



Universidades Lusíada

Pinheiro, Paulo Sousa

O Whistleblowing em Portugal : algumas questões disciplinares no âmbito do direito do trabalho

<http://hdl.handle.net/11067/5926>

<https://doi.org/10.34628/htkx-ew64>

Metadados

Data de Publicação	2020
Palavras Chave	Comunicação de irregularidades - Portugal, Comunicação de irregularidades - Direito e legislação - Portugal
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ULL-FD] Minerva, v. 10, n. 03 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-14T19:17:56Z com informação proveniente do Repositório

O WHISTLEBLOWING EM PORTUGAL – ALGUMAS QUESTÕES DISCIPLINARES NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO¹

Paulo Sousa Pinheiro

Advogado Especialista em Direito do Trabalho

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada – Norte (Porto)

DOI: <https://doi.org/10.34628/htkx-ew64>

¹ O texto que ora se publica serviu de base à nossa intervenção no *Webinar* promovido pelo Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS) da Nova School of Law, subordinado ao tema d’“O *Whistleblowing* em Portugal”, e que ocorreu no passado dia 17 de março de 2021.

Como é consabido, no passado dia 26 de novembro de 2019 foi publicada, no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE), a Diretiva (UE) 2019/1937, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União.

Nos termos dos Considerandos (35), (36) e (38) da Diretiva *sub judice*,

“A presente diretiva deverá prever que seja concedida proteção nos casos em que as pessoas apresentam denúncias, nos termos da legislação da União, às instituições, órgãos ou organismos da União, por exemplo no contexto de fraude relativa ao orçamento da União.” (35);

“As pessoas necessitam de proteção jurídica específica se as informações por elas comunicadas tiverem sido obtidas através da sua atividade profissional e, por conseguinte, correrem o risco de sofrer atos de retaliação relacionados com o trabalho, por exemplo, por violarem o dever de confidencialidade ou de lealdade. A razão subjacente à proteção dessas pessoas é a sua posição de vulnerabilidade económica relativamente à pessoa de quem dependem de facto para trabalhar. Se não existir esse desequilíbrio de forças na relação de trabalho, por exemplo, no caso dos queixosos comuns ou de cidadãos observadores, não é necessária proteção contra atos de retaliação.” (36); e

“A proteção deverá, em primeiro lugar, aplicar-se às pessoas que tenham o estatuto de «trabalhadores», na aceção do artigo 45.º, n.º 1, do TFUE, na interpretação que lhe dá o Tribunal de Justiça, ou seja, pessoas que, durante um determinado período de tempo, prestem serviço a outras pessoas sob a direção destas, recebendo em contrapartida uma remuneração. Assim,

a proteção deverá ser igualmente concedida aos trabalhadores em relações de trabalho atípicas, incluindo os trabalhadores a tempo parcial e os trabalhadores com contratos a termo, bem como a pessoas com um contrato de trabalho ou uma relação de trabalho com uma agência de trabalho temporário, tipos de relações precárias, em que as normas de proteção típicas contra um tratamento injusto são frequentemente difíceis de aplicar. O conceito de «trabalhador» também inclui os funcionários públicos, os trabalhadores de serviços públicos e todos aqueles que trabalharem no setor público.” (38).

Segundo o disposto no *artigo 4.º* (sob a epígrafe, *Âmbito de aplicação pessoal*) da Diretiva,

“1. A presente diretiva aplica-se a denunciante que, trabalhando no setor público ou privado, tenham obtido informações sobre violações em contexto profissional, nomeadamente, pelo menos, os seguintes:

- a) Trabalhadores, na aceção do artigo 45.º, n.º 1, do TFUE, incluindo funcionários públicos;
- b) Não assalariados, na aceção do artigo 49.º do TFUE;
- c) Titulares de participações sociais e pessoas pertencentes a órgãos de administração, de gestão ou de supervisão de empresas, incluindo membros não executivos, assim como voluntários e estagiários remunerados ou não remunerados;
- d) Quaisquer pessoas que trabalhem sob a supervisão e a direção de contratantes, subcontratantes e fornecedores.

