ordem das muitas dezenas os diplomas que as têm aprovado e isso sob os mais variados pretextos.

Sem qualquer preocupação de exaustão, apenas após 1940 e sem ter em conta o Ultramar, foram compulsados os seguintes diplomas:

- *Decreto-Lei n.º 31 324, de 17 de Junho de 1941;*
- *Decreto-Lei n.º 35 041, de 18 de Outubro de 1945;*
- *Decreto-Lei n.º 36 325, de 5 de Junho de 1947;*
- *Decreto-Lei n.º 37 386, de 26 de Abril de 1949;*
- *Lei n.º 2 039, de 10 de Maio de 1950;*
- *Decreto-Lei n.º de 39 187, de 25 de Abril de 1953;*
- *Decreto-Lei n.º de 40 184, de 3 de Junho de 1955;*
- *Decreto-Lei n.º de 42 089, de 6 de Janeiro de 1959;*
- *Decreto-Lei n.º de 46 503, de 25 de Agosto de 1965;*

(9) Assim: STJ 30-Jun.-1976 (FERREIRA JÚNIOR), BMJ 258 (1976), 138-147 (141), STJ 15-Dez.-1976 (FERREIRA JÚNIOR), BMJ 262 (1977), 115-121 (117), STJ 16-Mar.-1977 (FERREIRA JÚNIOR), BMJ 265 (1977), 145-148 (147) e STJ 7-Dez.-1977 (MOREIRA DA FONSECA), BMJ 272 (1978), 111-115 (114).

- Decreto-Lei n.º de 47 702, de 15 de Maio de 1967;
- Decreto-Lei n.º de 204/70, de 12 de Maio;
- Decreto-Lei n.º de 607/73, de 14 de Novembro;
- Decreto-Lei n.º de 259/74, de 15 de Junho;
- Decreto-Lei n.º de 720/74, de 18 de Dezembro;
- Decreto-Lei n.º de 727/75, de 22 de Dezembro;
- Decreto-Lei n.º de 409/76, de 27 de Maio;
- Decreto-Lei n.º de 78/77, de 2 de Março;
- Lei n.º 74/79, de 23 de Novembro;
- Lei n.º 31/81, de 25 de Agosto;
- Lei n.º 17/82, de 2 de Julho;
- Lei n.º 16/86, de 11 de Junho.

Estes diplomas referem-se a diversos crimes e infracções, ora de natureza comum, ora de natureza especial. Trata-se, porém, sempre do *ius puniendi* do Estado, que é sacrificado.

III. Aparecem, ainda alguns casos de amnistias de infracções disciplinares, perpetradas por agentes da polícia e por militares. Assim:

- Decreto n.º 41 593, de 19 de Abril de 1958, relativo a infracções disciplinares de agentes da P.S.P. que tivessem prestado serviço no Estado da Índia;
- Decreto-Lei n.º 173/74, de 26 de Abril, que abrange «infracções disciplinares de natureza política»; este diploma visava, porém, reparar uma evidente injustiça, pelo que não pode considerar-se uma «amnistia» material; recorde-se que, no seu artigo 2.º, este diploma determinava ainda a reintegração das pessoas separadas do serviço por razões políticas;
- Lei n.º 5/90, de 20 de Fevereiro, que amnistiou as infracções de natureza disciplinar imputadas a funcionários ou agentes da Polícia de Segurança Pública; tratava-se de pôr termo à problemática que rodeou o movimento pró-sindical da PSP.

Em todos estes casos é, ainda e sempre, do *ius puniendi* do Estado que se trata.

Um único caso extravaza esse estrito limite mas, ainda então, com a justificação de ser mais o reconhecimento da liberdade política do que uma supressão do direito de punir: o da amnistia aprovada pela Lei n.º 17/85, de 17 de Julho, para o sector da comunicação social. Diz o artigo 1.º desse diploma:

São amnistiadas as infracções disciplinares praticadas nos meios de Comunicação Social previstos no artigo 39.º da Constituição *que decorram da legítima expressão da liberdade de opinião individual ou colectiva dos respectivos trabalhadores, bem como da livre afirmação das suas opções políticas e ideológicas*, com a consequente extinção de penas já aplicadas, desde que tais infracções não constituam crime público, a não ser que este se encontre, ele próprio, amnistiado ⁽¹⁰⁾.

Tal como este preceito vem redigido, parece mesmo nem haver, aqui, qualquer infracção disciplinar. Há, sim, como se disse, um reconhecimento de liberdade política, que já resultava, aliás, directamente, da Constituição.

4. A RESSALVA DOS ASPECTOS PRIVADOS

I. Corroborando a limitação das amnistias ao *ius puniendi* estadual, deve frisar-se que a generalidade destes diplomas, sobretudo nos últimos 25 anos, teve o cuidado de ressalvar os aspectos privados envolvidos.

Assim:

— o *Decreto-Lei n.º 46 503, de 25 de Agosto de 1965* ⁽¹¹⁾, dispunha, no seu artigo 4.º que «a amnistia não extingue a responsabilidade civil emergente dos factos praticados, de

⁽¹⁰⁾ Os sublinhados são do presente estudo.

