



Instrutores privados: não, obrigado!

Uma breve análise da ação disciplinar pública

David Carvalho Martins¹

Tiago Sequeira Mousinho²

Resumo

O exercício do poder disciplinar, previsto na Lei n.º 35/2014, de 20 de junho (Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), serve propósitos diferentes dos regulados no Código do Trabalho, entre eles o reforço da legalidade e da ordem nos órgãos e serviços que integram a Administração Pública. Este poder-dever terá de ser, no entanto, perspetivado com alguma cautela, em especial quando

¹ Advogado, assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coordenador mundial da Secção Young Scholars da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Segurança Social, mestre em Direito, doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e na Universidade de Múrcia, Espanha, associado fundador e presidente da AJJ – Associação de Jovens Juslaboralistas, membro da direção da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, da AEDTSS – *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, da ILERA – *International Labour and Employment Relations Association* e da rede CIELO Laboral.

² Advogado-estagiário e mestrando em Direito e ciências jurídico-laborais, com especialidade em Direito laboral, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



comparado com o regime do contrato de trabalho. A fase instrutória é, pois, radicalmente diferente, centrando-se, num e noutro caso, sobre a figura instrutor. Este último, enquanto protagonista, assume contornos bastante próprios no que respeita à sua nomeação na Administração Pública. Ao contrário do regime aplicável ao contrato de trabalho comum, no regime laboral em funções públicas encontramos uma particularidade que se prende com a proibição de acesso a serviços privados e externos à Administração Pública. Trata-se de uma restrição antiga cujo respetivo fundamento se apresenta de um modo algo dúbio, na medida em que convoca uma série de riscos e problemas para os trabalhadores arguidos – mas também para os trabalhadores instrutores – e para a própria organização produtiva dos órgãos e serviços. Todavia, com o passar dos anos, os textos legais vão permanecendo e as dúvidas, bem como dificuldades aplicativas, vão ganhando novos ecos. O presente texto procura a origem, o fundamento e os possíveis reflexos ou consequências da aludida proibição numa perspetiva dinâmica entre os trabalhadores em funções públicas, a figura do instrutor, bem como a missão levada a cabo pelos empregadores públicos e a sua respetiva natureza; tudo por comparação com a ação disciplinar no âmbito do contrato de trabalho.

1. Introdução

O contrato de trabalho da Administração Pública apresenta-se



como um contrato (de trabalho com um regime) especial³ ou híbrido⁴; a este, aplicam-se primariamente as regras que decorrem da Lei n.º 35/2014, de 20 de junho (LGTFP⁵), bem como as regras gerais que sejam compatíveis com a sua especialidade⁶ (art. 9.º do CT), dado que os vínculos de trabalho (subordinado) no *universo da função pública* são “tecnicamente apoiados no Código do Trabalho”, *i.e.*, este último considera-se subsidiariamente aplicável.

Desta forma, os trabalhadores vinculados por este modelo de contrato subordinado têm um “*estatuto específico* de cidadãos que são colocados ao serviço da coletividade e que são remunerados para

³ Sobre este aspeto, evidenciando que os elementos da natureza do empregador não descaracterizam a situação jurídica em causa, v. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Contrato de trabalho da Administração Pública e sistema de fontes*, AAFDL Editora, 2019, pp. 483 a 507. Como tal, trata-se de um verdadeiro trabalho subordinado, sendo parte do Direito do Trabalho e, por isso, uma situação laboral especial.

⁴ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte IV – Contratos e regimes especiais, Almedina, 2019, p. 503-507.

⁵ O regime da LGTFP é aplicável no âmbito da administração direta e indireta do Estado e, com as necessárias adaptações, à Administração regional e autárquica, aos órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, da Assembleia da República (AR), Tribunais e do Ministério Público (MP), bem como a outros órgãos independentes, Ministério dos Negócios Estrangeiros (MNE) e outros trabalhadores que, sendo titulares de um contrato de trabalho em funções públicas, exerçam funções noutras entidades (art. 1.º/2 a 6 da LGTFP).

⁶ Os Tribunais Administrativos são competentes “para conhecer dos litígios emergentes de contrato de trabalho em funções públicas e excluiu expressamente da competência destes tribunais os conflitos derivados de contratos individuais de trabalho, ainda que uma das partes seja uma pessoa coletiva de direito público”, cfr. Ac. do STJ de 11.02.2016 (ANTÓNIO LEONES DANTAS), proc. 255/14.3T8AGD.P1.S1, disponível www.dgsi.pt.



prosseguir tarefas públicas, formando uma função pública”⁷. Este estatuto é, pois, *sensivelmente diferente* daquele que resulta para os trabalhadores contratados em regime de contrato de trabalho (privado).

Esta é, aliás, uma das razões normalmente invocadas para fundamentar a diferenciação entre os regimes que conformam os contratos de trabalho, enquanto modelo comum, e os contratos de trabalho da Administração Pública, de natureza especial. Numa leitura conforme à Constituição, existe um bloco normativo “de dignidade constitucional para a função pública”⁸ que justifica esta última consideração e que nos conduzirá ao longo de todo o texto, dado que o específico problema da ação e procedimento disciplinar se prende com um marco muito próprio da função pública – excepcionando-se do *princípio orientador de aproximação* ao Código do Trabalho.

O regime da função pública apresenta, assim, um caráter diferenciado diante do regime que ocupa o contrato de trabalho, em

⁷ Cfr. PEDRO SÁNCHEZ, “Nota sobre o enquadramento constitucional do regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas”, *O Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, Advogados e Magistrados Judiciais, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, Coord. Pedro Fernández Sánchez e Luís M. Alves, AAFDL, 2020, p. 7.

⁸ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Contrato de trabalho ...*, *ob. cit.*, p. 198. Para o nosso estudo, devemos ter presente os princípios fundamentais (que resultam, *p.e.*, dos arts. 266.º e 269.º) e da ideia de que o próprio legislador constitucional, nas palavras do mesmo citado Autor, procurou estabelecer um regime diferenciado – uma unidade ou regime diferenciado “próprio adequado às funções que exercem e suscetível de concretizar as indicações dos restantes preceitos constitucionais”, *cfr. Ibid.*, 2019, p. 201.



especial nos pontos que respeitam ao procedimento disciplinar (art. 271.º da CRP).

Outras diferenças poderão ser apontadas, como a propósito da natureza – pública ou privada – dos empregadores em causa, observação esta que também não deve ser olvidada nas futuras considerações. No caso do contrato de trabalho em funções públicas, é pressuposto que o empregador seja uma entidade integrada na Administração Pública e, por isso, o intérprete tenha de ter especial cautela aquando da interpretação dos preceitos constitucionais aplicáveis, nomeadamente os arts. 266.º, n.ºs 1 e 2, e 269.º, n.º 1, da CRP. O empregador público está adstrito a diversos comandos próprios do Direito administrativo e estará igualmente adstrito à prossecução do interesse público.

O tema da ação e dos procedimentos disciplinares, no âmbito da função pública, encontra sede legal, expressa e própria, na LGTFP, no seu Capítulo VII (arts. 176.º a 240.º). Trata-se, porém, de um regime bastante extenso e detalhado, reclamando especial atenção pela sua particularidade público-laboral⁹.

Não obstante a riqueza do tema que retrata o poder disciplinar

⁹ Em suma, explicável dada a natureza jurídica do empregador, sendo ele um empregador público e sendo este um centro de imputação de várias normas jurídicas, em larga medida, provenientes da disciplina de Direito administrativo; esta temática não escapa, contudo, às exigências de um Estado de Direito Democrático, baseado “no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 2.º da CRP) – deste modo, o exercício do direito de punir os trabalhadores em regime de funções públicas encontra-se subordinado a determinados princípios e regras que visam assegurar um processo equitativo e justo.



público, o ponto nevrágico da nossa análise parte, no entanto, de uma questão certamente já colocada: em sede de procedimento disciplinar, será possível nomear um “instrutor privado”¹⁰ para conduzir a fase instrutória? Implicitamente, outra questão pode estar subjacente: será que o empregador público pode nomear um “instrutor privado” para realizar um inquérito? Será nestes termos que procuraremos delimitar e sintetizar a nossa apreciação.

À luz da CRP, não obstante o reconhecimento de “um regime especial e diferenciado de regulação da atividade de trabalhadores em funções públicas (...) que se concretiza com particulares cautelas no plano sancionatório”¹¹, podemos responder afirmativamente ou, em caso negativo, não seria essa, porém, a melhor solução?

O enquadramento disciplinar possui um *papel essencial* na organização e funcionamento de qualquer organização (pública ou privada)¹², sendo, aliás, um aspeto conformado pela subordinação jurídica.

¹⁰ Por instrutor privado, entenda-se aquele instrutor sem vínculo de trabalho em funções públicas, daí a nomenclatura de “externo”, isto é, um *outsider* da Administração Pública.

¹¹ Cfr. PEDRO SÁNCHEZ, *Nota sobre o enquadramento ...*, *ob. cit.*, p. 17: “a Constituição forma um regime disciplinar complexo, dotado de traços tanto substantivos quanto competenciais, que em o propósito último de assegurar o respeito pelo *due process of law*, como parte decisiva de um estatuto específico de cidadãos que são colocados ao serviço da coletividade e que são remuneradas para prosseguir tarefas públicas, enquanto corolário da organização republicana e de um modelo de Estado de Direito”.

¹² De referir que “[o] bem jurídico tutelado pelo direito disciplinar (público) é a capacidade funcional da Administração Pública” [cfr. Parecer do Conselho Consultivo da PGR de 28.08.2015 (P000382010), disponível em www.dgsi.pt].



2. Antecedentes

Fazendo o ponto de partida histórico, a atual construção legislativa apresenta-se como um *continuum* da “instrução do processo” com reminiscências no art. 31.º do Regulamento Disciplinar dos Funcionários Civis, publicado no Diário do Governo n.º 44, de 24.2.1913:

O processo disciplinar é instaurado por despacho da autoridade que tem competência disciplinar sôbre o arguido, e que nomeará logo, sendo necessário, um sindicante, funcionário de sua confiança e de categoria ou antiguidade superior à do arguido.

§1.º O Ministro poderá nomear ou requisitar para sindicante um magistrado do Ministério Público, ou ainda pessoa estranha ao serviço de que depende o arguido.

§2.º O sindicante servirá de instrutor e poderá escolher secretário da sua confiança.

Se não fosse necessário nomear um sindicante, a autoridade procedia por si à instrução e decisão do processo (art. 34.º, § único, do Regulamento Disciplinar dos Funcionários Civis).

Na mesma linha, dispôs o art. 515.º do Código Administrativo Português de 1936 e o art. 591.º do Código Administrativo de 1940¹³:

¹³ Recorde-se que, na época, existiam regimes especiais para infrações disciplinares de carácter político, nos quais se atribuía a competência para organizar os autos de investigação aos oficiais do exército (art. 15.º do Decreto n.º 21942, de 5.12.1932).



Tornando-se necessário averiguar factos ou apurar circunstâncias para a determinação da responsabilidade disciplinar, poderá a autoridade ou corpo administrativo, em cuja imediata dependência se encontre o funcionário arguido, nomear um instrutor do processo.

§1.º O instrutor do processo deverá ser escolhido de entre funcionários de categoria ou classe superior à do arguido ou mais antigos do que ele na mesma categoria e classe.

§2.º A faculdade de nomeação de instrutor não exclue, nos casos em que não seja usada, a competência das próprias autoridades e dos corpos administrativos para procederem à instrução do processo, por intermédio dos seus presidentes ou de um dos vogais.

O art. 43.º do Estatuto Disciplinar dos Funcionários Cíveis do Estado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 32659, de 9.2.1943, dispunha o seguinte:

A entidade que mandar instaurar processo disciplinar deve nomear um instrutor, escolhido de entre os funcionários do mesmo serviço, de categoria ou classe superior à do arguido ou mais antigo do que ele na mesma categoria e classe.

§1.º O Ministro pode nomear para instrutor do processo um

Menos de um ano depois, sucedeu-lhe o Decreto n.º 23203, de 6.11.1933, o qual previa que a organização dos autos de investigação competia às autoridades civis e militares e ainda a oficiais do exército ou da armada ou a diplomados em direito. Este regime foi revogado pelo art. 42.º do Decreto-Lei n.º 35044, de 20.10.1945, que procedeu à reorganização dos tribunais ordinários e extinguiu o tribunal militar especial.



funcionário pertencente a serviço diferente do arguido, de categoria ou classe igual ou superior à dele, ou um funcionário, nas mesmas condições, requisitado a outro Ministério.

§2.º O instrutor pode escolher secretário da sua confiança, cuja nomeação compete à entidade que o nomeou, e bem assim requisitar a colaboração de técnicos¹⁴.

Estas regras eram aplicáveis aos inquéritos ou sindicâncias aos serviços (art. 61.º, § 2.º do Estatuto Disciplinar dos Funcionários Civis do Estado). Todavia, a sua aplicabilidade poderia ficar em crise se, no momento da sua instauração, não fosse possível prever os eventuais responsáveis. Com efeito, nessa situação, o papel de instrutor deveria ser assumido, à cautela, pelo chefe do órgão ou serviço – isto é, o trabalhador com a categoria ou classe mais elevada – que poderia corresponder, no limite, à pessoa com competência disciplinar, a qual reuniria a função de instrução e decisão.

O Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25.6, adaptou o regime disciplinar vigente no pós-

¹⁴ *Mutatis mutandis*, encontramos idêntica solução no art. 391.º do Estatuto do Funcionalismo Ultramarino, aprovado pelo Decreto n.º 40708, de 31.7.1956. De acordo com o STA, “[n]enhum preceito legal impõe que o instrutor do processo disciplinar possua determinados conhecimentos técnicos, como se vê do facto do paragrafo 2 do artigo 43 do Estatuto Disciplinar permitir que o instrutor requisite a colaboração de técnicos (...) AO nomear-se instrutor do processo disciplinar um chefe de secção, funcionário de categoria superior à dos arguidos, dá-se cumprimento ao disposto no artigo 43 do respectivo Estatuto” [Ac. do STA de 05.03.1981 (LOPES DA CUNHA) proc. n.º 011495, disponível em www.dgsi.pt].



Revolução com os objetivos de (i) reforçar as garantias e direitos de defesa do arguido e de (ii) eliminar as disposições inconstitucionais ou aquelas que, em face da evolução do direito disciplinar e do meio social a que se aplica, se mostravam desatualizadas. Tratava-se de um regime transitório, porque se perspetivava uma reforma administrativa e uma Lei de Bases da Função Pública¹⁵.