2. A presente diretiva aplica-se igualmente a denunciante nos casos em que comuniquem ou divulguem publicamente informações sobre violações obtidas numa relação profissional que tenha entretanto terminado.

3. A presente diretiva aplica-se igualmente a denunciante cuja relação profissional se não tenha ainda iniciado, nos casos em que tenham obtido as informações sobre violações durante o processo de recrutamento ou noutras fases de negociação pré-contratual.

4. As medidas de proteção dos denunciante estabelecidas no capítulo VI são igualmente aplicáveis, se for caso disso, a:

- a) Facilitadores;
- b) Terceiros que estejam ligados aos denunciante e que possam ser alvo de retaliação num contexto profissional, tais como colegas ou familiares dos denunciante;
- c) Entidades jurídicas que sejam detidas pelos denunciante, para as quais os denunciante trabalhem ou com as quais estejam de alguma forma ligados num contexto profissional.”

No referido Capítulo VI (*Medidas de Protecção*) da Diretiva, mais precisamente no *artigo 19.º (Proibição de retaliação)*, estabelece-se que

“Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para proibir qualquer forma de retaliação contra as pessoas a que se refere o artigo 4.º, incluindo ameaças de retaliação e tentativas de retaliação, em particular:

- a) Suspensão, despedimento ou medidas equivalentes;
- b) Despromoção¹ ou não promoção;
- c) Alteração de funções, alteração do local de trabalho²,

1 Que, para alguns autores — casos de ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA, “O Poder Disciplinar – A Necessária Caminhada para o Direito”, in *Congresso Europeu de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 299, de António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 18.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, p. 369, de João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 224, e de Júlio Manuel Vieira Gomes, *Direito do Trabalho (Vol. I – Relações Individuais de Trabalho)*, s.l., Coimbra Editora, 2007, p. 895 —, configura uma sanção disciplinar ilícita, proibida por lei e por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (IRCT), dado prejudicar os direitos e garantias do trabalhador (*ex vi* do artigo 328.º, n.º 2, *in fine*, do Código do Trabalho – doravante, *brevitatis causa*, CT).

2 Que, enquanto sanção disciplinar, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho (Parte II – Situações Laborais Individuais)*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 596-597 (n. 662), recusa porque “[...] colide com o direito do trabalhador à inamovibilidade (art. 129º nº 1 f) do CT), direito este que só cede perante interesses objectivos de gestão (de acordo com o regime constante do art. 194º do CT [...]).” Em sentido contrário, i.e., no da aceitação da transferência como sanção disciplinar, estão nomes como António José Moreira, “O Poder...”, *cit.*, p. 299, António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1994, p. 760, António Monteiro Fernandes, *Direito do...*, *cit.*, p. 369, Bernardo da Gama Lobo Xavier, “O Lugar da Prestação do Trabalho”, *Estudos Sociais e Corporativos*, n.º 33, Ano IX (1970), p. 30, Diogo Vaz Marecos, *Código do Trabalho Comentado*, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2017, p. 867, e João Leal Amado, *Contrato de...*, *cit.*, p. 225 (n. 290).

- redução de salários e alteração do horário de trabalho;
- d) Recusa de formação;
- e) Avaliação negativa do desempenho ou referência negativa para fins de emprego;
- f) Imposição ou administração de qualquer medida disciplinar, admoestação ou outra sanção, inclusivamente financeira;
- g) Coação, intimidação, assédio ou ostracização;
- h) Discriminação, desfavorecimento ou tratamento injusto;
- i) Não conversão de um contrato de trabalho temporário num contrato permanente, sempre que o trabalhador tivesse expectativas legítimas de que lhe seria oferecido emprego permanente;
- j) Não renovação ou rescisão antecipada de um contrato de trabalho temporário;
- k) Danos, inclusivamente à sua reputação, nomeadamente nas redes sociais, ou perda financeira, incluindo perda de negócios e perda de rendimentos;
- l) Inclusão numa lista negra, com base num acordo formal ou informal à escala setorial, que possa implicar a impossibilidade de, no futuro, os denunciantes encontrarem emprego no setor ou na indústria;
- m) Rescisão antecipada ou resolução do contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços;
- n) Revogação de uma licença ou autorização;
- o) Encaminhamento para tratamento psiquiátrico médico.”^{3 4}