⁽¹¹⁾ Este diploma aprovou uma amnistia para comemorar a tomada de posse de AMÉRICO TOMÁS como Presidente da República.

harmonia com o disposto no § 1.º do artigo 125.º do Código Penal»;

- o *Decreto-Lei n.º 607/73, de 14 de Novembro* ⁽¹²⁾, retomava, no artigo 3.º, a mesma norma, nesses precisos termos;
- o *Decreto-Lei n.º 259/74, de 15 de Junho* ⁽¹³⁾, que aprovou uma das mais amplas amnistias de sempre ⁽¹⁴⁾, especificava, no seu artigo 2.º/2, que «a presente amnistia não extingue a responsabilidade civil emergente dos factos praticados, podendo os ofendidos, no prazo de trinta dias, requerer o prosseguimento dos processos em que haja pedido cível formulado para fixação das indemnizações que forem devidas»;
- o *Decreto-Lei n.º 727/75, de 22 de Dezembro* ⁽¹⁵⁾, que, no seu artigo 1.º/2, utilizava precisamente essa mesma fórmula;
- a *Lei n.º 17/82, de 2 de Julho*, aprovada a propósito da primeira vinda a Portugal do actual Sumo Pontífice, e que teve uma amplitude muito grande ⁽¹⁶⁾, dispunha no seu artigo 11.º, que «a presente amnistia não extingue a responsabilidade civil emergente de factos delituosos aplicados, podendo os ofendidos, no prazo de 90 dias, requerer

⁽¹²⁾ Desta feita, o preâmbulo referia «... o tempo decorrido desde as últimas medidas de clemência ...» e «... o início da nova legislatura da Assembleia Nacional ...».

⁽¹³⁾ Na sequência do 25 de Abril de 1974.

⁽¹⁴⁾ Inclui mesmo, no seu artigo 2.º/1, i), as infracções disciplinares dos estudantes, as quais têm natureza pública; não abrangia, naturalmente, situações laborais.

⁽¹⁵⁾ O seu preâmbulo merece aqui ficar consignado. Assim:

«Considerando que nesta quadra do Natal, em que tradicionalmente a paz e a concórdia reinam entre os homens, fazendo esquecer as ofensas e querelas que os dividem;

Considerando que, por essa razão, se considera esta época do ano a mais adequada para assinalar os factos que até agora mais significativamente marcaram a consolidação da Revolução de Abril de 1974, bem como a edificação da via para o socialismo, vivido em democracia e liberdade;

Considerando porém que o aumento da criminalidade e clima de violência vivido até aos acontecimentos de 25 de Novembro de 1975 não permitem ser-se tão generoso quanto o desejado no acto de clemência que agora se concede;».

⁽¹⁶⁾ Abrangendo infracções disciplinares militares e marítimas, mas não laborais.

o prosseguimento dos processos em que hajam deduzido pedido cível de indemnização e devendo aproveitar-se a prova oferecida na acção penal»;

- a *Lei n.º 16/85, de 11 de Junho*, compreendia, no seu artigo 12.º, uma regulamentação desenvolvida destinada a salvaguardar as dimensões civis.

Em suma: todos estes diplomas — hoje dobrados pela regra geral do artigo 126.º/3 do Código Penal — mostram não só que as amnistias sempre tiveram o cuidado de não interferir nos aspectos privados, mas também que houve uma caminhada no sentido de reforçar essa tendência.

E em nenhum caso — descontadas as hipóteses de reintegração por afastamento político, que não são, em rigor, amnistias — se viu uma amnistia com eficácia laboral.

II. A numerosa jurisprudência existente em torno das leis de amnistia sempre adoptou essa mesma posição. Para tanto ela apoiou-se no artigo 125.º, § 1.º, do velho Código Penal, nos diversos preceitos especiais contidos nas leis de amnistia e no artigo 126.º/3 do Código actual.

Como meros exemplos, todos do Supremo:

- *acórdão de 3-Abr.-1962*: «pelo Decreto-Lei n.º 43 309, o procedimento criminal foi amnistiado, mas não foi atingida a responsabilidade civil emergente dos factos praticados»⁽¹⁷⁾;
- *acórdão de 1-Mar.-1963*: «o Decreto ... que concedeu a amnistia fez cessar a responsabilidade criminal, mas não extinguiu a responsabilidade civil»⁽¹⁸⁾;
- *acórdão de 28-Jan.-1987*: a amnistia não prejudica a indemnização de perdas e danos⁽¹⁹⁾.

(17) STJ 3-Abr.-1962 (ALFREDO JOSÉ DA FONSECA), BMJ 116 (1962), 383-386 (384).

(18) STJ 1-Mar.-1963 (GONÇALVES PEREIRA), BMJ 125 (1963), 447-451 (450).

(19) STJ 28-Jan.-1987 (ALVES PEIXOTO), BMJ 336 (1987), 288-289.