Em conformidade com o art. 50.º deste Estatuto:

1 - A entidade que instaurar processo disciplinar deve nomear um instrutor escolhido de entre os funcionários ou agentes do mesmo serviço, de categoria ou classe superior à do arguido ou mais antigo do que ele na mesma categoria e classe, preferindo os que possuam adequada formação jurídica.

2 - O Ministro pode nomear para instrutor um funcionário ou agente da auditoria jurídica ou, caso esta não exista, de serviço diferente do arguido, em qualquer dos casos de categoria ou classe igual ou superior à dele, ou um funcionário ou agente nas mesmas condições, requisitado a outro Ministério.

3 - A faculdade prevista no número anterior deverá ser usada relativamente aos serviços de inspecção, quando existam, em caso de infracção em matérias de tecnicidade específica ou directamente relacionadas com as atribuições daqueles serviços.

4 - O instrutor pode escolher secretário da sua confiança, cuja nomeação compete à entidade que o nomeou, e bem assim

¹⁵ Cfr. o respetivo preâmbulo.



requisitar a colaboração de técnicos.

5 - As funções de instrutor preferem a quaisquer outras que o funcionário ou agente nomeado tenha a seu cargo, podendo determinar-se, quando tal seja exigido pela natureza ou complexidade do processo, que aquele fique exclusivamente adstrito à função de instrução.

Estas regras eram aplicáveis aos inquéritos ou sindicâncias aos serviços (art. 68.º, n.º 3, do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local).

No seguimento da autorização legislativa para alterar o regime disciplinar da função pública, dada pela Lei n.º 10/83, de 13.8, foi aprovado o novo Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local (Decreto-Lei n.º 24/84, de 16.1), o qual dispunha no seu art. 51.º:

1 - A entidade que instaurar processo disciplinar deve nomear um instrutor escolhido de entre os funcionários ou agentes do mesmo serviço, de categoria ou classe superior à do arguido ou mais antigo do que ele na mesma categoria e classe, preferindo os que possuam adequada formação jurídica.

2 - Os membros do Governo e os órgãos executivos podem nomear para instrutor um funcionário ou agente de serviço diferente daquele a que pertença o arguido, de categoria ou classe igual ou superior à dele, ou um funcionário ou agente nas mesmas condições requisitado a outro serviço.

3 - Os membros do Governo podem também nomear para instrutor um funcionário ou agente da auditoria jurídica, caso exista, independentemente da sua categoria ou classe.



4 - A faculdade prevista no número anterior deverá ser usada relativamente aos serviços de inspecção, quando existam, em caso de infracção em matérias de tecnicidade específica ou directamente relacionadas com as atribuições daqueles serviços.

5 - O instrutor pode escolher secretário da sua confiança, cuja nomeação compete à entidade que o nomeou, e bem assim requisitar a colaboração de técnicos.

6 - As funções de instrutor preferem a quaisquer outras que o funcionário ou agente nomeado tenha a seu cargo, podendo determinar-se, quando tal seja exigido pela natureza e complexidade do processo, que aquele fique exclusivamente adstrito à função de instrução.

Estas regras eram, também, aplicáveis aos inquéritos ou sindicâncias aos serviços (art. 85.º, n.º 4, do novo Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local).

Em 2008, foi aprovado o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas (Lei n.º 58/2008, de 9.9), o qual determinava, no seu art. 42.º, o seguinte:

1 - A entidade que instaure procedimento disciplinar nomeia um instrutor, escolhido de entre trabalhadores do mesmo órgão ou serviço, titular de cargo ou de carreira ou categoria de complexidade funcional superior à do arguido ou, quando impossível, com antiguidade superior no mesmo cargo ou em carreira ou categoria de complexidade funcional idêntica ou no exercício de funções públicas, preferindo os que possuam



adequada formação jurídica.

2 - Em casos justificados, a entidade referida no número anterior pode solicitar ao respectivo dirigente máximo a nomeação de instrutor de outro órgão ou serviço.

3 - O instrutor pode escolher secretário de sua confiança, cuja nomeação compete à entidade que o nomeou, e, bem assim, requisitar a colaboração de técnicos.

4 - As funções de instrução preferem a quaisquer outras que o instrutor tenha a seu cargo, ficando exclusivamente adstrito àquelas ¹⁶.

Na ausência de regra explícita, entendia-se que estas disposições eram aplicáveis, com as devidas adaptações, aos inquéritos e sindicâncias¹⁷.

No âmbito do processo de averiguações previa-se uma solução próxima para a nomeação do averiguante (art. 70.º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas).

Em suma, tradicionalmente, o instrutor: (i) deve ser titular de uma relação jurídica de emprego público, preferencialmente no âmbito do mesmo órgão ou serviço e, quando se justifique, de diferente órgão ou serviço, mas sempre na órbita da Administração Pública; (ii)

¹⁶ Este regime era aplicável também aos trabalhadores dos serviços periféricos externos do Ministério dos Negócios Estrangeiros, incluindo os trabalhadores das residências oficiais do Estado, de acordo com o art. 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 47/2013, de 5.4.

¹⁷ Cfr. PAULO VEIGA E MOURA, *Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores da Administração Pública*, Anotado, Coimbra Editora, 2009, p. 201.



deve ter, preferencialmente, formação jurídica; (iii) pode escolher um secretário da sua confiança; e (iv) pode requisitar a colaboração de técnicos. À partida, os secretários e os técnicos podem não ser titulares de relação jurídica de emprego público ou ter formação jurídica.

Esta solução tradicional assenta nos seguintes pressupostos: (i) o interesse público constitui a justificação e o limite do poder disciplinar público¹⁸; (ii) quanto maior o grau hierárquico, maior a imparcialidade e aptidão para julgar, ainda que o instrutor não seja *juiz da causa*¹⁹; (iii) apenas os servidores públicos podem interpretar, prosseguir e defender o interesse público subjacente ao exercício do poder disciplinar, enquanto mecanismo de autotutela da própria atividade administrativa (reação contra a violação dos deveres dos servidores públicos), e observar as garantias de imparcialidade²⁰.

A Administração Pública julga-se a si mesma, mediante um critério, entre pares, assente, em primeiro lugar, na hierarquia e, secundariamente, na antiguidade dentro da organização laboral administrativa. As razões de fundo parecem-nos algo intuitivas: (i) da circunscrição àquele universo de pessoas, o leque de pessoas com maior conhecimento daquele órgão ou serviço administrativo, bem

¹⁸ Cfr. MARCELO CAETANO, *Do Poder Disciplinar no Direito Administrativo Português*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1932, p. 152.

¹⁹ Cfr. MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 9.ª ed., 2.ª reimp., Almedina, 1983, p. 838.

²⁰ São regras administrativo-laborais cuja letra e espírito sobreviveu aos vários paradigmas jurídico-constitucionais e administrativos. E repare-se que o tema do poder disciplinar público ganhou novos contornos e maior atenção normativa com o texto da CRP de 1976.



como da atividade que desenvolve e da finalidade que prossegue; (ii) a superioridade no âmbito da categoria profissional, da função ou classe, para afastar certos cenários de cobiças ou interesses diretos no cargo do trabalhador a despedir – embora não seja iníquo, à partida, um trabalhador não irá cobiçar uma função ou classe mais baixa, seja em aspetos remuneratórios ou mesmo de prestígio; e (iii) a antiguidade, associada à ideia de “idade-posto” e experiência naquele órgão ou serviço, quer permitirá uma melhor avaliação das circunstâncias de acordo com o normal suceder.

Os defensores desta solução sustentam que a *nomeação de quem não tenha tal qualidade viola a lei e atenta claramente contra os princípios da imparcialidade e prossecução do interesse público, diminuindo as garantias de defesa por parte do arguido, uma vez que só quem seja titular de tal relação de emprego é que está vinculado ao respeito dos referidos princípios constitucionais e fornecerá as garantias de imparcialidade legalmente necessárias para poder analisar com isenção, transparência e exclusiva ponderação do interesse público a gravidade da infracção imputada ao arguido*²¹. Nesse sentido, a nomeação de um instrutor que não observasse os requisitos legais constituía uma nulidade processual que podia ser arguida até ser proferida a decisão final do procedimento disciplinar (art. 37.º, n.º 2, do Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores Que Exercem Funções Públicas). O secretário do instrutor, por seu lado, podia não ser titular de uma relação de emprego público²².

Contudo, como bem notava MARCELO CAETANO, há cerca de 90 anos:

²¹ Cfr. VEIGA E MOURA, *Estatuto...*, *ob. cit.*, p. 157.

²² Cfr. VEIGA E MOURA, *Estatuto...*, *ob. cit.*, pp. 157-158.



É mister rodear o respectivo exercício [do poder disciplinar] das cautelas necessárias para que se não converta em instrumento de ódios, arma de perseguições pessoais, ou das conveniências do superior (...).

São bem acanhados os ambientes burocráticos.

O trabalho sedentário, a carreira demorada com promoções espaçadas nem sempre favorecendo os melhores, a multiplicidade dos papéis e dos escritos, criam uma irritação permanente no espírito dos funcionários e favorecem o desenvolver de uma intriga enredadora e feminina a que os superiores muitas vezes se não conseguem eximir. Um incidente insignificante assume proporções enormes: os ressentimentos e os despiques avultam-no desmesuradamente e tôda a repartição se lança sôbre o caso que vem quebrar a monotonina de uma vida sem horizontes. Histórias passadas ressurgem, remexem-se memórias motas: as tristes sindicâncias volumosas dos nossos serviços públicos! Se então fosse dado aos chefes mais em contacto com os actores e comparsas dêsse drama íntimo dos Ministérios, aplicar as sanções – ; que clamorosas injustiças se não fariam!²³.

A solução tradicional é, pois, um campo minado, porque impõe a resolução interna de conflitos laborais. Nuns casos, pode ser um instrumento de pressão ilegítima de superiores hierárquicos sobre subordinados. Noutros, pode criar mau ambiente ou inimizades entre colegas de trabalho ou de profissão. Noutros ainda, a

²³ Cfr. MARCELO CAETANO, *Do Poder...*, *ob. cit.*, pp. 152-153.



nomeação de um instrutor que desempenhe habitualmente outras funções pode ser um motivo de paralisia ou de atrasos no respetivo departamento, assim como de sobrecarga dos demais trabalhadores desse departamento, visto que a atividade de instrutor prefere a quaisquer outras que o instrutor tenha a seu cargo, ficando exclusivamente adstrito àquelas. Dir-se-á que estes inconvenientes podem ser mitigados com a criação de serviços exclusivamente dedicados à atividade inspetiva ou disciplinar. Temos dúvidas que esse caminho seja suficiente, salvo se esses serviços forem transversais a toda a Administração Pública. Por outro lado, em órgãos ou serviços com menos casos disciplinares, é muito discutível que se justifique a criação de uma equipa dedicada a estes temas.

3. Regime atual

3.1. Enquadramento

O art. 208.º, n.ºs 1 e 2, da LGTFP, segue a solução tradicional. O instrutor não pode ser estranho à Administração Pública²⁴, ao

²⁴ A inobservância destes comandos pode ser combatida, através do recurso a meios impugnatórios, garantias administrativas ou jurisdicionais (art. 224.º do LGTFP, com remissão expressa para o CPA). Assim o impõe, em primeira linha, o princípio da legalidade em matéria da organização administrativa do trabalho, com respeito à ação disciplinar. Aparentemente, a violação desta regra determina a nulidade do ato de nomeação, que contamina todo o processo disciplinar. Em ABEL ANTUNES | DAVID CASQUINHA, *Direito disciplinar público, Comentário ao regime jurídico-disciplinar da LGTFP*, Rei dos Livros, 2018, pp. 585-586, refere-se que uma nomeação irregular constitui uma nulidade processual carecida de uma



contrário do que sucede, por exemplo, noutros ordenamentos da CPLP. No procedimento disciplinar público de Cabo Verde, é permitida uma abertura a agentes externos à Administração Pública, nos termos da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de Julho²⁵, articuladamente com Decreto Legislativo n.º 8/97, de 8 de Maio (Estatuto Disciplinar dos Agentes da Administração Pública)²⁶.

reclamação do trabalhador visado até à decisão final, caso contrário tal decisão considera-se suprida nos termos do art. 203.º/2 da LGTFP.

²⁵ Consultável com livre acesso em:

https://mf.gov.cv/web/dnap/legisla%C3%A7%C3%B5es/-/document_library/zSjQhu0C7Jt2/view_file/146406?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_zSjQhu0C7Jt2_redirect=https%3A%2F%2Fmf.gov.cv%2Fweb%2Fdnap%2Flegisla%25C3%25A7%25C3%25B5es%2F-%2Fdocument_library%2FzSjQhu0C7Jt2%2Fview%2F146367%3F_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_zSjQhu0C7Jt2_redirect%3Dhttps%253A%252F%252Fmf.gov.cv%252Fweb%252Fdnap%252Flegisla%2525C3%2525A7%2525C3%2525B5es%253Fp_p_id%253Dcom_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_zSjQhu0C7Jt2%2526p_p_lifecycle%253D0%2526p_p_state%253Dnormal%2526p_p_mode%253Dview (último acesso a 30.09.2021).

²⁶ Consultável com livre acesso em:

<http://www.csmj.cv/images/legislacao/Estatuto-Disciplinar-Agentes-Funo-Pblica.pdf> (último acesso a 30.09.2021). Nos termos deste, expressamente: “artigo 51.º (Nomeação de instrutor); 1. A entidade que instaurar processo disciplinar deve nomear um instrutor, o qual poderá ser escolhido: a) De entre os agentes do mesmo serviço, de referencia igual ou superior à do arguido; ou b) De entre agentes pertencentes a serviços diferentes do arguido, de referencia igual ou superior à dele, requisitado, destacado ou deslocado para o efeito; ou **c) De fora da Administração Pública, mediante contrato de prestação de serviço**. 2. Na falta ou impossibilidade de nomeação de instrutor pela entidade que instaurar o processo, poderão fazê-lo, supletivamente, o dirigente do serviço do arguido e o



A mesma resposta parece ser aplicável aos processos de inquérito ou de sindicância²⁷, dado que estes podem constituir, por decisão da entidade com competência para o exercício da ação disciplinar, a fase de instrução do processo disciplinar. Nesse sentido, devem ser acompanhadas as mesmas garantias do trabalhador por forma atrelada e contínua (art. 231.º, n.º 4, da LGTFP).