3 Refira-se, a este propósito, que no passado dia 1 de fevereiro de 2021 foi publicada, em Diário da República (1.ª série), a Resolução da Assembleia da República n.º 21/2021, que recomenda ao Governo a elaboração de propostas para tornar o regime de proteção de denunciante mais eficaz, em linha com as melhores práticas internacionais, tendo em vista permitir a deteção atempada de crimes e a recolha de denúncias fundamentadas e documentadas, ou seja, para dar início ao processo de transposição da Diretiva (UE) 2019/1937, de 23 de outubro (*vide* nota de rodapé seguinte).

4 Cf. o artigo 26.º (*Transposição e disposições transitórias*) da Diretiva (UE) 2019/1937: “1. Os Estados-Membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva até 17 de dezembro de 2021. 2. Em derrogação do n.º 1, no que diz respeito a entidades jurídicas do setor privado com 50 a 249 trabalhadores [ou seja, e fazendo-se apelo ao artigo 100.º, n.º 1, alínea c), do CT, no que diz respeito às *médias empresas*], os Estados-Membros põem em vigor, até 17 de dezembro de 2023, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas

Efetuada este breve enquadramento legislativo, e no domínio, mais em concreto, do direito disciplinar do trabalho⁵, o *whistleblowing*⁶ coloca-nos perante uma série de problemas e de questões que carecem de resolução.

A título puramente ilustrativo,

(i) Tentar perceber se a proteção/proibição de retaliação (disciplinar⁷) a ser conferida ao *whistleblower*/denunciante/trabalhador⁸ pelo(s) legislador(es) do(s) Estado(s)-Membro(s), e resultante do preceituado no artigo 19.º da Diretiva, é, em si mesmo, absoluta.

Ou seja, se ela deverá funcionar relativamente a todas as condutas de que o denunciante/trabalhador tem conhecimento, independentemente da sua *gravidade*, da sua *natureza* (v.g., penal, contraordenacional, fiscal, civil) e do *interesse* (público ou privado) que

necessárias para dar cumprimento à obrigação de criar canais de denúncia interna ao abrigo do artigo 8.º, n.º 3. 3. As disposições a que se referem os n.ºs 1 e 2, adotadas pelos Estados-Membros, fazem referência à presente diretiva ou são acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. Os Estados-Membros estabelecem o modo como é feita a referência. Os Estados-Membros comunicam imediatamente à Comissão o texto dessas disposições.”

5 Entendido como o conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a *disciplina*, e que é integrado pelos conceitos operatórios da *infração disciplinar*, do *procedimento disciplinar* e da *sanção disciplinar*.

6 Com recurso a JÚLIO GOMES, “Um Direito de Alerta Cívico do Trabalhador Subordinado? (Ou a Protecção Laboral do Whistleblower)”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.ºs 1-4, Ano LV (XXVIII da 2ª Série) – 2014, a págs. 132, pode equacionar-se “[...] em que é que consiste, de modo geral, o *whistleblowing* [...]? Muito embora não haja aqui [...] uma definição unitária, parece interessar ao direito do trabalho, sobretudo, a situação de um trabalhador que, sem que esse seja o conteúdo específico das suas funções, denuncia, interna ou externamente (e, portanto, no interior da organização em que se insere ou já no exterior dessa organização) um comportamento, nomeadamente do seu empregador, que corresponde a um ilícito penal, contra-ordenacional ou, porventura, a um “simples” ilícito civil ou, até, uma conduta moral ou eticamente incorrecta.”