III. O PODER DISCIPLINAR E A SUA NATUREZA

5. DOGMÁTICA BÁSICA

I. Prosseguindo na análise dos temas suscitados pela Lei n.º 23/91, cabe agora ponderar a questão do poder disciplinar.

A situação jurídica de trabalho distingue-se da comum prestação de serviços por implicar a subordinação do trabalhador ⁽²⁰⁾. Tal subordinação analisa-se em dois pontos essenciais ⁽²¹⁾:

- no dever de obediência;
- na sujeição ao poder disciplinar do empregador.

O *dever de obediência* corresponde à necessidade que corre pelo trabalhador de conformar a sua actividade produtiva de acordo com as instruções recebidas do empregador. A situação de trabalhador é, pois, de disponibilidade para o trabalho ⁽²²⁾, concretizando a sua actuação em consonância com as instruções que vá recebendo.

A *sujeição ao poder disciplinar do empregador* diz-nos que o trabalhador se encontra sujeito à fiscalização da entidade empregadora, a qual lhe pode aplicar sanções, ainda que, naturalmente, sob o controlo do Direito.

II. O poder disciplinar laboral coloca apaixonantes problemas de construção jurídica. Entre nós, a matéria só aos poucos tem vindo a ser estudada.

Na verdade, a Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937, que aprovou o primeiro regime do contrato individual de trabalho, era omissa quanto ao poder disciplinar. E a razão era simples: para

⁽²⁰⁾ Por último, STJ 6-Mar.-1991 (CASTELO PAULO), AcD XXX (1991), 354, 813-818 (817).

⁽²¹⁾ Ainda que com diversas considerações, este ponto é pacífico; cf. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 1.º vol., 7.ª ed. (1991), 105, BRITO CORREIA, *Direito do Trabalho*, 1.º (1991) vol., 6 e MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho* (1991), 127.

⁽²²⁾ Sem prejuízo de, em certas condições, se poder falar dum direito à ocupação efectiva.

além da incipiência dogmática, verificava-se na época que, dada a facilidade com que o empregador podia recorrer ao despedimento, não valia a pena regular o exercício do poder disciplinar, totalmente nas suas mãos.

A regulamentação do poder disciplinar foi, depois, obra paulatina, em diversas convenções colectivas de trabalho. Pode dizer-se, com total propriedade, que se trata *duma conquista dos trabalhadores*: as regras do poder disciplinar obrigam a que o mesmo seja usado *com adequação, com justiça e sem arbítrio*.

A LCT de 1966 — aprovada pelo Decreto-Lei n.º 47 032, de 27 de Maio de 1966 — referiu, pela primeira vez em lei, que a entidade patronal tem poder disciplinar sobre os trabalhadores que se encontrem ao seu serviço, num preceito que passaria ao artigo 26.º/1 da LCT (23).

III. O poder disciplinar tem sido apontado como uma particular necessidade da industrialização, num aspecto que abaixo será retomado.

A panorâmica comparatística revela contudo uma certa incipiência generalizada: é certo que ele ultrapassa os comuns quadros civis.

(23) Num prisma doutrinário, a panorâmica nacional é a seguinte:

- antes de 1966, apenas há a assinalar o estudo de ALBERTO XAVIER, *O poder disciplinar do dador de trabalho* (1965, polic.);
- depois de 1966 e antes de 1969 surgiram os estudos de MONTEIRO FERNANDES, *Sobre o fundamento do poder disciplinar*, ESC 18 (1966), 62-83 e *A natureza da infracção disciplinar*, ESC 19 (1966), 29-47 e de JOÃO FRANCISCO DE ALMEIDA POLICARPO/ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Fundamentos do poder disciplinar*, ESC 24 (1967), 17-51;
- depois de 1969, cumpre referir, entre outros: JOSÉ ANTÓNIO MESQUITA, *Poder disciplinar em Direito do Trabalho*, Sep. BMJ 1979, 215-272, ANTÓNIO GARCIA PEREIRA, *O poder disciplinar da entidade patronal/Seu fundamento* (1983), PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Poder disciplinar patronal* (1990) e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Do fundamento do poder disciplinar laboral*, 2 volumes (1990, polic.). Quanto a obras gerais, cumpre referir: BRITO CORREIA, *Direito do Trabalho*, cit., 1.º vol., 156 ss., MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 1.º vol., 7.ª ed. cit., 216 e ss. e MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., § 57 (745 ss.).

Na *Alemanha*, o poder disciplinar não é hoje objecto de regulamentação legal ⁽²⁴⁾, aparecendo apenas em determinadas convenções colectivas ⁽²⁵⁾. A sua explicação torna-se, assim, complexa; certos autores, como HUECK/NIPPERDEY, reconduzem o poder disciplinar à cláusula penal ⁽²⁶⁾; outros, como LÖWISCH/WÜRTEMBERGER, apelam para as necessidades de ordenação da empresa ⁽²⁷⁾; e outros, por fim, como KUHLMANN, remetem-no para um poder emanante do empregador e para o Direito consuetudinário ⁽²⁸⁾.

IV. Em *França*, o poder disciplinar era considerado como uma mera seqüela do contrato de trabalho, sem outros limites do que os do regulamento da empresa, supostamente aceite por ambas as partes. Mais tarde, ele connexionou-se com a própria qualidade de empregador. Finalmente, a Lei n.º 82-689, de 4 de Agosto de 1982, veio consagrar e regular o fenómeno, assegurando certas garantias aos trabalhadores ⁽²⁹⁾.