Não pode o intérprete socorrer-se, assim, de interpretações

membro do Governo ou órgão executivo autárquico que sobre ele superintenda. **3. A escolha de instrutor nos termos das alíneas b) e c) do n.º 1 compete ao membro do Governo ou órgão executivo autárquico que superintende no serviço do arguido, podendo delegar no dirigente desse serviço.** 4. O instrutor pode escolher secretário da sua confiança, cuja designação compete à entidade que instaurou o processo, e bem assim requisitar a colaboração de técnicos” (negrito nosso).

²⁷ Não poderá o intérprete olvidar-se da possibilidade de conversão do inquérito em processo disciplinar. Assim sendo, vedando a entrada pela janela daquilo que o legislador pretendeu bloquear à porta. A delegação de competência para investigações preliminares no âmbito disciplinar parece ter gerado controvérsia no ordenamento italiano (cfr. Ac. da *Corte di Cassazione, Sez. Lav.*, 20.12.2018, n.º 33020, disponível em www.sentenze.laleggepertutti.it), onde o crivo é estabelecido sobre transferência substancial da competência, saber se houve uma substituição do sujeito titular daquele poder. Estava em causa saber se, após audiência do trabalhador, a consideração ou avaliação da desnecessidade de novos atos de investigação (com remessa desta motivação expressa para o sujeito delegante), podia ou não configurar uma violação da lei. O que, para nós, também adquire relevância, no saber ao certo quem investiga e quem decide, ou quem gere os factos e quem sanciona. E bem decorre da discussão presente na sentença *supra* citada que o titular do poder disciplinar pode, ele mesmo, fazer avaliações próprias e, por isso mesmo, diversas de quem investiga. Nesse seguimento, quem pode avaliar de modo diverso pode decidir também com um diferente rumo tomado por quem investigou.



favoráveis que permitam um sentido diferente, sob pena de ferir o princípio da legalidade que conforma toda a atividade administrativa; as regras (art. 208.º, n.ºs 1 e 2) encontram-se desenhadas de forma bastante clara, não obstante a sua complexidade:

1 - A entidade que instaure procedimento disciplinar nomeia um instrutor, escolhido de entre trabalhadores do mesmo órgão ou serviço, titular de cargo ou de carreira ou categoria de complexidade funcional superior à do trabalhador ou, quando impossível, com antiguidade superior no mesmo cargo ou em carreira ou categoria de complexidade funcional idêntica ou no exercício de funções públicas, preferindo os que possuam adequada formação jurídica.

2 - Em casos justificados, a entidade referida no número anterior pode solicitar ao respetivo dirigente máximo a nomeação de instrutor de outro órgão ou serviço.

Na primeira situação, a entidade competente nomeia um superior hierárquico ou um trabalhador com categoria superior à do trabalhador arguido, mas em qualquer caso *um colega de trabalho ou de profissão*; por seu lado, na segunda situação, a entidade competente solicita ao respetivo dirigente máximo, com alguma discricionariedade, a nomeação de instrutor de outro órgão ou serviço²⁸. A devida justificação poderá passar, *v.g.*, pela (i)

²⁸ No caso refletido no acórdão do TCA Sul de 10.12.2019 (ANA CELESTE CARVALHO), proc. 318/19.9BELRA, disponível em www.dgsi.pt, estava em causa a nomeação de um instrutor, por um Presidente de uma Câmara Municipal, para um procedimento



inexistência de pessoas que cumpram os requisitos no órgão ou serviço em apreço²⁹, (ii) falta de experiência, (iii) complexidade da matéria³⁰ ou (iv) insuficiência de recursos (isto é, se a nomeação de um instrutor colocar em causa o funcionamento de um determinado serviço ou função, recorde-se que as funções de instrução preferem a quaisquer outras que o instrutor tenha a seu cargo, ficando exclusivamente adstrito àquelas – art. 208.º, n.º 4, da LGTFP) ou (iii) um incidente de escusa ou suspeição (art. 73.º do CPA).

Por outro lado, permite-se que o instrutor escolha um secretário da sua confiança, cuja nomeação compete à entidade que o nomeou, e, bem assim, requisitar a colaboração de técnicos (art. 208.º, n.º 3, da LGTFP).

disciplinar comum cujo visado era um trabalhador com funções de “Chefe da Divisão Administrativa do Município”. Nesta senda, veio o primeiro nomear um funcionário de uma outra autarquia (Diretor do Departamento Administrativo e Financeiro), à luz do art. 208.º/2 da LGTFP, dada a “natureza das infrações, o melindre das questões e o facto de a autarquia ter poucos funcionários no seu quadro”. Enquanto o autor do despacho para o procedimento disciplinar considerou a situação devidamente fundamentada, o trabalhador peticionou a nulidade do procedimento disciplinar. O Tribunal, numa leitura operada ao art. 208.º/2, entendeu que, sendo um ato praticado por um Presidente da Câmara Municipal, este devia atender ao pessoal que integra a respetiva Câmara Municipal, bem como o restante pessoal que integra o Município (enquanto pessoa coletiva de direito pública) – portanto, não só os funcionários da referida Câmara Municipal, como ainda os funcionários da respetiva Assembleia Municipal, dado que, à luz do arts. 239.º e 250.º da CRP, eles são órgãos do Município.

²⁹ No âmbito do regime anterior, cfr. VEIGA E MOURA, *Estatuto...*, *ob. cit.*, p. 157.

³⁰ *Idem*.



Por comparação com o regime previsto no CT (art. 356.º, n.º 1³¹), podemos adiantar que o regime disciplinar público apresenta uma regulação – consideravelmente – mais fechada quanto ao leque de sujeitos que podem assumir o cargo de instrutor³².

À luz do regime laboral comum, o empregador pode nomear um instrutor, interno ou externo, sem quaisquer limitações específicas. Ora, ao nível interno podemos encontrar um *compliance officer* interno, um delegado da empresa, um trabalhador com funções de representação de um determinado departamento, entre muitos outros exemplos; no plano externo, podemos enunciar o exemplo dos advogados³³. Importa, reforçamos, que o empregador delegue ou atribua os poderes de instrução para o efeito³⁴.

Na prática sucede que as empresas procuram não estabelecer qualquer tipo de conflitos ou constrangimentos no seu meio organizacional. Com base nesta premissa, contratualizam serviços

³¹ “O empregador, por si ou através de instrutor que tenha nomeado, deve realizar as diligências probatórias requeridas na resposta à nota de culpa, a menos que as considere patentemente dilatórias ou impertinentes, devendo neste caso alegá-lo fundamentadamente por escrito”.

³² O Estatuto Disciplinar da Polícia de Segurança Pública consagra uma solução mais fechada, embora admita o recurso à Inspeção-Geral da Administração Pública (cfr. arts. 64.º e 65.º da Lei n.º 37/2019, de 30 de maio) .

³³ No fundo, consagra-se uma cláusula geral de abertura aos regimes de contrato de trabalho do Direito privado.

³⁴ De volta à função pública, sobre regimes disciplinares de natureza especial e esfera de poderes, com a atuação mútua da pessoa (com cargo de diretoria e) com competência legais e instrutor designado, participando no mesmo procedimento disciplinar com diferentes tarefas, v. Ac. do TCA Sul de 10.14.2004 (MAGDA ESPINHO GERALDES), proc. 07109/03, disponível em www.dgsi.pt.



externos para levar a cabo não só as tarefas de investigação como de todo ou quase todo o procedimento disciplinar.

Posto isto, quais serão os fundamentos que cimentam esta diferença entre regimes, à luz do contrato de trabalho comum e do contrato de trabalho especial da Administração Pública? Existirão outros valores que permitam diferentes conclusões?

3.2. Da “proibição de entrada a *instrutores privados ou externos*”

A *ratio* para tal opção normativa assenta na estrita prossecução do interesse público³⁵, não permitindo o legislador que eventuais interesses privados possam influir naquele, prejudicando-o ou correndo algum risco de o desvirtuar.

Em geral, poderá ser dito que o poder disciplinar do empregador público apresenta uma diferença ou (um suposto) fundamento – diante do poder disciplinar fundado no contrato de trabalho comum – que justifica o tratamento diferenciado: o empregador público está subordinado ao interesse público e sua atuação disciplinar deve, sempre, ter em conta esse mesmo fim³⁶.

³⁵ Art. 266.º/1 é lapidar: “a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”; esta última máxima apresenta, ainda, uma ramificação no CPA (art. 4.º); sobre este princípio, v. FRANCISCO PIMENTEL, *Direitos e deveres dos trabalhadores que exercem funções públicas no vínculo jurídico de emprego público*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 55-61.

³⁶ Cfr. VASCO CAVALEIRO, *O poder disciplinar e as garantias de defesa do trabalhador em funções públicas*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 25 a 26.



Ora, no âmbito da LGTFP, estamos diante de um procedimento sancionatório de natureza pública (administrativa) e não privada, sendo este regido por um estrito princípio da legalidade que conforma a atividade administrativa³⁷.

Em causa parece estar, também, uma certa afinidade com o Direito processual penal na feitura de procedimentos disciplinares para apurar e punir infrações cometidas pelos “servidores públicos”, com respeito pelas suas garantias³⁸. Todavia, deixa-se claro que o ramo sancionatório de um e outro são autónomos e não se confundem, todavia: (i) o processo disciplinar não é alheio às decisões proferidas pelos Tribunais criminais, mormente quanto a factos provados; (ii) a referida autonomia não prejudica a hipótese de absolvição penal e aplicação de simultânea sanção disciplinar, uma vez que a infração pode não atingir a perfeição penal, mas estar

³⁷ Trata-se da subordinação da Administração Pública ao Direito; sobre o art. 266.º/2 da CRP e o princípio da legalidade enquanto garantia dos trabalhadores em funções públicas, v. FRANCISCO PIMENTEL, *Direitos e deveres ...*, Ob. Cit., 2015, pp. 51-55.

³⁸ Não podemos deixar de adiantar a autonomia do processo disciplinar em relação ao processo penal, tendo por assente as diferentes naturezas e finalidade de uma e outra disciplina, ora refere o Ac. do TCA Sul de 12.03.2015 (RUI PEREIRA), proc. 09192/12, disponível em www.dgsi.pt, “os processos disciplinares não estão sujeitos às férreas exigências de rigor técnico-jurídico dos processos criminais, não só devido à distinta natureza dos interesses em presença, mas também porque seria excessivo impor aos instrutores daqueles processos uma proficiência pensada para a magistratura”.



devidamente enquadrada numa infração disciplinar³⁹.

Existe, no panorama atual, uma “reserva de função pública” ou, melhor dito, uma “reserva de pessoal com vínculo de emprego público” no exercício – interno ou externo – da atividade instrutória⁴⁰. Tal reserva manifesta-se como uma garantia relativamente aos sujeitos, que dizem respeito à posição estrutural e funcional dos titulares dos órgãos que intervêm no exercício do poder disciplinar⁴¹.

Segundo PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, a nomeação de instrutor externo, sem vínculo de emprego público “viola a lei e atenta claramente contra os princípios da imparcialidade e da prossecução do interesse público, diminuindo as garantias de defesa

³⁹ Sobre este aspeto, v. o Ac. do TCA Sul de 02.07.2020 (PEDRO NUNO FIGUEIREDO), proc. 926/19.8BESNT, disponível em www.dgsi.pt: “[a] referida autonomia assume maior força no que respeita às decisões de absolvição, não bastando uma sentença penal absolutória, só por si, para determinar se uma sanção disciplinar se deve manter (...) A factualidade dada como assente no processo-crime assume relevância no âmbito do processo disciplinar, o mesmo não sucedendo com a factualidade não provada”.

⁴⁰ Sem prejuízo de um eventual relatório ou parecer técnico “*a manu servi*”, i.e., que um terceiro à Administração Pública, possa elaborar (v.g. por advogado). Recorde-se que é possível a intervenção de técnicos (art. 208.º, n.º3 da LGTFP), desde que licitamente contratados para o efeito no âmbito das prestações de serviço (pela e) para a Administração Pública.

⁴¹ Cfr. ANA FERNANDA NEVES, *O estatuto disciplinar dos trabalhadores das autarquias locais*, O Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas, Advogados e Magistrados Judiciais, Coord. Pedro Fernández Sánchez e Luís M. Alves, AAFDL Editora, 2020, p. 95, rodapé 63.



por parte do arguido”⁴². VASCO CAVALEIRO, por sua vez, aponta ainda que se trata de um “procedimento sancionatório público e, como tal, tem de ser exercido *na e pela Administração Pública*”⁴³, firmando, no caso da substituição do instrutor, que estão em causa atos que contendem com direito do trabalhador a uma atuação imparcial por parte da Administração Pública⁴⁴. RAQUEL CARVALHO acrescenta, ainda, que: “[q]uem exerce as funções de instrutor deve conhecer profundamente as regras e princípios da organização e funcionamento dos serviços para melhor conduzir a instrução”⁴⁵.

Numa perspetiva mais pragmática, ANA FERNANDA NEVES enaltece o conhecimento institucional e experiência profissional, que proporcionam uma melhor avaliação nas circunstâncias concretas da conduta infratora, estendendo esta consideração aos trabalhadores

⁴² Cfr. PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, ob. cit., p. 550.

⁴³ Cfr. VASCO CAVALEIRO, *O poder disciplinar ...*, ob. cit., 2018, p. 104.

⁴⁴ Cfr. VASCO CAVALEIRO, *O exercício do poder disciplinar no Direito do trabalho em funções públicas – Entre discricionariedade e vinculação administrativa*, *Direito do Trabalho em Funções Públicas, Formação Contínua*, CEJ, 2020, p. 24.

⁴⁵ Cfr. RAQUEL CARVALHO, *Comentário ao regime disciplinar dos trabalhadores em funções públicas*, 2.ª Edição, Universidade Católica Editora, 2018, p. 274, segundo a Autora, a ideia de melhor condução assenta em dois interesses: (i) o da Administração Pública, em ver reintegrada a legalidade e a normalidade dos serviços; e (ii) do trabalhador, em ver instruído o processo disciplinar com as ponderações necessárias e inerentes ao facto de ser um trabalhador em funções públicas.



que se encontram cobertos por instrumento de mobilidade⁴⁶.