7 Todavia, importa salientar que a “[...] proteção efectiva do denunciante não pode cingir-se às sanções disciplinares, devendo abranger uma proteção contra outras possíveis consequências desfavoráveis da sua conduta – como sejam ações de responsabilidade civil ou mesmo puras consequências de facto.” — JÚLIO GOMES, “UM DIREITO...”, *CIT.*, p. 133 (n. 20).

8 Como é assinalado por JÚLIO GOMES, “Um Direito...”, *cit.*, a págs. 132, “[...] traduzir *whistleblower* por delator ou, mesmo, por denunciante, tem ou pode ter, em línguas como a portuguesa, um tom pejorativo e remeter-nos, em termos de memória colectiva, para tempos de ditaduras, tempos não tão distantes em que proliferavam os “bufos”. E daí que o tema apareça, por vezes, marcado por uma discussão quase apaixonada ou emotiva, paixão e emoção frutos da história de cada povo.”

lhe subjaz.

Admitir, pura e simplesmente, uma proibição de retaliação, imotivada e sem quaisquer limites, poderá conduzir a um sentimento de impunidade disciplinar por parte do denunciante/trabalhador que será, por certo, contraproducente e nefasto aos valores que importa, de facto, tutelar no âmbito do *whistleblowing*⁹.

Não nos podemos esquecer, outrossim, que o poder disciplinar, fundamentando-se no *interesse da organização* e visando a *manutenção da ordem* e da *paz da empresa*, é um poder funcionalizado a um interesse *supra partes*, que se encontra sujeito a um controlo externo por parte dos tribunais que aferirão, *a posteriori*, da justiça e da proporcionalidade da sanção disciplinar que venha a ser aplicada ao denunciante que pode, inclusive, ele sim, ter agido por meros sentimentos de vingança e de retaliação.

Daí que se concorde, *in totum*, com JÚLIO GOMES QUANDO ELE AFIRMA COMPREENDER “[...] ALGUMA PRUDÊNCIA NA MATÉRIA, EVITANDO, POR UM LADO, UMA IMPORTAÇÃO PRECIPITADA DE MODELOS LEGAIS QUE PRESSUPÕEM UM MUNDO CULTURAL DIVERSO E, POR OUTRO LADO, RESERVANDO-SE A TUTELA DO DENUNCIANTE A SITUAÇÕES GRAVES, EM QUE ESTEJA EM JOGO UM INTERESSE PÚBLICO PREDOMINANTE QUE NÃO DEVA SER SACRIFICADO EM NOME DA ESTABILIDADE CONTRATUAL E DO BOM AMBIENTE LABORAL.”¹⁰

(ii) Dada a interseção da situação *sub judice* com o assédio previsto no artigo 29.º do CT, justificar-se-á a aplicação analógica ou a interpretação extensiva dos artigos 29.º, n.º 6¹¹, e 331.º, n.º 1, alínea d), e n.º 2, alínea b)¹², todos do CT, ao *whistleblowing* ou será preferível

9 Aliás, na esteira de FREDERICK D. LIPMAN, *Whistleblowers – Incentives, Disincentives, and Protection Strategies*, New Jersey, Wiley, 2012, p. 98, “[...] there is nothing wrong with an organization providing for disciplinary action for employees who intentionally make false accusations over the hotline.”

10 JÚLIO GOMES, “Um Direito...”, *cit.*, pp. 159-160.

11 Aditado pela Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto, e que, por questões de facilitação, de seguida se transcreve: “O denunciante e as testemunhas por si indicadas não podem ser sancionados disciplinarmente, a menos que atuem com dolo, com base em declarações ou factos constantes dos autos de processo, judicial ou contraordenacional, desencadeado por assédio até decisão final, transitada em julgado, sem prejuízo do exercício do direito ao contraditório.”

12 Artigo 331.º (*Sanções abusivas*) do CT: “1 - Considera-se abusiva a sanção disciplinar motivada pelo facto de o trabalhador: [...] d) Ter alegado ser vítima de assédio ou ser testemunha em processo judicial e/ou contraordenacional de assédio; [...] 2 - Presume-se abusivo o despedimento ou outra sanção aplicada

plasmar expressamente na legislação laboral soluções idênticas ou próprias? *Mutatis mutandis* quanto à corrupção e à (in)aplicabilidade do artigo 4.º (sob a epígrafe, *Garantias dos denunciantes*) da Lei n.º 19/2008, de 21 de abril¹³, que aprovou medidas de combate à corrupção^{14 15}.