V. Em *Itália*, o tema em estudo começou também por ter sede exclusiva no contrato. O Código Civil remeteu-o para as convenções colectivas ⁽³⁰⁾, vindo finalmente a Lei n.º 300, de 20

⁽²⁴⁾ Essa regulamentação, embora muito parcelar, surgia em leis antigas — cf. PAUL OERTMANN, *Deutsches Arbeitsvertragsrecht* (1923), 24 ss. — acabando por ser revogadas pelo *Betriebsverfassungsgesetz* de 1952; vide GÜNTER SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 7.ª ed. (1992), 378.

⁽²⁵⁾ Cf. SCHAUB, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 7.ª ed. cit., 381; cf. WOLFGANG ZÖLLNER/KARL GEORG LORITZ, *Arbeitsrecht*, 4.ª ed. (1992), 222.

⁽²⁶⁾ HUECK/NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 2.º vol., 6.ª ed. (1961), 829 e FRITZ BAUR, *Betriebsjustiz*, JZ 1965, 163-167 (165).

⁽²⁷⁾ LÖWISCH/WÜRTEMBERGER, *Verfassungstrafe und Betriebsstrafe im Arbeitsrecht*, JuS 1970, 261-267 (263); cf. PETER HANAU/KLAUS ADOMEIT, *Arbeitsrecht*, 10.ª ed. (1992), 200.

⁽²⁸⁾ GOETZ-JOACHIM KUHLMANN, *Betriebsjustiz/Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebsjustiz*, JZ 1976, 537-546 (537).

⁽²⁹⁾ Cf. GÉRARD LYON-CAEN/JEAN PÉLISSIER, *Droit du Travail*, 14.ª ed. (1988), 432 ss. e RIVERO/SAVATIER, *Droit du Travail*, 10.ª ed. (1987), 197 ss.

⁽³⁰⁾ Cf. LODOVICO BARASSI, *Il diritto del lavoro*, 2.º vol. (1949), 323 ss., RENATO CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, 1.º vol. (1965), 555 ss. e LUISA RIVA-SANSEVERINO, *Della impresa*, no *Commentario* de SCIALOJA/BRANCA, 3.ª ed. (1964), 258 ss.

de Maio de 1970, a assegurar determinadas garantias aos trabalhadores ⁽³¹⁾.

VI. O poder disciplinar laboral visa a prevenção e a repressão de factos ilícitos perpetrados pelos trabalhadores no quadro das relações de trabalho. Na sua base está a infracção disciplinar que postula, com culpa, a violação de deveres legais ou contratuais.

Perante isso, a entidade empregadora pode fazer uso do seu poder disciplinar, o qual implica:

- a iniciativa disciplinar;
- a condução do processo disciplinar;
- a suspensão preventiva do trabalhador;
- a fixação dos factos;
- a aplicação de sanções.

Todo o desenvolvimento desta matéria está, como é sabido, regulado entre nós por leis pormenorizadas — bem mais do que na generalidade dos outros países — e encontra-se apoiado em massas consideráveis de jurisprudência ⁽³²⁾.

6. A SUA NATUREZA LABORAL PRIVADA ESSENCIAL À RELAÇÃO DE TRABALHO

I. A natureza do poder disciplinar dá lugar a uma querela clássica no Direito do trabalho. Tradicionalmente, apontam-se duas orientações frente a frente ⁽³⁴⁾:

- a teoria contratualista;
- a teoria institucionalista.

⁽³¹⁾ Cf. MARIO GRANDI/GIUSEPPE PERA, *Commentario breve allo Statuto dei Lavoratori* (1985), 19 ss., SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 35.ª ed. (1987), 202 ss. e GIULIANO MAZZONI/MARCO PAPELEONI, *Manuale di diritto del lavoro*, vol. 1.º, 6.ª ed. (1988), 605 ss.

⁽³²⁾ Remete-se para o nosso *Manual* cit., 753 ss., onde pode ser confrontada doutrina e jurisprudência.

⁽³⁴⁾ Entre nós: BRITO CORREIA, *Direito do Trabalho*, cit., 1.º vol. 156 ss., MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., 1.º vol., 7.ª ed., 228 ss. e o nosso *Manual* cit., 760 ss.

Segundo a *teoria contratualista*, o poder disciplinar adviria do próprio contrato de trabalho. Ao celebrá-lo, as partes estabelecem esse poder, um tanto à semelhança da cláusula penal.

Pela *teoria institucionalista*, o poder disciplinar seria o fruto da organização empresarial em que o trabalhador se vem inserir.

Em rigor, esta contraposição clássica não é adequada. Enquanto o contratualismo aponta para um *fundamento jurídico-positivo*, o institucionalismo traduz uma *ordenação político-social*. As duas teorias não se contrapõem, pois, uma à outra. Ora a fundamentação jurídico-positiva dum construção não pode ser absolutizada: ela vai seguramente variar em função de coordenadas históricas e geográficas.