O legislador procurou uma solução que permitisse, por um lado, garantir o exercício do poder disciplinar por um empregador público (*maxime* Estado) diante de pessoas singulares, subordinadas a este, e, por outro, assegurar que no exercício da ação disciplinar – ainda tido como exercício da função pública – permaneça um “estatuto de neutralidade em face das forças económicas ou sociais, do jogo político-partidário ou perante qualquer interesse não tutelado pela lei (...)”⁴⁷.

No direito espanhol, encontramos soluções idênticas à lei portuguesa – não permitindo o acesso a instrutores privados e –, exigindo-se uma garantia efetiva dos direitos de defesa e, em simultâneo, para assegurar o “*parium iudicium*” ou um juízo por

⁴⁶ Cfr. ANA FERNANDA NEVES, *O direito disciplinar da função pública, Volume II*, Dissertação de Doutoramento pela FDUL, 2007, p. 376; mais recentemente, numa perspetiva crítica do regime vigente, da mesma Autora, v. ANA FERNANDA NEVES, *O estatuto disciplinar ...*, *ob. cit.*, 2020, p. 96-104, em especial sobre o princípio da imparcialidade e da dependência funcional do instrutor diante da entidade com competência para a decisão.

⁴⁷ Aproveitando a síntese expressa em FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração. Crise do modelo clássico de emprego público*, *Stvdia Ivridica* 9, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 144. As funções de instrutor são, ainda, funções incluídas no dever de prestar, sujeito ao interesse público. *Ibid.*, 1995, p. 186, segundo aponta o Autor, numa leitura conforme ao art. 269.º/1 da CRP, perspetiva-se que o agente deverá prestar a sua função por forma imparcial e neutra.



iguais⁴⁸. Nesse sentido, não só o instrutor, como também o secretário, devem revestir necessárias exigências de idoneidade e de imparcialidade⁴⁹. No entanto: *“en el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos”*⁵⁰. O mesmo parece resultar de outros ordenamentos da América latina, como constitui exemplo o argentino, onde *“la instrucción del sumario será llevada a cabo por medio del instructor – quienes deberán revistar preferentemente en categoría igual o superior a la del agente sumariado y tendrán título universitario de Abogado, Escribano o Procurador- que al efecto designe el Director de Sumarios, el que cumplirá su cometido de acuerdo al procedimiento que se establece*

⁴⁸ *I.e.*, por pessoas capazes de estimar, pela sua própria experiência, o conteúdo concreto, segundo as circunstâncias particulares, cfr. JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos, Tomo II*, Tesis Doctoral pela Universitat de Barcelona, 1991, p. 471.

⁴⁹ Cfr. BELÉN MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, 3.ª Edición, Colección Derecho Público, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 287, é o que consta do artículo 30. Del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado: *“en la resolución por la que se incoe el procedimiento se nombrará instructor, que deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado. Cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar así lo exija se procederá al nombramiento de Secretario, que en todo caso deberá tener la condición de funcionario”*.

⁵⁰ Veja-se o Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, artículo 98. 2: *“el procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo de este Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos”*.



en esta reglamentación y que no podrá superar el plazo de sesenta días (plazo fundadamente prorrogable por el Director de Sumarios)”⁵¹.

4. Do poder disciplinar

4.1. Enquadramento

O tema do (exercício) do poder disciplinar assume vincada magnitude em qualquer tema de Direito do trabalho, independentemente da sua qualificação – comum ou especial – expressando, nas palavras de ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “(...) uma manifestação de poder do empregador que pode ter efeitos relevantíssimos no desenvolvimento quotidiano do vínculo laboral e que, *in extremis*, toca num dos pontos mais sensíveis desta área jurídica em termos sociais – o despedimento com justa causa, como sanção disciplinar mais grave”⁵².

O poder disciplinar fundamenta a ideia de supremacia do empregador diante do seu trabalhador e traduz-se na faculdade do empregador em aplicar sanções ao trabalhador que se encontre ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho – um exercício

⁵¹ Cfr. PABLO OCTAVIO CABRAL, “Procedimiento disciplinario en materia de empleo público en la provincia de Buenos Aires”, *Revista Derechos en Acción*, Año 4, N.º 10, 2019, p. 101.

⁵² Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Os limites do poder disciplinar laboral”, *Estudos de Direito do Trabalho, Volume I*, Almedina, 2003, p. 179, também, sobre os seus perigos de “ilimitação” ou do seu caráter rebelde diante do controlo externo.



coercitivo e punitivo diante de condutas ilícitas e culposas apresentadas como violações, pelo trabalhador, de deveres funcionais que concretamente lhe estão cometidos e em resultado do seu concreto exercício da relação contratual – ainda que sujeito, naturalmente, ao controlo judicial⁵³.

Explorando esta ideia, no respeitante às infrações disciplinares no âmbito da função pública⁵⁴, “infringir disciplinarmente é desrespeitar um dever geral ou especial da função pública que se exerce. Este desrespeito é ilícito na medida em que consubstancia a negação de valores inerentes ao exercício dessa função pública, isto é, a negação de interesses superiormente protegidos com vista à boa

⁵³ Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 6.ª Edição, Almedina, 2019, pp. 374-375.

⁵⁴ “Chama-se infração disciplinar ao facto voluntário praticado pelo agente administrativo com a violação de algum dos deveres que nessa qualidade lhe caibam”, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 10.ª Edição, Almedina, 1991, p. 807.



e cabal realização da respetiva atividade pública”⁵⁵ | ⁵⁶.

Este procedimento disciplinar na Função Pública é um procedimento administrativo, encontrando fundamento na relação jurídica de emprego público (art. 76.º da LGTFP)⁵⁷ – em termos genéricos, o processo disciplinar justo é uma exigência de um Estado de Direito Democrático, como qualquer outro Direito sancionatório público⁵⁸. Por esta razão, alguns Autores argumentam que o poder disciplinar tem o seu fundamento no vínculo de trabalho em funções públicas, tendo ainda uma finalidade quadripartida: (i) punitiva, de sancionar o infrator; (ii) corretiva e de prevenção especial do agente, assegurando que o infrator não volta a cometer infrações; (iii) preventiva-negativa, gerando um efeito próximo à de uma prevenção geral negativa penalista, ao garantir que os restantes colegas não assumam comportamentos semelhantes; e (iv) preventiva-positiva,

⁵⁵ Cfr. Ac. do STA de 16.03.2017 (JOSÉ VELOSO), proc. 0343/15, disponível em www.dgsi.pt, e acrescenta ainda que: “os «deveres» para tais fins disciplinares, colhem relevância e legitimidade sobretudo a nível da sua causa final, pois visam assegurar um bom e regular funcionamento dos respetivos serviços. Daí que o direito disciplinar encontre mais uma legitimidade teleológica do que ontológica, isto é, louva-se sobretudo na proteção da capacidade funcional dos respectivos serviços públicos e seu correto exercício”. Quer isto dizer que, para o efeito, deverá o interprete ter em linha de conta a própria natureza do próprio empregador, as suas competências, missões e obrigações na órbita da Administração Pública.

⁵⁶ Esta máxima já era explorada por MARCELLO CAETANO, sobre o conceito de disciplina, ao comparar os vários grupos humanos formados a comunidades cuja estruturação exige o cumprimento concreto e rigoroso de determinadas regras de conduta (comportamentos positivos ou negativos, deveres), cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito ...*, Vol. II, Ob. Cit., 1991, pp. 799-800.

⁵⁷ Cfr. VASCO CAVALEIRO, *O poder disciplinar ...*, Ob. Cit., 2018, pp. 19-23.

⁵⁸ Tem natureza formal e tem em vista a prática de um ato administrativo final.



ao gerar o efeito de próximo ao de uma prevenção geral positiva, de reforçar o funcionamento, a legalidade e a confiança em determinado serviço, próprio daquele empregador público⁵⁹.

O poder disciplinar do empregador público (Administração Pública) possui, em bom rigor, um estatuto similar ao do poder punitivo estadual; divergindo da dinâmica *egoística* (interesse privatístico), prossegue um fim geral de interesse público, sendo aliás uma característica típica dos ramos de Direito público⁶⁰. Não obstante, importa separar as águas a este respeito. A ação disciplinar da função pública não possui a mesma configuração da ação punitiva do Estado – por outras palavras, a relevância disciplinar dos funcionários públicos não deverá ser aferida ou perspetivada à luz do regime jurídico-penal só pelo simples facto de uma das partes se configurar como ente público. O poder disciplinar da função pública continua a ter por referência o vínculo de emprego público e as finalidades do empregador público.

Creemos tratar-se, todavia, de um poder-dever, dada a sua natureza, contratual e pública, e necessidade de assegurar a referidas finalidades apontadas, de acordo com o próprio princípio da legalidade que assume especial preponderância no Direito

⁵⁹ Sobre este tópico, v. VASCO CAVALEIRO, *O poder disciplinar ...*, *ob. cit.*, 2018, pp. 27-28, rodapé 35, descortina, ainda, uma certa prevenção especial positiva.

⁶⁰ Cfr. ANNALISA DI PAOLANTONIO, *Il procedimento disciplinare*, *Il Lavoro Pubblico*, G. Amoroso | V. Di Cerbo | L. Fiorillo | A. Maresca, Giuffrè Francis Lefebvre, Milão, 2019, pp. 842-843, não sendo, todavia, uma expressão de *ius imperii* do Estado. Teria, por forma diversa, de uma matriz contratual, sendo correlativo ao poder de direção e de conformação da atividade. Um poder que configura um meio de reação diante do inadimplemento contratual.



disciplinar.

4.2. Da instrução no procedimento disciplinar público

A fase instrutória de um procedimento é o período de apuramento e delimitação da matéria decisória, visa o apuramento da infração indiciada, a sua existência material, a qualificação e a gravidade da mesma⁶¹.

A instrução compreende o *elemento “Sherlock Holmes”* de investigação da suposta infração disciplinar e um outro de realização das diligências probatórias requeridas pelo visado – em suma trata a compatibilização da investigação, acusação/arquivamento e da defesa ou contraditório do trabalhador visado.

Trata-se de uma fase do procedimento disciplinar essencial para o exercício do poder sancionador, profundamente influenciada pelo princípio do inquisitório e conduzida pela figura do instrutor, a quem dedicaremos as seguintes páginas. Todavia, chegado a este momento, também na instauração do procedimento é exigida a imparcialidade enquanto garantia do trabalhador visado.

⁶¹ Cfr. ANA FERNANDA NEVES, *O direito disciplinar ...*, Volume II, Ob. Cit., 2007, p. 370.



4.3. Do estatuto de instrutor

O instrutor é o *coração* do procedimento disciplinar comum⁶², porquanto este terá importantes tarefas de conhecer os factos, armazenar e conservar o estado dos mesmos, devendo ainda tomar posição diante destes⁶³. Compete ao instrutor, desde logo, a importante tarefa de “tomar, desde a sua nomeação, as medidas adequadas para que não se possa alterar o estado dos factos e documentos em que se descobriu ou se presume existir alguma irregularidade, nem subtrair as provas desta” (art. 210.º da LGTFP).

⁶² “O instrutor é o sujeito procedimental *inter partes* responsável pela realização do procedimento disciplinar, desde a sua instauração à tomada da decisão final e não apenas pela direção e a responsabilidade da instrução propriamente dita”, Cfr. ANA FERNANDA NEVES, *O direito disciplinar ...*, Volume II, *ob. cit.*, 2007, p. 374.

⁶³ Atendendo à finalidade do procedimento disciplinar, cumpre adiantar que o instrutor disciplinar necessita de analisar a situação de facto, uma vez que as proposições jurídicas devem ser aplicadas a situações de facto que se tenham verificado. Tomar por consideração factos figura-se necessário ao exercício daquele poder do empregador público – o instrutor procura tomar conhecimento dos factos, ele emite um *juízo* enquanto indagação jurídica sobre as circunstâncias. Sobre a apreciação de factos, v. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, (trad. José Lamego), 3.ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 391 e ss.

Existem algumas *nuances* quando à figura do instrutor, diante dos factos e dos elementos comprovativos da responsabilidade disciplinar do agente, tais como aqueles imperativos resultantes da *Constituição processual sancionatória pública*, cfr. VASCO CAVALEIRO, *O exercício do poder disciplinar...*, *ob. cit.*, 2020, p. 19, segundo o qual se esclarece que o trabalhador-arguido não tem o dever de fornecer ao instrutor os elementos comprovativos da sua responsabilidade disciplinar, nem lhe cabendo provar que não praticou aqueles factos [pelo *supra* citado Autor, cfr. Ac. do TCA Sul de 18.03.2010 (FONSECA PAZ), proc. 05503/09, disponível em www.dgsi.pt].



As suas atividades prendem-se, por isso, com a condução de inquirições, questionários, exames e diligências que se destinem ao apuramento da verdade dos factos, ouvindo o trabalhador a requerimento deste e sempre que o entenda conveniente, até se ultimar a instrução, podendo acareá-lo com as testemunhas ou com o participante (art. 212.º, n.ºs 1 e 2, da LGTFP)⁶⁴.

O instrutor deve concretizar os direitos de audiência e defesa, em sede do regime disciplinar na função pública, nomeadamente através da informação que deve prestar à entidade que o tenha nomeado, bem como o trabalhador e o participante, da data que dê início à instrução (art. 205.º, n.º 3, da LGTFP)⁶⁵; devendo também

⁶⁴ Apurar os factos e saber em que medida estes configuram uma infração disciplinar; no fundo, como se refere em VANDA COUTINHO, “Infração disciplinar e sanção disciplinar”, *Direito das Relações Laborais na Administração Pública*, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 656, demonstrar “(...) um comportamento do trabalhador contrário àquele que o cumprimento do dever pelo trabalhador impunha. Isto é, o trabalhador agiu de maneira diferente da que devia ou não agiu como devia ter agido. Em suma, tem que existir uma conduta, um comportamento externo – por ação ou omissão – que chegue ao conhecimento de um superior hierárquico”.

⁶⁵ A referir, ainda, que ao trabalhador visado deve ser dado conhecimento do início do inquérito. Revela-se importante esta nota para o exercício de um outro direito por parte do trabalhador, o de constituir, a todo o tempo, advogado nos termos do art. 231.º, n.º 5, da LGTFP; por entendimento explanado na fundamentação do Ac. do TCA Sul de 04.10.2007 (RUI BELFO PEREIRA), proc. 11708/02, disponível em www.dgsi.pt, “a não notificação e não presença de advogado na inquirição de testemunhas, incluindo representantes sindicais, na fase de instrução, não compromete, por si, os direitos de defesa do arguido no processo disciplinar. É que, exactamente na fase da defesa, o arguido poderá requerer nova audição das



ouvir o trabalhador, a requerimento deste e sempre que o entenda conveniente, até se ultimar a instrução (art. 212.º, n.º 2, da LGTFP).