Pese embora se defenda a imprescindibilidade de previsão expressa na legislação laboral portuguesa de normas específicas de proteção aos *whistleblowers*¹⁶, enquanto tal não sucede, propugna-se a aplicabilidade ao caso *sub judice* dos artigos 29.º, n.º 6, e 331.º, n.º 1, alínea d), e n.º 2, alínea b), do CT, bem como do também já referido artigo 4.º da Lei n.º 19/2008, de 21 de abril.

No entanto, haverá que ponderar se as presunções de abusividade das sanções disciplinares conservatórias ou expulsivas que tenham sido aplicadas ao denunciante em consequência da(s) sua(s) denúncia(s)

alegadamente para punir uma infração, quando tenha lugar: [...] b) Até um ano após a denúncia ou outra forma de exercício de direitos relativos a igualdade, não discriminação e assédio.”

13 Alterado pelo artigo 5.º da Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, e cuja redação, novamente por razões de facilitação, se transcreve: “1 - Os trabalhadores da Administração Pública e de empresas do sector empresarial do Estado, assim como os trabalhadores do sector privado, que denunciem o cometimento de infrações de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas não podem, sob qualquer forma, incluindo a transferência não voluntária ou o despedimento, ser prejudicados. 2 - Presume-se abusiva, até prova em contrário, a aplicação de sanção disciplinar aos trabalhadores referidos no número anterior, quando tenha lugar até um ano após a respectiva denúncia. 3 - Os trabalhadores referidos nos números anteriores têm direito a: a) Anonimato, excepto para os investigadores, até à dedução de acusação;

b) Transferência a seu pedido, sem faculdade de recusa, após dedução de acusação; c) Beneficiar, com as devidas adaptações, das medidas previstas na Lei n.º 93/99, de 14 de julho, que regula a aplicação de medidas para a proteção de testemunhas em processo penal, alterada pelas Leis n.ºs 29/2008, de 4 de julho, e 42/2010, de 3 de setembro.”

14 Sobre este crime em concreto, cf. os artigos 372.º a 374.º-B do Código Penal.

15 A Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2021, publicada no Diário da República, 1.ª série, n.º 66, de 6 de abril de 2021, aprovou a Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024, que consta em anexo à referida resolução e que dela faz parte integrante.

16 Secundamos, portanto, a opinião manifestada por JÚLIO GOMES, “Portugal: The Protection of the Whistleblower from the Perspective of a Country Without Specific Legislation”, in *Whistleblowing – A Comparative Study*, Gregor Thüsing • Gerrit Forst (ed.), Springer, 2016, p. 237: “There is, therefore, a belief that the enforcement of the general rules concerning the labour contract and particularly termination, as well as the rights and duties of the parties of the labour contract are all that is required to a proper treatment of the whistleblowing cases. [...] This belief that the general rules concerning the rights and duties that emerge from the labour contract are all that is needed to handle properly whistleblowing cases may be considered naïf.”

devem ser alargadas temporalmente.

Com efeito, há uma grande tentação em considerar a insuficiência do prazo atualmente previsto, i.e., de apenas 1 (um) ano¹⁷. Porém, não se pode olvidar que quanto maior for o hiato temporal, mais difícil se tornará estabelecer uma relação direta de causa/efeito entre a denúncia e a sanção disciplinar posteriormente aplicada ao denunciante¹⁸.

(iii) A obrigatoriedade de instauração de procedimento disciplinar prevista na alínea l) do n.º 1 do artigo 127.º do CT (para os casos de “alegadas situações de assédio no trabalho”), e que se traduz num exercício vinculado — não discricionário — do poder disciplinar, deverá ser alargada/replicada às situações de *whistleblowing*?