Propõe-se, por isso, no estudo desta matéria, uma diferente metodologia: a de distinguir as motivações técnico-sociais que levam ao estabelecimento do poder disciplinar, a base jurídico-positiva do poder disciplinar e a sua natureza dogmática.

II. As *motivações técnico-sociais* que justificam e explicam o poder disciplinar têm a ver com a realidade empresarial. A empresa exige uma integração complexa de diversos factores, em que nenhum pode falhar. A articulação é determinada pela entidade empregadora. Ora seria impraticável que a entidade empregadora tivesse de apelar à justiça do Estado sempre que houvesse dúvidas de execução ou faltas de serviço. O poder de direcção só tem consistência por se dobrado por poderes de fiscalização e de sanção. Este o drama: o desafio para o Direito consiste agora em controlar o exercício destes poderes.

III. A *base jurídico-positiva* do poder disciplinar tem variado. Como qualquer efeito jurídico, ela derivará das fontes; tais fontes surgem, porém, mais ou menos genéricas. Assim, poder-se-ia invocar: o preceito geral que manda respeitar os contratos, uma convenção colectiva de trabalho ou uma norma legal expressa.

Actualmente, entre nós — e tal como tende a suceder nos diversos países latinos — há uma base legal expressa: o artigo 26.º/1 da LCT. *Trata-se, pois, dum efeito típico legal necessário que o*

Direito associa automaticamente à celebração dum contrato de trabalho.

IV. A natureza dogmática do poder disciplinar obriga, para ser determinada, a examinar analiticamente as múltiplas sanções a que ele pode dar lugar ⁽³⁵⁾. Tal estudo permite reconduzir as diversas figuras em causa ao Direito das Obrigações e, em especial, à cláusula penal e à resolução por incumprimento. Não obstante, essa fragmentação é irrealista, uma vez que o poder disciplinar tem uma evidente unidade valorativa e de regime.

Por isso, dogmaticamente, é preferível ver nele um instituto autónomo próprio do Direito do trabalho, consagrado na lei e associado pelo Direito do trabalho, consagrado na lei e associado pelo Direito, automaticamente, a qualquer contrato de trabalho.

V. No seu conjunto, estas considerações são importantes e permitem novas conclusões do maior relevo.

O poder disciplinar *não é nenhum aditivo* a somar a uma situação jurídica laboral que existiria já sem ele ou independentemente dele. O poder disciplinar *é a própria relação de trabalho; na sua falta, esvair-se-ia a direcção patronal*: a relação já não seria de trabalho, mas de mera prestação de serviço ou, se de todo em todo não houvesse sanções, uma obrigação natural ⁽³⁶⁾.

A lei que viesse abolir o poder disciplinar viria, na realidade, pôr às relações de trabalho subordinado.

VI. Nessas condições, não oferecerá dúvidas considerar que, apesar da sua estrutura potestativa, o *poder disciplinar comunga da natureza patrimonial privada das relações de trabalho*.

⁽³⁵⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., 762 ss.

⁽³⁶⁾ Diz, p. ex., BRITO CORREIA, *Direito do Trabalho*, cit., 1.º vol., 157-158: «... dentro dos limites compatíveis com a dignidade das pessoas, o poder disciplinar corresponde a um elemento essencial do tipo legal do contrato de trabalho, que as partes não podem afastar (se quiserem celebrar este tipo de contrato), mas cuja existência se baseia, em última análise, na própria aceitação do contrato ...».

No fundo, poderemos dizer que a autonomização do poder disciplinar opera por razões de estudo e de regulamentação e como forma de melhor proteger os trabalhadores. De resto, ele é de tal forma natural e inerente ao poder de direcção que funciona, de modo incindível, dentro de cada situação jurídica laboral privada.

IV — A INCONSTITUCIONALIDADE DA «AMNISTIA» LABORAL

7. A VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 54.º/5, D) E 56.º/2, A), DA CONSTITUIÇÃO

I. O desenvolvimento anterior mostra que a figura da amnistia não foi minimamente pensada para se aplica a infracções laborais. Basta recordar que a amnistia é uma figura estruturalmente penal, enquanto o poder disciplinar, não menos estruturalmente, é uma realidade laboral privada.

Assim, o artigo 1.º, alínea ii), da Lei n.º 23/91, de 4 de Julho, ao aprovar uma «amnistia» laboral para determinadas infracções disciplinares traduz, antes de mais, uma transplantação linguística do termo «amnistia»: dogmaticamente apurado para o Direito penal, «amnistia», vai, aqui, assumir um conteúdo diverso.

II. O Direito penal constitui um sector muito delicado. Pela especificidade das suas sanções, ele vai bulir com zonas muito sensíveis dos direitos das pessoas. Nestas condições, a Constituição presta o maior cuidado à matéria penal.

Nas palavras de JOSÉ DE SOUSA E BRITO,

O direito penal funda-se na Constituição no sentido de ques normas que o constituem ou são, elas próprias, normas formalmente constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *A lei penal na Constituição*, em *Estudos sobre a Constituição*, publ. JORGE MIRANDA, 2.º vol. (1978), 197-254 (197).

A esta luz, bem se compreende que não seja curial vir utilizar normas constitucionais penais com um conteúdo diferente do inserido pela Constituição.