Ele poderá, também, escolher secretário de sua confiança⁶⁶, cuja nomeação compete à entidade que o nomeou, e, bem assim, requisitar a colaboração de técnicos (art. 208.º, n.º 2, da LGTFP). O instrutor pode, ainda, tomar, desde a sua nomeação, a medidas adequadas (cautelares) para que não se possa alterar o estado dos factos e documentos em que se descobriu ou se presume existir alguma irregularidade (art. 210.º da LGTFP).

No fundo, cabe ao instrutor conduzir a recolha e produção de prova com respeito pelo contraditório e atendendo à defesa do trabalhador. O instrutor tem, assim, poderes de apreciação e de qualificação dos factos como infrações disciplinares que se

mesmas testemunhas e representantes, aí, sim, com a garantia do direito de presença do seu mandatário. E, por isso, não poderá ser proferida decisão punitiva sem essa garantia”.

⁶⁶ E quanto a este secretário? Vale o mesmo requisito de possuir um contrato de trabalho da Administração Pública? A lei é silenciosa quanto a este aspeto. Segundo se demonstra em ABEL ANTUNES | DAVID CASQUINHA, *Direito disciplinar público...*, ob. cit., 2018, p. 586, seria de se dilatar o mesmo regime referente ao instrutor, criticando a letra da lei: “(...) melhor teria andado o legislador se tivesse determinado para a nomeação do secretário, as mesmas regras que estabeleceu para a nomeação do instrutor”. A nosso ver, uma interpretação conforme à unidade do Direito disciplinar da função pública, parece que o legislador pretendeu vedar essa janela, sob pena de os “instrutores privados” entrarem pela mesma aquando da impossibilidade de entrar pela porta principal. Isto é, imagine-se que os papéis se invertem, assumindo o secretário (privado) as vestes do instrutor material do processo (?). Mais uma vez, consideramos que esta proibição é criticável nos mesmos termos apontados para o instrutor, que em seguida serão expostos.



concretizam numa atividade de investigação e de acusação⁶⁷. É o que resulta do art. 212.º, n.º 1, da LGTFP, quando enuncia que “o instrutor faz atuar o despacho com a participação ou queixa e procede à instrução, ouvindo o participante, as testemunhas por este indicadas e as mais que julgue necessárias, procedendo a exames e mais diligências que possam esclarecer a verdade e fazendo juntar aos autos o certificado de registo disciplinar do trabalhador” – um verdadeiro poder funcional de realizar ou promover as diligências necessárias.

O instrutor elabora uma proposta fundamentada, juntamente com a elaboração do seu relatório final⁶⁸, porém, a entidade competente para a decisão disciplinar poderá discordar desta e não aplicar o conteúdo que integra esse documento. Esta proposta do instrutor poderá passar pelo arquivamento dos autos e note-se que a falta de concordância com este relatório exige, também, uma fundamentação por parte da entidade decisória⁶⁹.

⁶⁷ Cabe ao instrutor fazer prova dos factos constitutivos do ilícito disciplinar e da respetiva imputação ao trabalhador investigado, bem como todo o circunstancialismo envolvente.

⁶⁸ Cfr. Ac. do TCA Sul de 12.03.2015 (RUI PEREIRA), proc. 09192/12, disponível em www.dgsi.pt, sendo ele motivado, compreendendo todos os elementos probatórios, minuciosamente analisados, por referência aos elementos documentais e testemunhais produzidos durante a instrução do processo disciplinar, comprovando a existência material das infrações por referência aos deveres violados e às normas que os preveem e punem.

⁶⁹ Parece ser o caso do TCA Norte de 14.07.2017 (HÉLDER VIEIRA), proc. 00581/10.OBEAVR, disponível em www.dgsi.pt: “padece de vício de falta de fundamentação a decisão do processo disciplinar não concordante com a proposta formulada no relatório do instrutor”.



As diligências instrutórias contribuem para a elaboração e fundamentação do relatório final. Em abstrato, este relatório tem por função compilar toda a ação investigativa e apurar a verdade material⁷⁰. Não parece que este relatório final do instrutor tenha de ser comunicado ao trabalhador visado, quando este é devidamente notificado da acusação e é informado dos factos que lhe são imputados, bem como o seu respetivo enquadramento jurídico e sanção aplicável⁷¹.

⁷⁰ Refere o Ac. do TCA Sul de 04.07.2019 (SOFIA DAVID), proc. 2187/18.7BELSB, disponível em www.dgsi.pt: “se o procedimento disciplinar inclui as diligências instrutórias legalmente exigíveis e consideradas pelo respetivo instrutor como as necessárias e suficientes para poder prosseguir com a elaboração do relatório final, claudica a invocação da existência de um défice instrutório, feita apenas em sede de impugnação jurisdicional, por se entender que existiriam outras diligências que poderiam e haviam de ter ocorrido por serem essenciais à averiguação da verdade material”.

⁷¹ Contando que o relatório final não contém novos factos, contradições com a acusação, novas imputações desfavoráveis ao visado que houvessem sido omitidas na acusação e se venham a repercutir na decisão final da medida disciplinar. Importa temperar as garantias previstas no processo penal com as devidas adaptações do direito administrativo sancionatório ou mesmo direito laboral público, cfr. o já citado Ac. do TCA Sul de 12.03.2015 (RUI PEREIRA), proc. 09192/12, disponível em www.dgsi.pt, “os processos disciplinares não estão sujeitos às férreas exigências de rigor técnico-jurídico dos processos criminais, não só devido à distinta natureza dos interesses em presença, mas também porque seria excessivo impor aos instrutores daqueles processos uma proficiência pensada para a magistratura”; partindo desta última ideia, não parece que seja violada a garantia de imparcialidade se um instrutor conduzir toda a fase de instrução, defesa e elaboração do relatório final. Dessa forma, não sai prejudicado o imperativo constitucional da imparcialidade [com interesse, v. a este propósito o Ac. do TC n.º



Assim, a busca pela verdade material acompanha toda a atividade do instrutor, devendo esta buscar ser compatibilizada com as garantias fornecidas ao trabalhador visado⁷². Todavia, o instrutor não é quem determina os resultados, não tem competências decisórias sobre o conteúdo ou valor dos factos.

Numa última nota, “o trabalhador pode, sob proposta da entidade que tenha instaurado o procedimento disciplinar ou do instrutor, e mediante despacho do dirigente máximo do órgão ou serviço, ser preventivamente suspenso do exercício das suas funções, sem perda da remuneração base, até decisão do procedimento, mas por prazo não superior a 90 dias, sempre que a sua presença se revele inconveniente para o serviço ou para o apuramento da verdade” (art. 211.º, n.º 1, da LGTFP).

5. As dificuldades resultantes da “reserva de instrução na função pública”

Não obstante a clareza da letra da lei, não podemos deixar de levantar algumas dúvidas relativamente aos seus fundamentos, em especial quando chegamos a consequências que a lei laboral (em funções públicas) pretendeu, por certo, afastar ou, pelo menos, não

33/02 (BRAVO SERRA), proc. 1141/98, disponível em www.tribunalconstitucional.pt e os respetivos votos vencidos].

⁷² Quanto à forma dos atos processuais, “a forma dos atos, quando não seja regulada por lei, ajusta-se ao fim que se tem em vista e limita-se ao indispensável para atingir essa finalidade; nos casos omissos, o instrutor pode adotar as providências que se afigurem convenientes para a descoberta da verdade, em conformidade com os princípios gerais do processo penal” (art 201.º da LGTFP).



desejou proteger ou potenciar.

Não só pelo teor algo árido dessa manifestação do interesse público, em sede de nomeação dos instrutores, como pela forma como este é concretizado na sua atuação, não se pode acompanhar a defesa da solução tradicional como meio único e exclusivo para a prossecução do interesse público. Com efeito, na contratação pública observa-se, entre outros, o princípio da prossecução do interesse público (art. 1.º, n.º 1, do CCP). Nesse sentido, o “contrato constitui, para o contraente público e para o co-contratante, situações subjectivas activas e passivas que devem ser exercidas e cumpridas de boa fé e em conformidade com os ditames do interesse público, nos termos da lei” (art. 286.º do CCP). O interesse público não é, assim, prosseguido apenas por pessoas com vínculos de emprego público. Não se acompanha, portanto, a natureza estritamente fechada do preceito “a um órgão ou a um serviço administrativo”, resultando num conjunto de riscos laborais que, à primeira vista, poderão escapar, mas cuja pertinência suscite e justifique a nossa atenção.

Como refere MADEIRA DE BRITO, “o ponto essencial é que a função pública tem ao seu serviço sujeitos que antes de serem da Administração Pública são trabalhadores e como tal devem ser tratados”⁷³. É com esta máxima que devemos partir para o plano

⁷³ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Contrato de trabalho ...*, ob. cit., 2019, p. 202. Fazendo uso da construção apresentada pelo Autor, deverão ser compatibilizados os diversos valores em causa – enquanto complexo normativo – entre as disposições especiais que enformam a atividade do empregador público e dos trabalhadores, a necessidade de estabelecer uma harmonização entre a prossecução do interesse público e dos direitos individuais dos trabalhadores.



obrigacional destes, com o dever de prestar subordinado à realização do interesse público e a projeção dos vários riscos inerentes. Da mesma forma se deverá perspetivar a compatibilização do Direito constitucional com a gestão de recursos humanos da função pública⁷⁴.

O primeiro risco que poderá ser enunciado é o da criação ou agravamento de potenciais conflitos internos entre trabalhadores, indo ao arrepio do que consta no art. 71.º, n.º 1, al. c) da LGTFP – sendo que o bom relacionamento entre colegas de trabalho, a paz social, eleva o meio laboral a uma boa ou uma melhor “condição de trabalho” pelos pontos de vista moral e físico⁷⁵. E não se diga que estarão apenas em causa os casos de vingança entre colegas ou pura guerra aberta entre os mesmos, bastando o mero clima de desconfiança para que o serviço não se encontre de plena saúde ou com anomalias de camaradagem⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. ANTONY TAILLEFAIT, *Constitution et fonction publique*, Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, N° 37, octobre, 2012, disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/constitution-et-fonction-publique> (consultado pela última vez a 25.07.2021).

⁷⁵ Sem esquecer, porém, que a Administração Pública, no respeitante à sua gestão de recursos humanos, não prescinde do substrato organizativo

⁷⁶ O tema referente ao “clima” no ambiente de trabalho assume particular relevância na Jurisprudência portuguesa [v.g., Ac. do TRL de 10.05.2000 (FERREIRA MARQUES), proc. 0026414, disponível www.dgsi.com], pela forte conotação do aspeto psicológico do local de trabalho ou do *mau ambiente de trabalho*. Será de notar que o empregador deverá proporcionar um local de trabalho saudável e seguro do ponto de vista físico e psicológico, afastando, por isso, os climas de desconfiança e de “guerrilha”, situações de vingança e perseguição, bem como



Dentro do próprio órgão ou serviço podemos evidenciar uma tríade de problemas, a saber a título de exemplo:

- a) Um trabalhador que não pretende criar ou agravar uma situação de conflito com o seu colega de trabalho, porque simplesmente pretende efetuar o seu trabalho, futuramente, sem problemas e represálias, sem perturbações de qualquer índole;
- b) Um trabalhador com uma relação de amizade (conhecida ou desconhecida)⁷⁷ – bastante natural nestes meios específicos, tendencialmente circunscritos (por vezes com ou em estruturas pequenas) – que possa colocar em risco a instrução através do encobrimento ou da omissão de informações ou relatos, protegendo o seu amigo ou amigos e promulgando a impunidade⁷⁸;
- c) Um trabalhador com uma relação de inimizade e rivalidade

todos os atos que possam encobrir a prática de outros ilícitos no meio laboral. Não será do interesse do empregador inserir um trabalhador gerador de climas na sua organização, uma vez que é suscetível “(...) instalar na empresa um clima de desconfiança que inquina as relações de trabalho, tornando imediata e praticamente impossível a subsistência das mesmas relações”, cfr. Ac. do STJ de 18.07.1985 (MELO FRANCO), proc. 000977, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁷ A lei refere-se a uma “grande intimidade” entre o trabalhador e o instrutor ou entre este e o participante ou ofendido.

⁷⁸ A lei espanhola (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, artículo 93. 3) refere-nos que: “igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”.



(por muitas vezes desconhecida)⁷⁹ que, pelo contrário, incrimina ou prejudica o seu colega – sabotando a instrução e ferindo as mais elementares garantias dos trabalhadores em sede de procedimento disciplinar público.

A aludida tríade poderá estar presente não só no próprio órgão ou serviço, como também em órgão ou serviço dependente ou funcionalmente conexo com aquele, onde ocorreu o ilícito

⁷⁹ O mecanismo de suspeição – incidente apenas suscetível no decurso do procedimento disciplinar – não parece resolver o problema em mãos pois exige-se um ónus do trabalhador ou participante em deduzir a suspeição do instrutor quando ocorra circunstância por causa da qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua isenção e da retidão da sua conduta. Problemas que a atual solução coloca: (i) a lei [art. 209.º, n.º 1, al. e), da LGTFP], neste caso, parece ser mais exigente ao referir “quando haja inimizade grave”, um crivo superior à mera inimizade pois pressupõe que o trabalhador possa ser razoavelmente diligente quando a inimizade não seja “grave”. Uma perspetiva que nos parece criticável, dado que esse *plus* poderá esconder verdadeiras suspeições, sendo a gravidade uma discussão desnecessária em sede de garantias; e (ii) o mecanismo apenas funciona quando o estado de espírito ou estado subjetivo seja conhecido – um conhecimento, por si, difícil de obter – e, conseqüentemente, fundamentado; (iii) “a existência de fundamento para suspeição não é, só por si, causa de invalidade dos actos procedimentais praticados pelo possível suspeito, pois só após ter sido declarada a suspeição é ilegal a prática de actos procedimentais pelo mesmo”, cfr. Ac. do STJ de 14.03.2001 (JORGE DE SOUSA), proc. 038664, disponível em www.dgsi.pt; (iv) a dificuldade inerente à concretização dos conceitos de suspeita razoável, isenção e retidão. Os meros rumores no meio de trabalho são relevantes? As eventuais *picardias* podem ser relevantes?; (v) em caso de recusa da suspeição, será possível proceder à impugnação da mesma? Não parece ser líqüida ou uniforme a resposta à questão, existindo quem se pronuncie pela aplicação do recurso administrativo, confrontando-se, simultaneamente, com uma certa jurisprudência que se pronuncia pela inimpugnabilidade da decisão (cfr. RAQUEL CARVALHO, *Comentário ao regime disciplinar ...*, ob. cit., 2018, pp. 276-277).



disciplinar, sempre que exista uma maior proximidade entre os vários colaboradores.