Consideramos, muito naturalmente, que sim.

Conforme já tivemos ocasião de escrever *in tempore opportuno*¹⁹, em determinadas circunstâncias, o poder disciplinar não pode ser

17 Veja-se, por exemplo, MARIA MANUEL OLIVEIRA ROCHA, *The Worker as a Whistleblower – The Legal Regimes in the United Kingdom, France and Portugal*, Tese de Mestrado apresentada junto da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2019, p. 25: “Additionally, number two of the same provision only grants the whistleblower with one year of protection against the application of any disciplinary sanction. This is an aspect that favours the employer, who only needs to wait one year until it is possible to sanction the employee.”

18 Neste sentido, vide STEPHEN M. KOHN, *Concepts and Procedures in Whistleblower Law*, Westport, Greenwood, 2001, p. 270: “One of the most common factors used to establish motive is timing: “Adverse action closely following protected activity is itself evidence of an illicit motive.” The fact that an employer takes disciplinary action shortly after an employee engages in protected activity is, unto itself, usually “sufficient to raise an inference of causation” and establish that element of the *prima facie* case. Timing can be relevant not only to support a *prima facie* case but also as evidence supporting an ultimate finding of discrimination: “Disbelief of the reasons proffered by a respondent [for an adverse action] together with temporal proximity may be sufficient to establish the ultimate fact of discrimination.” In temporal proximity cases, the SOL [Secretary of Labor] found that when an employee’s protected activity was followed within two months, six months, seven to eight months, ten months and one year by disciplinary action, the timing of the two events was sufficiently close to establish a nexus between the protected activity and the discipline. In each case the nexus was sufficient circumstantial evidence of discriminatory motive.” A four-year interval between the protected activity and disciplinary action negated any such inference. Unquestionably, the less time between an employer’s learning that an employee engaged in protected activity and the implementation of an adverse action, the stronger the causal link.”

19 Cf. PAULO SOUSA PINHEIRO, *O Procedimento Disciplinar no Âmbito do Direito do Trabalho Português*, Coimbra, Almedina, 2020, p. 60 (n. 139).

perspetivado como um poder de exercício livre ou discricionário por parte do empregador, mas sim como um *poder vinculado* ou até uma espécie de *poder-dever*. Aliás, não são tão poucas as vozes a fazer-se ouvir neste sentido, quer seja ao nível da doutrina, quer da contratação coletiva.

As situações de denúncia de comportamentos infracionais graves perpetrados por trabalhadores que ocupem cargos de administração, de direção ou chefia, por superiores hierárquicos ou até por colegas de trabalho do denunciante, devem implicar, sendo qualificáveis, paralelamente, como infrações disciplinares, a instauração imediata de procedimento(s) disciplinar(es) por parte da entidade empregadora contra o(s) denunciado(s).

(iv) E haverá, simultaneamente, um *dever* ou, tão-só, um *direito* de denúncia do *whistleblower*?

Pese embora a ausência de uma norma injuntiva similar ao artigo 179.º, n.º 4, da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas²⁰, considera-se existir ao nível do direito (disciplinar) do trabalho um *dever de denúncia* a cargo do *whistleblower* sempre que este desempenhe funções de fiscalização e/ou supervisão e quando estejamos perante a prática de um crime²¹.

(v) Por outro lado, na sequência dessa(s) denúncia(s) e da instauração de procedimento(s) disciplinar(es) contra o(s) denunciado(s), como é que deve gerir-se a posterior intervenção procedimental do *whistleblower*, também ele subordinado? Salvaguarda-se ou deve expor-se a sua identidade? Atribui-se carácter reservado, sigiloso ou confidencial à denúncia? O procedimento disciplinar deverá ter duas versões, uma confidencial e outra não confidencial? Haverá, *in casu*, alguma violação do contraditório?

Continuamos a sustentar, *mutatis mutandis*, que “[... p]or razões

20 Segundo o qual, “[q]uando os factos praticados pelo trabalhador sejam passíveis de ser considerados infração penal, dá-se obrigatoriamente notícia deles ao Ministério Público competente para promover o procedimento criminal, nos termos do artigo 242.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro, na redação atual.”