III. As normas constitucionais que referem a amnistia — e *maxime* o artigo 164.º, g), da Constituição, que permite à Assembleia da República conceder amnistias e perdões genéricos — têm em vista a amnistia em sentido próprio, que é o penal.

A sua utilização, no seio de uma lei verdadeiramente dedicada à amnistia, para traduzir uma realidade diferente *provoca uma desadequação com as normas constitucionais penais em jogo*.

Ou seja: *é disfuncional vir invocar os poderes que a Constituição concede à Assembleia no domínio penal para vir aprovar algo de muito diferente: uma «amnistia» laboral*.

IV. A disfuncionalidade apontada poderia ser apenas uma manifestação de uma técnica legislativa menos feliz. Porém, o caso é mais grave: ao vir aprovar uma «amnistia» laboral, a alínea ii), do artigo 1.º, da Lei n.º 23/91, de 4 de Julho, *é uma norma materialmente laboral e não penal*.

Ora as leis de trabalho têm regras constitucionais próprias que não foram, aqui, minimamente observadas. Assim, *na elaboração de leis do trabalho deve assegurar-se a participação das comissões de trabalhadores e das associações sindicais*, nos termos dos artigos 54.º/5, d) e 56.º/2, a), da Constituição. *Esses dispositivos não foram respeitados o que, desde logo, provoca a inconstitucionalidade da «amnistia» laboral* ⁽³⁸⁾.

8. A VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 62.º/1 E 87.º/2 DA CONSTITUIÇÃO

I. Como foi verificado, a «amnistia» laboral não tem relevância penal. Ela vai, antes, actuar numa área bem diferente: vem privar a entidade empregadora do seu direito funcional de restabe-

(38) Cf. TC acórdão n.º 64/91, de 4 de Abril (RIBEIRO MENDES).

lecer o desequilíbrio provocado por infracções disciplinares laborais, obrigando-a a suportar uma relação jurídica deteriorada.

Noutros termos: não há «amnistias» laborais; a serem tentadas haveria, sim, uma expropriação — *retius*, um confisco — do poder disciplinar, estruturalmente essencial à relação privada de trabalho, como se viu. Quando, pois, a Lei n.º 23/91, de 4 de Julho, vem dizer, no seu artigo 1.º, *ii*), que são amnistiadas as infracções disciplinares cometidas por trabalhadores, verifica-se um uso abusivo da palavra «amnistia»; tomado à letra, esse preceito vem antes dizer: *são privadas de poder disciplinar as entidades empregadoras cujos trabalhadores cometam infracções ...*

II. Tirando o caso já referido da Lei n.º 17/85, de 17 de Julho, que veio amnistiar infracções disciplinares nos órgãos de comunicação social e, ainda aí, quando decorressem da «legítima expressão da liberdade individual ou colectiva» ou da «livre afirmação das suas opções políticas e ideológicas» — e que, portanto, constituiu um eufemismo para pôr cobro a saneamentos políticos, não surgindo como verdadeira amnistia —, não foi encontrado nenhum exemplo histórico, entre nós, de «amnistias» laborais, apesar das dezenas de diplomas examinados. Nem as amnistias subsequentes a 25 de Abril de 1974 ou a amnistia decidida aquando da primeira visita de S. S. o Papa JOÃO PAULO II a Portugal — e bem amplas foram! — entraram por tal via.

As amnistias disciplinares concedidas a funcionários públicos ou a militares ou equiparados têm, evidentemente, outra natureza, já que põem frente a frente o agente e o Estado, sem a intervenção de terceiros e numa relação exclusivamente pública.

III. A consideração do Direito estrangeiro também tem o seu interesse. O autor deste estudo, apesar de ter procurado nos diversos planos — doutrinário, legislativo e jurisprudencial — qualquer referência a «amnistias» laborais ou equivalentes nos Direitos alemão e italiano, nada encontrou ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ No Direito italiano surgem referências a amnistias laborais — cf. *Il diritto penale e amministrativo del lavoro*, org. MARIANO MAFFEI/LIBERO MANCUSO (1971), *passim*, mas para caracterizar a correspondente medida tomada perante infracções

Apenas em França, para comemorar a chegada ao poder da esquerda, em 1981, foi aprovada uma amnistia com incidência laboral, embora bastante mais limitada do que a proposta em Portugal em 1991. Trata-se da Lei n.º 81-736, de 4 de Agosto de 1981, que se pede vénia para citar no original:

Art. 13 Sont amnistiés les faits commis antérieurement au 22 mai 1981 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires ou professionnelles.

Toute fois, si ces mêmes faits ont donné lieu à une condamnation pénale, l'amnistie des sanctions disciplinaires ou professionnelles est subordonnée à l'amnistie de la condamnation pénale.

Sauf mesure individuelle accordée par décret du Président de la République, sont exceptés du bénéfice de l'amnistie prévue par le présent article les faits constituant des manquements à la probité, aux bonnes moeurs ou à l'honneur. La demande d'amnistie peut être présentée par tout personne intéressée dans un délai d'un an à compter soit de la présente loi, soit de la condamnation définitive.