De referir, ainda, que a natureza exemplificativa do art. 209.º da LGTFP permite apontar, de forma não exaustiva, situações de suspeição do instrutor⁸⁰, mas que, todavia, não se revela suficiente para o problema em apreço.

Culminando, assim, com um outro problema: o de saber quem estará (verdadeiramente) disponível para assumir as vestes de instrutor? A resposta parece ser um pouco intuitiva: *poucos ou nenhuns!* Pelo que a primeira parte da norma – a escolha entre trabalhadores do mesmo órgão ou serviço⁸¹ – parece esgotar um

⁸⁰ A suspeição do instrutor (art. 209.º da LGTFP e, paralelamente, o arts. 69.º e ss. do CPA) pode ser suscitada pelo participante ou pelo trabalhador, em situações que possa razoavelmente suspeitar-se da sua isenção e da retidão da sua conduta, cfr. VASCO CAVALEIRO, *O exercício do poder disciplinar ...*, ob. cit., 2020, p. 24. Refira-se, no entanto, que nem sempre, no plano prático, se figura possível a triagem das situações de impedimento e suspeição, cfr. ANA FERNANDA NEVES, *O direito disciplinar ...*, Volume II, ob. cit., 2007, p.376-377.

Existirá, pois, uma grande dificuldade em demonstrar a animosidade grave e a grande intimidade entre trabalhador e o instrutor, ou entre este o participante ou ofendido. De igual modo não se salvaguarda a situação dos trabalhadores que simplesmente não desejam ser apontados ao conflito, como será de se prever. O específico incidente de suspeição não será, assim, mecanismo suficiente como suscitado no corpo do texto.

⁸¹ Segundo o Ac. do TCA Sul de 18.02.2021 (PEDRO NUNO FIGUEIREDO), proc. 459/20.OBELRA, disponível em www.dgsi.pt: “[c]om a apresentação de considerações expressas, claras, suficientes e congruentes, que justificam a nomeação de instrutor, mostra-se cumprido o dever de fundamentação”. E sobre a possibilidade de nomear instrutores de outros órgãos, reflete-se que “[n]um



pouco do seu sentido útil, partindo do facto que o órgão ou serviço terá, frequentemente, de recorrer a outro órgão ou serviço para a instrução disciplinar, nos termos do art. 208.º, n.ºs 1 e 2, da LGTFP⁸².

Assim se retrata um outro risco conexo, prendendo-se, desta vez, com a própria alocação e organização dos recursos, dentro dos serviços, e prossecução do interesse público⁸³ – uma vez que ao

contexto em que os dois únicos trabalhadores da entidade demandada com antiguidade superior e em funções idênticas às do visado, para além de não terem formação jurídica, carecem de experiência na tramitação de processos disciplinares, mostra-se justificada a opção por nomear instrutor de outro órgão, licenciado em administração pública e com vasta experiência na tramitação de processos disciplinares, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 208.º da LGTFP”.

⁸² E segundo o Ac. do TCA Sul de 21.07.2020 (ANA CELESTE CARVALHO), proc. 318/19.9BELRA, disponível em www.dgsi.pt: “[r]eguei sobre a Entidade Demandada o ónus da alegação e prova dos factos atinentes aos pressupostos da nomeação do instrutor do processo disciplinar, nos termos do artigo 208.º, n.º 1 da LGTFP, de que não existe no quadro de pessoal do Município trabalhador titular de cargo ou de carreira ou categoria de *complexidade funcional superior* à do trabalhador visado no processo disciplinar ou, quando impossível, com *antiguidade superior no mesmo cargo ou em carreira ou categoria de complexidade funcional idêntica* ou *no exercício de funções públicas*, preferindo os que possuam adequada formação jurídica (...) O n.º 2 do artigo 208.º da LGTFP permite “em casos justificados” que a Administração possa solicitar ao respetivo dirigente máximo a nomeação de instrutor de outro órgão ou serviço, o que exige que a Entidade Demandada tivesse caracterizado a situação de facto em relação ao quadro de pessoal do Município, de molde a dar por respeitadas os pressupostos legais, quer do disposto do n.º 1, quer do disposto do n.º 2, do artigo 208.º da LGTFP, o que não foi feito”.

⁸³ Sobre a introdução de modelos privados e o exercício da gestão pública, v. LUIGI FIORILLO, *La capacità di Diritto privato dell’amministrazione nell’organizzazione en ella gestione del rapporto di lavoro*, Il Lavoro Pubblico, G. Amoroso | V. Di Cerbo | L.



importar trabalhadores de outro órgão ou serviço (para evitar o primeiro entrave), esses mesmos órgãos ou serviços ficaram privados da atividade laboral do trabalhador-instrutor (*colaboração técnica*) – quase em exclusivo –, comprometendo a sua respetiva missão⁸⁴. Bem alertam ABEL ANTUNES e DAVID CASQUINHA para o facto de ser pouco prudente consagrar uma regra de exclusividade e preferência na função de instrutor dada a diferenciação da complexidade e quantidade de processos que possam estar na esfera do trabalhador-instrutor⁸⁵.

Fiorillo | A. Maresca, Giuffrè Francis Lefebvre, Milão, 2019, pp. 77-79. A Administração tem o dever de colocar em funcionamento a força de trabalho para atingir objetivos institucionais desta mesma, do serviço público.

⁸⁴ Cumpre relemburar o Parecer do Conselho Consultivo da PGR 000382010, de 28.08.2015 (MANUELA FLORES), que nos refere “(...) o bem jurídico tutelado pelo direito disciplinar (público) é a capacidade funcional da Administração Pública (...) E não pode deixar-se de frisar ainda que o direito disciplinar, para além de tutelar a capacidade funcional da Administração, deve garantir os direitos dos trabalhadores, de acordo, aliás com o consagrado constitucionalmente”. Com o até aqui apontado, podemos afetar seriamente esta capacidade funcional da Administração pública pelo constrangimento real do funcionamento do órgão ou serviço; de igual modo, refere-se em ANDRÉ VAZ, “O poder disciplinar do Direito Administrativo e no Código do Trabalho – Semelhanças e diferenças”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.ºs 76, 77 e 78, CEJ, 2008, p. 198: “[q]uer no Direito Administrativo quer no Direito do Trabalho o exercício do poder disciplinar visa preservar o prestígio e a organização indispensáveis à prossecução do interesse público da Administração Pública – satisfação de necessidades da colectividade – e do bom desempenho económico das empresas, respetivamente. O elemento organizacional acaba por ser inevitavelmente prejudicado quanto aos meios humanos.

⁸⁵ Cfr. ABEL ANTUNES | DAVID CASQUINHA, *Direito disciplinar público...*, *ob. cit.*, 2018, pp. 586-587.



As origens destas dificuldades apontadas podem ser resumidas nas curiosas expressões de VASCO PEREIRA DA SILVA, sendo que tal exigência legal poderá mostrar-se algo esquizofrénica – na medida em que consagra uma eventual possibilidade daquilo que pretende evitar, agregando uma certa confusão administrativa⁸⁶. O problema não é, de facto, novo, trata-se de uma formulação com largas dezenas de anos, tendo sido mantida até ao dia de hoje⁸⁷. Porém, não deixa de ser curioso que, como vimos acima, MARCELLO CAETANO mencionava dilemas e riscos juslaborais de procedimentos disciplinares conduzidos internamente.

A nosso ver, trata-se de uma solução legal redutora que esquece a componente de preservação da paz social e da especialização e independência de instrutores externos. De referir que, por força das regras de contratação pública, o instrutor externo estaria sujeito à observância de diversos princípios e regras administrativos, nomeadamente a prossecução do interesse público.

A concentração da atividade instrutória na Administração Pública parece ser uma concretização excessiva do art. 269.º, n.º 1, da CRP, sendo o interesse público um “conceito-arma” que acompanha e

⁸⁶ Sobre as expressões empregues e para uma detalhada evolução do contencioso administrativo, v. VASCO PEREIRA DA SILVA, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise, Ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2.ª Edição, Almedina, 2013, pp. 9 e ss..

⁸⁷ Sobre uma abordagem histórico-teleológica do modelo originário, em matéria de procedimentos disciplinares nas funções públicas, v. Parecer da PGR n.º 19/2016, disponível em www.dre.pt.



destrói outros valores dentro desta especial relação de trabalho⁸⁸. É uma centralização da atividade instrutória nos órgãos e serviços da Administração Pública cujo fundamento reside num pensamento de que a mesma, e só esta, conhece ou pode conhecer os seus próprios assuntos – um velho dogma de superioridade da Administração Pública, de ser apenas esta o sujeito que poderá conhecer do interesse público.

Não se pode deixar de comentar, por isso, a antiga ideia de uma Administração que se julga a si mesma, de uma origem histórica “traumática” do Direito administrativo e do contencioso administrativo que pautava as relações de trabalho à data; marcada por uma defesa da Administração em detrimento dos administrados, um privilégio de execução prévia e de uma proclamada presunção de validade dos atos praticados por esta⁸⁹.

Neste caso, os próprios trabalhadores – da e na função pública – acusam os seus colegas de trabalho, dentro da própria Administração, no âmbito de um procedimento sancionatório público; concentrando a atividade instrutória numa lógica falível de que a Administração (por via dos seus subordinados) é o (único)

⁸⁸ Cumpre salientar que não se nega a diferenciação expressa ao nível constitucional, como consta do art. 269.º da CRP, cfr. LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO, *A privatização das relações de trabalho na Administração Pública – Direitos adquiridos ou arbítrio legislativo?*, Colóquios do STJ, 2010, pp. 1-2.

⁸⁹ Sobre esta última, arriscamos, até, indiciar uma certa relação familiar entre um “falecido princípio da presunção de validade das decisões administrativas” e o seu cônjuge sobrevivente de “um exclusivo da ação instrutória por quem integra a Administração Pública”, dada a romantização em validar a atuação de quem integra a função pública.



sujeito capaz de melhor compreender e realizar esta atividade, com independência e imparcialidade, prosseguindo o interesse público, longe outros tipos de interesses que os demais agentes externos possam deter.

Como tivemos a oportunidade de verificar, tal premissa não é inquestionável, nem isenta de críticas; exprime uma ideia de que os privados poderão prejudicar a missão da Administração Pública, sendo de desconfiar, à partida, da sua atuação, porque seriam incapazes de compreender o sentido, alcance ou o conteúdo do interesse público ou da defesa da legalidade. Por outras palavras, existiria uma presunção absoluta de conflitualidade de interesses e de desconhecimento da causa⁹⁰.

Mais se poderá dizer que a doutrina justificante para a atual solução parece incorrer num argumento algo falacioso. Refira-se que, para o efeito, a atividade instrutória (e as capacidades ou habilidades em realizar esta atividade) não se confundem com a atividade do trabalhador visado daquele órgão ou serviço, ou da atividade base que aquele trabalhador-instrutor executa antes de iniciar a instrução. A instrução configura uma atividade autónoma, com uma forte

⁹⁰ O argumento que, por vezes, encontramos de serem os trabalhadores da função pública as pessoas mais competentes e conhecedoras por laborarem no órgão ou serviço não merece os louros normalmente atribuídos. Nada obsta a que agentes privados ou externos sejam ex-funcionários de outros órgãos ou serviços, com atividades semelhantes ou análogas. Também não podemos olvidar o facto de encontrarmos nos agentes privados ou externos serviços especializados e altamente qualificados para o efeito, como serão os casos de prestação de serviços jurídicos.



componente jurídica⁹¹; adianta-se também, nesse seguimento, que parece ser ilusório o argumento de que uma instrução bem diligenciada requer a “presente estadia” naquele órgão ou serviço, com um “estatuto formal de trabalhador-público”. Não deve ser olvidado que os órgãos ou serviços da Administração Pública executam uma panóplia de atividades, mais ou menos complexas, com inúmeros temas, disciplinas e áreas do saber. Será que se justifica a obrigatoriedade de nomear um instrutor entre pares de um serviço ou órgão?

No ordenamento espanhol já se alertava para os perigos da garantia de imparcialidade do instrutor, funcionário público: “(...) *la propia imparcialidad del instructor es cuestionable. Primero, porque éste es nombrado por el propio órgano que incoa el procedimiento y que resolverá. Segundo, porque no siempre será fácil mantener una predisposición en favor de la neutralidad, sobre todo en aquellos casos en los cuales el alto funcionario que ha incoado el expediente muestre su intención o ánimo de sancionar al modesto funcionario inculpado*”⁹².

A referir, por fim, que o meio laboral na Administração Pública – em sentido amplo – não se encontra configurado do mesmo modo que o trabalho fora da função pública. Isto é, dada a estruturação organizacional dos serviços da Administração Pública, bem como a sua componente social, com uma vasta tradição enraizada na matriz portuguesa de cooperação e proximidade, os serviços estão

⁹¹ De outra forma não se justificaria a preferência pela atividade ser realizada por um sujeito com conhecimentos jurídicos.

⁹² Cfr. SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El régimen disciplinario de los funcionarios*, Revista Jurídica de Castilla y León, N.º 6, 2005, p. 110.



decididamente interligados, propiciando o contacto e união dos vários trabalhadores numa perspetiva inter e intra administrativa de cooperação institucional⁹³.

É, também assim, uma consequência jurídico-social da figura de auxílio administrativo (art. 66.º do Código do Procedimento Administrativo)⁹⁴ ou mesmo da mobilidade entre trabalhadores da função pública; o que poderá potencializar os episódios de eventuais novelas familiares e paixões de proximidade nos recursos humanos dos respetivos órgãos e serviços.