21 Na esteira de raciocínio de JÚLIO GOMES, “Um Direito...”, *cit.*, p. 137 (n. 29).

de índole vária (p. ex., sentimentos de medo e/ou de insegurança do próprio ou de familiares), o denunciante/participante/queixoso pode preferir manter o anonimato. Essa sua opção não deve ser menosprezada pelo empregador (no sentido de não lhe atribuir qualquer relevância disciplinar), dado que deve, como em qualquer outra situação que possa ser censurável disciplinarmente, averiguar e investigar a existência de uma eventual infração. Pode ainda dar-se o caso de a denúncia, participação ou queixa não ser, verdadeiramente, anónima, mas carecer de anonimato junto do trabalhador/infrator. O documento que vier a ser reduzido a escrito deve ser de acesso restrito, constando dos autos disciplinares uma espécie de *versão não confidencial* do mesmo, em que se omita a identidade do denunciante, participante ou queixoso.”^{22 23}

(vi) (In)Aplicabilidade, *qua tale*, dos prazos de prescrição e de caducidade constantes dos números 1, 2 e 3 do artigo 329.º do CT? (Im)Possibilidade de suspensão do terceiro prazo quando a infração denunciada é, paralelamente, disciplinar e criminal, e, dada a complexidade e profusão da matéria de facto envolvida, ela carece de ser provada judicialmente e de um modo cabal?

Não se vislumbra especial razão, no domínio específico do *whistleblowing*, para se afastar a aplicação dos prazos prescricionais e de caducidade resultantes dos três primeiros números do artigo 329.º do CT.

No entanto, em relação ao prazo estabelecido para o impulso procedimental disciplinar inicial — i.e., o do n.º 2 e de 60 (sessenta) dias após a cognoscibilidade cabal da infração disciplinar e da identidade do infrator —, há que ter a plena consciência de que a mera receção da denúncia (interna ou externa) não coincide, na esmagadora maioria

22 PAULO SOUSA PINHEIRO, *O Procedimento...*, cit., p. 243 (n. 987).

23 Porém, como é observado pertinentemente por RAMON RAGUÉS I VALLÉS, “Los Procedimientos Internos de Denuncia como Medida de Prevención de Delitos en la Empresa”, *Revista Eletrónica de Direito Penal e Política Criminal*, vol. 1, n.º 1, 2013, pp. 99-100, em “[...] empresas de pequeñas dimensiones en las que el establecimiento de un sistema de denuncia interna con pretensiones reales de anonimato o de confidencialidad no parece que haya de tener especial sentido, al igual que puede resultar inviable – tanto fáctica como económicamente – el establecimiento de un cargo o departamento específicos e independientes de recepción e investigación de las denuncias recibidas.”

das ocasiões, com o início da contagem do aludido prazo, porque o conhecimento infracional, além de integral ou perfeito, tem de ser *qualificado/competente*, o que significa que tem de ser o próprio empregador (individual ou, no caso de pessoa coletiva, o órgão com os poderes de gestão), de *per si* e de modo direto, a tomar conhecimento da infração, ou, quando muito, o superior hierárquico (ou o órgão) com competência disciplinar, e não, como normalmente sucede, o *responsável pelo tratamento das denúncias* ou o *compliance officer*.

Não obstante a reconhecida *autonomia* entre as responsabilidades disciplinar e criminal, assim como a nossa tendencial posição de rejeição da possibilidade de suspensão do procedimento disciplinar (e, conseqüentemente, do prazo prescricional de 1 (um) ano constante do n.º 3 do artigo 329.º do CT), se a denúncia *sub judicio* envolver, além de factualidade disciplinar, matéria criminal assaz complexa e profusa, carecente de uma prova judicial cabal e mais completa, propugna-se, em linha com o que sucede no âmbito da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP), a suspensão deste prazo prescricional pelo período de tempo reputado de indispensável²⁴.