Art. 14 I — Sont amnistiés, dans les conditions fixées à l'article 13, les faits retenus comme motifs de sanctions prononcées par un employeur.

L'inspection du travail veille à ce qu'il ne puisse être fait état des faits amnistiés. A cet effet, elle s'assure du retrait des mentions relatives à ces sanctions dans les dossiers et toute nature concernant les travailleurs que bénéficient de l'amnistie.

(...)

II — Tout salarié qui, depuis de 1^{er} janvier 1975, a été licencié à raison de faits en relation avec sa fonction de représentant élu du personnel ou de délégué syndical peut

cometidas pelas entidades laborais perante as leis públicas do Estado; tais «amnistias» extinguem o processo contravencional, mas não têm qualquer eficácia na relação de trabalho.

invoquer cette qualité, que l'autorisation administrative de licenciement ait ou non été accordée, pour obtenir sa réintégration dans son emploi ou dans un emploi équivalent chez le même employeur à la condition que cette réintégration soit possible (...)

(...)

Esta medida — que não deixou de causar controvérsia em França — seria de constitucionalidade muito duvidosa. Não obstante, ela teve o cuidado de exceptuar os casos mais graves — «faltas à probidade, aos bons costumes e à honra» — e assume ainda o sabor da reintegração de pessoas politicamente perseguidas.

Nada disto sensibilizou o legislador português que, com toda a probabilidade, nunca se terá interrogado sobre as implicações da medida que, de modo porventura um tanto precipitado, decidiu tomar.

IV. Como foi dito, a «amnistia» laboral não é uma verdadeira amnistia: equivale ao confisco e supressão duma prerrogativa patronal: o poder disciplinar.

Em face da Constituição da República, o Estado nunca poderia adoptar «amnistias» laborais perante empresas privadas. Fazendo-o, violaria vários preceitos constitucionais.

Assim:

— o poder disciplinar é um elemento essencial da relação de trabalho, a qual tem natureza patrimonial privada; encontra-se, pois, protegida pelo artigo 62.º/1 da Constituição⁽⁴⁰⁾, não podendo ser despojado sem justa indemnização;

⁽⁴⁰⁾ O artigo 62.º/1 da Constituição não tutela, apenas, o direito real de propriedade; ele reporta-se, em geral, a todos os direitos patrimoniais privados, visto usar «propriedade» em sentido amplo; cf. MENEZES CORDEIRO, *A Constituição patrimonial privada*, em *Estudos sobre a Constituição*, publ. JORGE MIRANDA, 3.º vol. (1979), 365-437 (371 ss.).

- a Constituição garante a liberdade de empresa, enquanto o artigo 87.º/2 assegura que *«O Estado só pode intervir na gestão das empresas privadas a título transitório, nos casos expressamente previstos na lei e, em regra, mediante prévia decisão judicial»*.

Este aspecto é de tal modo flagrante que o legislador não foi tão longe.

V. Na verdade, o artigo 1.º, ii), da Lei n.º 23/91, de 4 de Julho, limitou-se a referir «as infracções disciplinares cometidas por trabalhadores de empresas públicas ou de capitais públicos». Terá sido respeitada a Constituição?

Desde logo, seria necessário entender que a «empresa de capitais públicos» é a empresa de «capitais exclusivamente públicos». Caso a empresa compreendesse algum capital privado (mesmo que minoritário) já haveria inconstitucionalidade, por violação dos artigos 62.º/1 e 87.º/2 da constituição: estaria em causa um investimento privado, com valores privados e uma iniciativa privada.

Mas pode-se ir mais longe: *mesmo na hipótese da pura empresa pública ou de capitais exclusivamente públicos, a «amnistia» laboral é inconstitucional*.

VI. A «propriedade privada» garantida pelo artigo 62.º/1 da Constituição não é, apenas, a propriedade dos particulares; *é, em geral, o estatuto da apropriação privada, de que beneficiam pessoas singulares e colectivas*. Não é indiferente, para a estrutura da sociedade fixada na Constituição, que uma pessoa colectiva seja despojada dos seus bens sem compensação e à margem da lei que regula as expropriações, e isso mesmo quando não haja particulares titulares de posições sociais relativas a essa pessoa colectiva. *O Estado não pode, pois, suprimir arbitrariamente direitos privados das empresas públicas*: ele estaria a violar o artigo 62.º/1 da Constituição. É evidente que o jogo não é de palavras: prejudicar uma empresa pública é prejudicar todos os cidadãos contribuintes.

Além disso, a Constituição garante a autonomia estrutural das empresas privadas, isto é, das empresas sujeitas a um estatuto

jurídico-privado. O facto de uma sociedade anónima ser totalmente detida pelo Estado não isenta esta do cumprimento do artigo 87.º/2 da Constituição: há, formalmente, uma «empresa privada» que o Estado de Direito tem de respeitar. Ele pode intervir apenas através da assembleia geral, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais.