Com isso, não será estranho notar que os laços de conhecimentos – quiçá de (in)amizades – sejam mais comuns, do que nas carreiras profissionais fora da órbita da Administração Pública, um universo

⁹³ O que também resulta da própria natureza das coisas, uma vez que estamos diante de um grupo humano globalmente direcionado a um fim, que participarão, abstratamente, de uma forma coesa e eficiente. Para tal, é-lhes sempre exigido o diálogo, a colaboração e cooperação, para alcançarem esse determinado fim. No caso dos serviços administrativos – como organização permanente de atividades humanas, um grupo social (cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito ...*, Vol. II, *ob. cit.*, 1991, p. 800) – esta lógica estará sempre subjacente. Não serão raras as vezes em que, determinados departamentos ou quadros de pessoas coletivas ou serviços, diferentes, se articulam e cooperam.

⁹⁴ “Trata-se de um regime que prevê a possibilidade de o órgão competente para a decisão final no âmbito de um procedimento administrativo solicitar o auxílio de quaisquer outros órgãos da Administração Pública solicitando que este proceda a investigações, partilhe dados ou documentos em seu poder ou disponibilize pessoal ou meios técnicos”, cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, *O auxílio administrativo*, Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, Coord. CARLA AMADO GOMES, ANA FERNANDA NEVES e TIAGO SERRÃO, AAFDL, 2015, p. 303. E, do mesmo Autor, *Ibid.* pp. 315-319, é extraível da Constituição um princípio da cooperação interadministrativo.



manifestamente mais lato. Gerando, assim, um risco sensivelmente maior de se verificarem as dificuldades inicialmente enunciadas, prejudicando, ainda que de uma perspectiva meramente potencial, a missão de prossecução do interesse público pela Administração.

6. Do assédio laboral na função pública

O assédio laboral na função pública, ou, mais corretamente, a sua proibição, é tratada por remissão para o Código do Trabalho (art. 4.º, n.º 1, al. d), da LGTFP e art. 29.º do CT). Nesse sentido, constitui um dever de o empregador público adotar códigos de boa conduta para a prevenção e combate ao assédio no trabalho e instaurar procedimento disciplinar sempre que tiver conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho (art. 71.º/1, k) da LGTFP)⁹⁵.

A dimensão preventiva não é um exclusivo português. O Ac. do Tribunal Constitucional espanhol n.º 56/2019, de 6 de maio⁹⁶, analisou o assédio enquanto risco para a saúde do trabalhador; a doutrina espanhola tem acompanhado esta posição e, em consequência, aprofundar as perspetivas preventivas, não se

⁹⁵ O combate ao assédio é, assim, feito a duas velocidades: (i) assegurar o regular e bom funcionamento do serviço por via instrutiva ou recomendativa (elaboração dos códigos de conduta); e (ii) o restabelecer a ordem e confiança nos serviços por via repressiva.

⁹⁶ Publicado em *BOE N.º. 138, de 10 de junio de 2019*, cfr. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25922> (último acesso a 30.09.2021).



reconduzindo à efetiva materialização num resultado⁹⁷. Mais se indica, neste ordenamento, que condicionar o assédio (moral) a um cenário efetivamente concretizado (num resultado) iria esvaziar o sentido prático e útil da obrigação de prevenir riscos laborais, em especial aqueles de natureza psicossocial⁹⁸.

De regresso ao ordenamento português, a título de exemplo, segundo os dados da IGF, no seu relatório de atividades referente a 2018, foram recebidas 62 participações por alegadas práticas de assédio em contexto do trabalho na função pública, onde 62% destas foram apresentadas por mulheres e onde mais de metade ainda estava em processo de instrução no ano seguinte⁹⁹.

Estes dados, referidos a título meramente exemplificativo, permitem-nos inferir de um perigo específico que os trabalhadores da função pública enfrentam e, conseqüentemente, terão de lidar.

As dificuldades *supra* referidas serão especialmente mais intensas nos casos de assédio – moral ou sexual, horizontal ou vertical – no contexto organizativo da função pública, gerando controvérsias ao

⁹⁷ Cfr. SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Prevención y reparación del acoso laboral en el empleo público: La falta de asignación de tareas como factor desencadenante del riesgo psicossocial”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, N.º 4/2021, p. 6

⁹⁸ Como evidenciado e suscitado em. SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Prevención y reparación...*, ob. Cit., 2021, p. 6.

⁹⁹ Sendo que, no ano seguinte (2019), 55% destas, estavam ainda em processo de instrução por parte da entidade onde haviam sido relatadas tais práticas, Cfr. <https://observador.pt/2019/07/30/funcionarios-publicos-apresentaram-62-queixas-por-assedio-moral-em-2018/> (consultado pela última vez a 30.09.2021); para o acesso do documento em causa em sítio oficial, v. <https://www.igf.gov.pt/institucional1/instrumentos-de-gestao/relatorios-de-atividades.aspx> (consultado pela última vez a 30.09.2021).



nível da ação inspetiva para fins disciplinares e consequente responsabilização disciplinar.

É de se notar que o assédio, quer moral quer sexual, na função pública ou fora desta, é dificilmente conduzido pelos próprios trabalhadores de uma organização. Não meramente por aspetos jurídicos, relacionados com as exigências de imparcialidade e objetividade, mas por traços psicológicos e sociais bastante próprios que impactuam na atividade ou serviço no decorrer destes procedimentos algo morosos. A confrontação resultante de *parium iudicium*, nestes supostos ilícitos, não se revela adequada e poderá ser efetivamente prejudicial para a estrutura organizacional e aos fins a que esta está adstrita.

Os processos de investigação – que se querem necessariamente objetivos, independentes e confidenciais – poderão sair prejudicados, ainda assim, especialmente nos casos de assédio perpetuado por mais de um infrator. Por outras palavras, corre-se um sério risco de: (i) desproteger a vítima ao longo do procedimento; e (ii) não lograr a respetiva responsabilização e reforço da confiança no órgão ou serviço, na lógica de prevenção geral positiva.

O véu de interesse público não deverá prevalecer sobre estes cenários, nem poderá servir de manto, onde o bem jurídico do direito à integridade pessoal, moral e física, é sensivelmente escamoteado – enquanto bem jurídico com dignidade constitucional (art. 25.º da CRP) – e o direito dos trabalhadores à organização do trabalho em condições dignas, na valência da (re)estabilização e reafirmação da legalidade no serviço.

O art. 4.º do CPA é claro ao referir que a prossecução do interesse público, enquanto finalidade da Administração Pública, não pode



nem deve ser feita à custa ou com prejuízo injustificado dos direitos e interesses legítimos dos particulares – em especial, os seus direitos subjetivos.

Refira-se, por fim, que as situações de assédio na função pública assumem especial preocupação quando, no âmbito do inquérito após uma queixa ou denúncia, é possível manter o carácter sigiloso (obrigação de confidencialidade) da investigação levada a cabo; quer isto dizer que “a proteção do amigo” terá uma *ratio* de sucesso superior à já *supra* citada – destacando-se a possibilidade de emergir um “*processo kafkiano*” invertido: ao invés de uma pessoa não saber as razões que presidem ao seu processo, de acusação e condução deste, encontramos um queixoso ou denunciante que não vê o processo a ser conduzido, nem contra quem, nem a razão ou porquê (especialmente o porquê de nada ser feito).

No Ac. do Tribunal Geral (Primeira Secção) de 13.07.2018¹⁰⁰, encontramos, precisamente um destes riscos enunciados: a recusa de instaurar a ação disciplinar ao autor dos mencionados comportamentos, numa situação de assédio moral, encerrando o inquérito com o apuramento dos factos constitutivos de assédio.

Outro alerta poderá ser conferido, no que se refere ao conhecimento de assédio no local de trabalho por entre os pares. Num caso extremo, de assédio sexual e da sua respetiva investigação, entre pares na Administração Pública, pode revelar-se mais sensível para a vítima do que no universo que consta para a realidade do

¹⁰⁰ Cfr. proc. T-377/17, Coletânea de Jurisprudência, ECLI:EU:T:2018:478 disponível em www.eur-lex.europa.eu.



contrato de trabalho.

7. Crítica de iure condendo: os vários testes à admissibilidade do “instrutor privado”

7.1. Colocação da questão

Uma passagem inegável, que não pode ser descurada neste escólio, prende-se com a “privatização”¹⁰¹ das relações de trabalho na Administração Pública, que pode ser um argumento a ter em conta. Por outras palavras, a privatização das relações de trabalho com escopo na vertente disciplinar – com a abertura aos “instrutores privados” – pode ser um caminho a estudar e aprofundar.

Também não nos parece que a Administração esteja constitucionalmente proibida de recorrer à contratação privada no âmbito laboral (art. 269.º da CRP), para a realização dos seus serviços e assegurar o cumprimento das suas obrigações. O mesmo sucederá no caso de a mesma necessitar de lançar mão da ação disciplinar – dado que o exercício disciplinar é, em si, um reforço e uma garantia do funcionamento de determinado serviço – pelo que será possível imaginar.

A tendência de aproximação ao regime privado, porém, carece de uma confirmação interpretativo-aplicativa de acordo com a dogmática juslaboral à luz da CRP, com os valores e princípios que

¹⁰¹ Neste sentido, não só do ponto de vista regimental e substantivo, como das próprias terminologias empregues pelo empregador em sede de procedimento disciplinar, VASCO CAVALEIRO, *O poder disciplinar ...*, *ob. cit.*, 2018, p. 15.



conformam o Direito do trabalho da Administração Pública¹⁰².

Esta referida abertura pode (e deve) ser perspectivada em diversos planos: (i) das garantias oferecidas ao trabalhador em funções públicas; (ii) do próprio serviço providenciado pelo empregador público; (iii) da sua integridade e bom funcionamento; (iv) bem como do cumprimento das suas obrigações.

Um dos primeiros “testes” a realizar, passa por saber quais as garantias que assistem ao trabalhador visado por um procedimento disciplinar. De seguida, compreender em que medida as suas garantias poderão ser diminuídas por conta da nomeação de um “instrutor privado”.

7.2. Da presunção de inocência, da audiência e da defesa

Inultrapassável nesta querela, está o princípio *in dubio pro reo*¹⁰³ e a presunção da inocência, quer por força da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.º) ou pela CRP (arts. 38.º, 268.º e

¹⁰² Sem esquecer os comandos constitucionais da proibição do arbítrio na liberdade de conformação legislativa, Cfr. LINO JOSÉ BAPTISTA RODRIGUES RIBEIRO, *A privatização das relações de trabalho na Administração Pública – Direitos adquiridos ou arbítrio legislativo?*, Colóquios 2010 da Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, 2012, p. 1.

¹⁰³ Com relevância, v. PAULO SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Reimpressão da Edição de 2013, Almedina, 2017, p. 222, “(...) significa que a dúvida sobre os pressupostos de facto da decisão a proferir deve ser valorada a favor da pessoa visada pelo processo”; sobre a maior favorabilidade e aplicação deste princípio, v. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2.ª Edição, Almedina, 2016, pp. 180-182.



269.º). Importa lembrar a natureza (pública) do empregador em causa, sendo que este desencadeia um conjunto sequencial de atos com uma pretensão (potencialmente) sancionatória, com finalidades punitivas. Será óbvio que os poderes públicos estão submetidos a estes princípios¹⁰⁴.

Com relação a este aspeto, não podemos deixar de referir que um instrutor privado estaria num plano de pura equivalência diante de um trabalhador em regime de funções públicas: com a mesma obrigação de tratar como inocente aquele suspeito quando não exista uma certeza definitiva¹⁰⁵. Deste modo, é sempre garantido um processo equitativo e justo, bem como o exercício do direito ao contraditório. Dada a natureza fundamental e análoga a direitos, liberdade e garantias, estamos no âmbito do art. 18.º da CRP¹⁰⁶.

Transmutam-se para este ponto o que resulta do art. 32.º, n.º 10, da CRP, com devidas adaptações ao contexto administrativo, dado que estamos diante de um procedimento sancionatório de natureza pública, como já havíamos observado, ou por via direta do art. 269.º, n.º 3, da CRP, que vem a assegurar o direito de defesa e audiência do

¹⁰⁴ Cfr. PAULO VEIGA E MOURA, *A presunção de culpabilidade no processo disciplinar público*, O Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas, Advogados e Magistrados Judiciais, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, Coord. Pedro Fernández Sánchez e Luís M. Alves, AAFDL, 2020, p. 44.

¹⁰⁵ Na senda do Ac. do TEDH de 30.03.2010 *Poncelet v. Belgium*, proc. 44418/07, disponível em www.hudoc.echr.coe.int, embora sobre o inquérito administrativo diante de um funcionário, a evitar as chamadas “*opinions that were biased against the accused from the beginning of the administrative inquiry*”.

¹⁰⁶ Cfr. GOMES CANOTILHO | VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II, Artigos 108º a 296º*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 841.



trabalhador visado pelo procedimento disciplinar¹⁰⁷.

7.3. Da garantia de imparcialidade

Sobre a garantia de imparcialidade, é exigido ao instrutor que este não tome partido em quaisquer assuntos do serviço, seja em desfavor de outrem ou do serviço público – que este seja neutro, desinteressado do assunto e não atue discriminatoriamente, a favor de uns e em detrimento de outros.

Nos termos do art. 266.º, n.º 2, da CRP, do art. 9.º do CPA¹⁰⁸, bem como do art. 73.º, n.º 2, al. c), da LGTFP¹⁰⁹, é imposto um “dever de agir de forma isenta e equidistante no que toca aos interesses em presença nos casos sobre os quais têm de decidir”¹¹⁰. Este princípio

¹⁰⁷ Como refletido em PEDRO SÁNCHEZ, *Nota sobre o enquadramento ...*, Ob. Cit., 2020, p. 9; com a aplicação direta do art. 32.º/10; MIGUEL LUCAS PIRES, *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, 2013, p. 167.

¹⁰⁸ Vejam-se, ainda, as garantias que constam dos arts. 69.º a 76.º do CPA.

¹⁰⁹ Deve ser, a nosso ver, articulado com o art. 73.º, n.º 2, al. b), da LGTFP, sendo ténue a linha que separa o dever de isenção do dever de imparcialidade nestes casos onde ambos entram numa relação de concorrência simultânea.

¹¹⁰ Cfr. FRANCISCO PIMENTEL, *Direitos e deveres ...*, ob. cit., 2015, pp. 64 e 154; a imparcialidade surge-nos não só como uma garantia do trabalhador visado pelo procedimento disciplinar, mas também como um dever geral de atuação por parte dos outros trabalhadores sujeitos ao regime da função pública. Portanto, pode-se apontar um reflexo bivalente da imparcialidade que se perde com a nomeação de um instrutor privado. Não se revela verdadeiro, no entanto, inferir que a garantia de imparcialidade desaparece com a nomeação de um instrutor privado, dado que



está intimamente conectado com a vinculação ao interesse público, visando a estrita prossecução objetiva deste, à luz do princípio da legalidade administrativa; o regime de exclusividade diante da Administração Pública reforça a plena disponibilidade do trabalhador para com esta e assegura que não existam eventuais conflitos de interesse (públicos e privados)¹¹¹.