Em último lugar, e ainda que a jusante do direito disciplinar do trabalho, importa equacionar a

(vii) (In)Existência de um direito de oposição à reintegração do trabalhador, denunciante/denunciado, por parte do empregador?

Como é consabido, entre os efeitos da ilicitude de um despedimento, conta-se o primacial *direito à reintegração* do trabalhador no mesmo estabelecimento da empresa, sem prejuízo da sua categoria e antiguidade (*ex vi* da alínea b) do n.º 1 do artigo 389.º do CT).

Tal só não ocorrerá se o próprio trabalhador que foi alvo de um despedimento ilícito, no âmbito de uma ação judicial de impugnação do dito despedimento por si instaurada contra a sua entidade empregadora, optar, em substituição da reintegração, por uma indemnização (*cf.* artigo

24 Nos termos do n.º 6 do artigo 178.º da LGTFP, “[a] prescrição do procedimento disciplinar referida no número anterior [“O procedimento disciplinar prescreve decorridos 18 meses, a contar da data em que foi instaurado quando, nesse prazo, o trabalhador não tenha sido notificado da decisão final”] suspende-se durante o tempo em que, por força de decisão ou de apreciação judicial de qualquer questão, a marcha do correspondente processo não possa começar ou continuar a ter lugar.”

391.º do CT) ou, então, se o empregador, em caso de microempresa ou de trabalhador que ocupe cargo de administração ou de direção, requerer ao tribunal a exclusão da reintegração daqueloutro, com fundamento em factos e circunstâncias que tornem o regresso do trabalhador gravemente prejudicial e perturbador do funcionamento da empresa (*vide* artigo 392.º do CT).

Embora a Diretiva (UE) 2019/1937, nos seus Considerandos (94) e (95), seja muito clara quanto à essencialidade da *reintegração* e ao facto de ela representar, em caso de despedimento, o recurso adequado aos atos de retaliação contra o *whistleblower*, até porque “[...] dispor a indemnização como alternativa à reintegração em caso de despedimento poderá originar uma prática sistemática, em particular nas organizações de maior dimensão, tendo, deste modo, um efeito dissuasor sobre os denunciantes”;

Há quem manifeste algumas dúvidas sobretudo em relação àquelas situações em que se vem a provar, *a posteriori*, que as acusações/denúncias do *whistleblower* eram falsas ou reveladoras de uma certa negligência da sua parte²⁵.

Porém, neste, como em outros casos, e sem que haja qualquer alteração legislativa, haverá sempre que atender à literalidade dos preceitos legais *sub judice* (i.e., dos artigos 391.º e 392.º do CT).

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema — devendo antes perspetivar-se o presente escrito como uma mera aproximação à

25 JÚLIO GOMES, “Portugal: The Protection...”, *cit.*, p. 240: “Although it may look like a paradox it is, to some extent the generous legal protection granted to the employee in case of dismissal that explains the severity of the Portuguese courts in cases if whistleblowing. As a matter of fact the normal remedy in case of an unlawful dismissal remains, in Portugal, the reinstatement of the employee. In most cases of unlawful dismissal – and not just when the dismissal amounts to a discrimination – the employee has a choice between the reinstatement in the same undertaking or an indemnity. There are a few exceptions, cases where the reinstatement is not automatic: in very small enterprises (with up to ten workers) and whenever the dismissed employee has managerial and supervising functions the employer may oppose to the reinstatement and in such a case the reasons presented for this opposition will ultimately be assessed by the court that may or not decide in favour of reinstatement. If a whistleblower were to be reinstated in spite of being negligent and in cases where the accusation turned out to be false, the reinstatement of the whistleblower would be considered by some in Portugal as excessive. After all, the labour relationship is based upon trust and no one would like to work with an employee or a fellow co-worker always ready to denounce every shortcoming or wrongdoing.”

temática *sub judice* —, aguardamos, com expectativa e alguma ansiedade, pelas próximas alterações legais ao Código do Trabalho. Tem, portanto, a palavra o legislador laboral nacional.