Em suma: *a «amnistia» laboral viola os artigos 62.º/1 e 87.º/2 da Constituição, artigos esses que concedem a sua protecção, também, a sociedades comerciais detidas pelo Estado, assumam elas a forma de sociedades anónimas ou, até, a de empresas públicas.*

9. A VIOLAÇÃO DO ARTIGO 13.º DA CONSTITUIÇÃO

I. Para além das inconstitucionalidades já apontadas, uma outra surge, ainda, e em termos de merecer o mais grave reparo: o atentado ao *princípio da igualdade*, inserido no artigo 13.º da Constituição e tão sensível no Direito do trabalho.

Ao «amnistiar» infracções de trabalhadores das empresas públicas ou de capitais públicos, o Estado discrimina os trabalhadores das restantes empresas. Ao proceder assim, *ele vai tratar de modo diferente situações materialmente iguais*. Dois trabalhadores pertencentes a duas empresas que cometam precisamente a mesma infracção e no mesmo dia, poderão ter destinos muito diferentes: um, porque integrado numa empresa pública, nada sofre; o outro, terá de responder em processo disciplinar, podendo ser despedido. E isso mesmo quanto a todos os trabalhadores se aplicam as mesmas leis do trabalho.

II. Também pelo *prisma empresarial a desigualdade é patente*. A uma empresa pública, supostamente em igual concorrência com uma privada, são impostas regras laborais (privadas) diferentes, que tolhem a sua acção. Há, aqui, uma assimetria injustificada, que contunde com o princípio da igualdade.

Verifica-se uma violação do princípio da igualdade, uma vez que nenhum valor material permite semelhante diferenciação.

III. O Direito tem uma harmonia de conjunto que nenhum legislador pode subverter. Há que tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença. Nesse sentido, pode-se dizer que o Direito postula um sistema interno.

Ora a «amnistia» laboral, tal como foi decidida, representa uma quebra nessa harmonia: veio agir-se como se o poder disciplinar fosse um *ius puniendi* de tipo público e não uma característica essencial de qualquer situação (privada) de trabalho. Além disso, foi-se discriminar trabalhadores sem que nenhuma diferença material subjacente o justificasse. *Tal «amnistia» é fortemente contrária ao sistema, gera uma desarmonia grave e contradita importantes valores em jogo.* Tanto basta para ser inconstitucional, por violação do princípio da igualdade ⁽⁴¹⁾.

IV. O diferente tratamento injustificadamente dispensado aos trabalhadores pelo artigo 1.º, ii), da Lei n.º 23/91 já tem sido constitucionalmente admitido com o seguinte argumento: as discriminações proibidas seriam apenas as enumeradas no artigo 13.º/2 da Constituição, isto é: as discriminações baseadas na ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Esta asserção deve ser combatida com a maior veemência.

O artigo 13.º/2 da Constituição não é, de modo algum, taxativo. O seu elenco mostra que estão em causa algumas das razões de discriminação, que historicamente, mais impressionaram os espíritos e a nossa cultura. Mas outras fontes de discriminação pode haver: umas há muito conhecidas e outras novas.

O Direito do trabalho permite documentar discriminações não incluídas na enumeração longa do artigo 13.º/2; por exemplo:

— a questão longamente discutida na Alemanha da *discriminação da mulher grávida*; a solução tem sido encontrada

⁽⁴¹⁾ Assim: CLAUD-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, trad. port. da Fundação Gulbenkian (1989), 224 ss.

- na proibição de testes de gravidez como condição de acesso ao emprego ⁽⁴²⁾;
- o problema, surpreendente mas infelizmente actual, posto em França, da *discriminação das pessoas em função da data do nascimento*: certas empresas realizariam contratações de acordo com pareceres astrológicos baseados nos signos zodiacais ⁽⁴³⁾;
 - as dúvidas, já suscitadas entre nós, a propósito da *discriminação consoante a escola de licenciatura*: admitir, por hipótese, apenas licenciados pela Universidade Católica ou pelas Universidades públicas, ou recusar, *ad nutum*, licenciados por universidades privadas.

Tudo isto provoca controvérsia por ocorrer mercê da actualização de entidades particulares. Ora é sabido que o princípio da igualdade apenas parcelarmente lhes pode ser oposto.

Mas se alguma dessas discriminações surgisse numa lei do Estado, a desigualdade seria clamorosa: ninguém iria atestar a sua constitucionalidade com base na omissão do artigo 13.º/2 da Constituição!

Pois bem: aos exemplos insólitos acima apontados, a Lei n.º 23/91 — ainda que com a melhor das intenções, o que não está de modo algum em causa — permite agora somar mais um:

- *a discriminação de trabalhadores só pelo facto de trabalharem para empresas públicas ou equiparadas ou para empresas privadas.*

A inconstitucionalidade é flagrante. A sua declaração pelo Tribunal Constitucional impõe-se, até pelo seu relevo exemplar: prevenir que, no futuro — e então, porventura, com intenções menos claras — alguma lei portuguesa venha abrigar discriminações materialmente injustificadas.

⁽⁴²⁾ Cf. o nosso *Manual*, cit., 560-561.

⁽⁴³⁾ Trata-se duma situação que tem sido denunciada em revistas de divulgação científica, como a *Science et Vie*; o Autor deste estudo desconhece se ela já foi objecto de decisão jurisdiccional.