Em abstrato, não se poderá dizer que – na eventual nomeação de um “instrutor privado” – exista um risco substancialmente gravoso para o cumprimento deste dever, devendo, em todo o caso, ser alegado, demonstrado e confirmado num juízo em concreto.

Parece-nos que as garantias – mesmo aquelas consagradas para o Direito processual penal, que a CRP possa impor numa aplicação, direta, simbiótica ou mesmo reflexiva – não saem prejudicadas com a referida nomeação. Não nos parece bastante, aliás, que a natureza jurídica do vínculo de trabalho (de Direito privado) seja argumento para obstaculizar a entrada ou criar uma barreira de “estranhos à função pública”.

Poderá ser dito que um “instrutor privado” pode ter interesses que afetam a sua isenção – pelo simples facto de não estar estabelecido com um vínculo de emprego público – e que, por isso, deve *ab initio* ser vedado o seu acesso ao papel de instrutor. Parece-

a entidade competente para a efetiva punição – o empregador público – continua a estar vinculado a este dever de imparcialidade, bem como é constitucionalmente exigido pela CRP a garantia de imparcialidade em qualquer procedimento sancionatório de natureza pública. Em suma, a imparcialidade, como garantia, nunca desaparece ou nunca deverá desaparecer.

¹¹¹ Cfr. ANA CATARINA SÁ GOMES DE MELO MATOS SALGADO, *O contrato de trabalho em funções públicas*, Dissertação de Doutoramento pela FDUL, 2015, pp. 87-88.



nos um raciocínio excessivo, na medida em que tais interesses indesejados são, igualmente, suscetíveis de ocorrer nos demais trabalhadores que a lei hoje aceita. A presunção absoluta de que existe sempre um fundamento de suspeição é desprovida de sentido. Será mais provável encontrar relações de amizade ou inimizade dentro do órgão ou serviço – enquanto complexo organizativo e produtivo dotado de recursos humanos que laboram num meio relativamente fechado – do que com o recrutamento externo de um instrutor equidistante do órgão ou serviço e do trabalhador visado.

Parece-nos, até, uma subversão do princípio de que se presume a imparcialidade do instrutor, dado que o legislador presume a parcialidade dos agentes externos à Administração Pública.

O “instrutor externo à função pública”, não só não prejudica o funcionamento do órgão ou serviço, como poderá cumprir, com maior eficácia, o seu mandato de forma autónoma, reduzindo os esforços de outros órgãos ou serviços da Administração Pública. O foco que tecemos, relativamente ao assédio laboral na função pública, seria igual e sensivelmente diluído.

Com a solução proposta, o incidente de suspeição careceria, no entanto, de ser sempre motivado, mediante “uma justificação objetiva fornecida pelo requerente e não alicerçada em convencimentos subjetivos”¹¹². Caberá, no fundo, indagar pela animosidade, pessoal ou profissional, diante do trabalhador

¹¹² Cfr. FRANCISCO PIMENTEL, *Direitos e deveres ...*, ob. cit., 2015, p. 126, na linha do Ac. do STA de 01.03.2011 (FERNANDA XAVIER), proc. 1231/09, disponível em www.dgsi.pt.



visado¹¹³. O instrutor privado teria, todavia, de apreciar “(...) a ocorrência de factos suscetíveis de configurar infração disciplinar, mas sobretudo, sobre o seu circunstancialismo, quer subjetivamente em relação ao trabalhador a quem são imputados os factos, quer às circunstâncias objetivas e subjetivas em que tais factos ocorrem”¹¹⁴.

Não obstante a notoriedade, é de se referir que a instauração do procedimento, bem como a efetiva aplicação e execução da sanção disciplinar não cabem ao instrutor (privado), mas antes ao empregador público investido dessa mesma competência e dever (arts. 76.º e 188.º, n.º 1, al. a), da LGTFP)¹¹⁵. Esta clara separação – entre o ato de propor e o de efetiva aplicação – evidencia que, em

¹¹³ Sobre este critério de atuação com animosidade e a violação do princípio da imparcialidade, v. a argumentação, utilizada a propósito da suspeição do instrutor, no Ac. do TCA Norte de 12.10.2012 (ANTERO PIRES SALVADOR), proc. 01266/04.2BEVIS, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁴ Utilizando por empréstimo o raciocínio e as palavras empregues por VANDA COUTINHO, *Infração disciplinar e sanção disciplinar*, 2018, p. 656, apesar de se referir, porém a diligências anteriores ao procedimento disciplinar, por maioria de razão as mesmas considerações são aplicáveis durante o mesmo.

¹¹⁵ “O exercício do poder disciplinar pelo empregador público, quer na vertente do exercício da ação disciplinar, quer na vertente da aplicação de sanções disciplinares por consequência do primeiro, visando assegurar o regular e bom funcionamento dos serviços públicos, constitui um dos principais instrumentos do empregador público para garantir o cumprimento dos deveres e obrigações por parte dos seus trabalhadores”, Cfr. VANDA COUTINHO, *Infração disciplinar e sanção disciplinar*, 2018, p. 651; do mesmo modo, o possível arquivamento do processo caberá a esta entidade e não ao instrutor, dado que este último apenas propõe (arts. 213.º e 219.º, n.º 1, da LGTFP). Nesta proposta em sede de relatório final, todavia, deverá o instrutor fixar as razões que levaram ao arquivamento (a propósito do relatório de arquivamento e prescrição, v. VASCO CAVALEIRO, *O exercício do poder disciplinar ...*, *Ob. Cit.*, 2020, p. 19).



termos genéticos e no plano subjetivo do exercício disciplinar, o empregador público continua a apresentar-se como “sujeito ativo” da ação disciplinar e o trabalhador como “sujeito passivo” e alvo das medidas eventualmente aplicadas¹¹⁶. Mais se poderá dizer que os atos praticados durante a instrução não possuem a estrita natureza sancionatória.

Dito de outro modo, – e já tendo sido firmado pela jurisprudência nacional – esta intervenção e decisão disciplinar dessa atividade administrativa continua(ria) a pertencer à esfera da Administração Pública e não dos agentes privados que, atualmente, se encontram presumidamente corrompidos pelos seus interesses privados¹¹⁷. O que a LGTFP opera, diferentemente ao referido, é o tratamento separado da titularidade e do exercício do poder disciplinar (arts. 76.º e 176.º e ss. da LGTFP), estando em linha de conta com a

¹¹⁶ “O relatório final mais não consubstancia do que uma proposta do instrutor do processo que não é vinculativa para o órgão decisor (o CSM)”, cfr. Ac. do STJ de 22.02.2017 (ISABEL PAIS MARTINS), proc. 17/16.3YFLSB, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁷ Cfr. Ac. do STA de 13.03.2003 (ADELINO LOPES), proc. 038465, disponível em www.dgsi.pt, “em processo disciplinar, o titular da acção disciplinar não é o instrutor do processo e a qualificação que ele faça do facto e a sanção que proponha, só tem existência jurídica quando tal parecer/proposta seja devidamente homologado pelo superior hierárquico do funcionário com competência para punir”. Do mesmo modo, referiu-se no Ac. do TCA Sul de 11.04.2013 (PAULA PEREIRA GOUVEIA), proc. 06170/10, disponível em www.dgsi.pt (ECLI:PT:TCAS:2013:06170.10.FE, cfr. www.jurisprudencia.csm.org.pt): “[a] opinião final do instrutor do p.d. sobre a pena concreta a aplicar não integra e não subordina a decisão punitiva, pelo que a omissão daquela opinião não afeta a validade de uma decisão punitiva devidamente fundamentada”.



sistemática do Direito do Trabalho¹¹⁸.

Poderá ser elevado a argumento que o instrutor privado pretende – ou poderá vir a – ocupar determinada vaga, deixada pelo trabalhador que haja terminado a sua ligação com o empregador público, em virtude do procedimento disciplinar. E que, por isso, estará em causa uma participação em questões onde o instrutor tenha interesse pessoal (direto ou indireto). Mas tal seria desprovido de sentido pelo seguinte conjunto de motivos: (i) o acesso à função pública seria, em todos os casos, feito através de um concurso público; (ii) não se pode, com base nesse argumento, negar o acesso à função pública; e (iii) seria ilegítimo limitar a liberdade de trabalho sem argumentos mais ponderosos e com igual dignidade constitucional.

7.4. Vinculação ao interesse público

Não podemos deixar de fazer o apontamento para o facto de os agentes privados poderem estar ao serviço do interesse público e vincularem-se perante este, “em exclusivo” e não imiscuindo os seus próprios interesses particulares¹¹⁹.

A Administração Pública poderia, no limite, proceder à fixação de cláusulas contratuais que assegurassem o devido cumprimento das

¹¹⁸ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado ..., Parte IV, ob. cit.*, 2019, p. 612, a mesma Autora aponta a similitude entre em termos conceptuais do poder disciplinar do empregador público e do empregador comum.

¹¹⁹ São inúmeros os exemplos em que os particulares se vinculam ao interesse público, agindo no interesse da Administração Pública e da Comunidade (v.g. o trabalho prestado em mesas de voto, para fins eleitorais).



tarefas ao sabor das suas finalidades, nomeadamente através da fixação de cláusulas penais, bem como acordos de confidencialidade e cláusulas de exclusividade do serviço¹²⁰. Dissuadindo, assim, o incumprimento dessas mesmas tarefas, garantindo o seu pleno empenho e dedicação, bem como o sigilo profissional da Administração Pública.

Diga-se que, de todo o modo, existirá sempre uma responsabilidade (civil, penal e disciplinar) pela prática de tais atos, contrastantes com o interesse público – e aqui estão em causa não só aqueles praticados pelos “instrutores privados”, como pelos próprios trabalhadores em funções públicas¹²¹.

O art. 266.º da CRP esclarece, no entanto, que o limite positivo se expressa na obrigatoriedade de prosseguir o interesse público, mas que deve ser contabilizado com um outro limite, negativo, traduzido no respeito pelos direitos e interesse legítimo dos cidadãos¹²² – neste caso, dos trabalhadores-cidadãos da função pública. E por fim, o art. 267.º, n.ºs 1, 2 e 5, da CRP, diz respeito não só à atividade administrativa, como também à organização da Administração Pública, visando um serviço efetivo e eficiente (eficiência,

¹²⁰ É o que parece ser mais conforme ao art. 269.º, n.º 5, da CRP, impedindo que, durante todo o exercício de atividade do instrutor, o prestador externo se encontre impedido de exercer atividades privadas que possam conflitar com a dedicação ao interesse público ou com o próprio cumprimento dos horários e tarefas da função pública, cfr. GOMES CANOTILHO | VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, Volume II, *ob. cit.*, 2010, p. 842.

¹²¹ Veja-se, em especial, os arts. 372.º a 386.º do Código Penal, um bloco normativo dedicado aos crimes cometidos no exercício de funções públicas.

¹²² Cfr. GOMES CANOTILHO | VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, Volume II, *ob. cit.*, 2010, p. 795.



economicidade, profissionalismo e excelência como interesse público¹²³) – a Administração Pública organizada, preparada e funcional para os particulares. A solução atualmente consagrada levanta sérias dúvidas, em especial, quando se revela necessário importar outros trabalhadores em funções públicas, de outros serviços para o fim de realizar a instrução, prejudicando a atividade desses órgãos ou serviços e/ou sobrecarregando os colegas de trabalho do trabalhador-instrutor – será esta solução consentânea com o imperativo constitucional de renovação das estruturas e métodos de funcionamento, quando há uma alocação de recursos humanos em tarefas facilmente operacionalizadas por agentes externos, que não sacrificam qualquer outro serviço de um empregador público? Para que lado jogará o interesse público?

O princípio geral da boa administração (art. 5.º do CPA) parece impor o dever da Administração Pública se organizar e racionalmente aproveitar os meios que dispõe, nomeadamente os seus recursos humanos diante dos desafios que o quotidiano exige.

8. Notas finais

A Administração Pública reservou para si as competências instrutórias em sede do procedimento disciplinar– não admitindo, em resultado, a ingerência de instrutores “privados ou externos” aos órgãos e serviços públicos, mas apenas a intervenção de pessoas externas na qualidade de secretários ou de técnicos. Tal construção

¹²³ Cfr. GOMES CANOTILHO | VITAL MOREIRA, *Constituição ...*, Volume II, *ob. cit.*, 2010, p. 796.



legislativa tem vindo, no seu geral, tem vindo a sobreviver às várias alterações legislativas e a ruturas constitucionais.

O interesse público, coadjuvado da garantia de imparcialidade, é tido como um verdadeiro trunfo na opção legislativa, embora se revele questionável e falível como pilar estruturante da solução tradicional.

O instrutor ocupa um lugar nuclear no “xadrez disciplinar” da função pública. Por conseguinte, exigia-se uma solução que, sem colocar em causa a presunção de inocência, os direitos de audiência e defesa, as garantias de imparcialidade e a vinculação ao interesse público, criasse as condições para assegurar a confidencialidade, a equidistância, a disponibilidade de recursos, os conhecimentos técnicos, bem como reduzir os riscos de criação ou agravamento de climas de trabalho conflituosos e instáveis, de sobrecarga dos colegas do trabalhador-instrutor e de prejuízo do normal funcionamento do órgão ou serviço.

Esta nova solução normativa é, particularmente, importante no âmbito da prevenção e combate ao assédio. Uma “instrução entre pares” pode revelar-se prejudicial para a eficácia e eficiência do órgão ou serviço; trata-se de uma situação peculiar que, na esmagadora maioria das vezes, exigirá a chamada de um instrutor externo de outro órgão ou serviço público. A contratualização de um prestador de serviços privado – externo ao mundo da Administração Pública em sentido amplo – seria a solução que mais garantias poderia oferecer, sem comprometer o fim a que o empregador público se compromete, em nome do interesse público.

Um instrutor privado ou externo passa, com sucesso, nos vários testes de admissão, sob o escrupuloso crivo das garantias oferecidas



pela nossa CRP. Em bom rigor, as garantias e finalidades legais podem ser prosseguidas com maior eficácia e eficiência.

David Carvalho Martins

Tiago Sequeira Mousinho