

Tribunal da Relação de Lisboa
Processo nº 4281/13.1TTLSB.L1-4

Relator: JERÓNIMO FREITAS

Sessão: 27 Maio 2015

Número: RL

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: APELAÇÃO

Decisão: CONFIRMADA A DECISÃO

ABANDONO DE TRABALHO

PRESUNÇÃO

ÓNUS DA PROVA

Sumário

I. São pressupostos da cessação do contrato por parte da entidade empregadora, com base em abandono do trabalho os seguintes: i) ausência injustificada do trabalhador ao serviço; ii) que essa ausência seja, acompanhada de factos concludentes no sentido de que o trabalhador não tem intenção de retomar o trabalho ou que o período de ausência seja de, pelo menos, 10 dias úteis seguidos sem que seja comunicado o motivo da ausência, caso em que funciona a presunção de abandono estabelecida no nº 2;iii) que a entidade patronal comunique a cessação do contrato por carta registada com aviso de recepção para a última morada conhecida do trabalhador.

II. O facto indiciário sobre o qual assenta a presunção de abandono do trabalho (art.º 403.º/2 CT/09) consiste da ausência desacompanhada da falta de comunicação do motivo da mesma.

III. E, uma vez verificados esses factos, cabe ao trabalhador ilidir a presunção, isto é, a intenção de não retomar o trabalho, “mediante prova da ocorrência de motivo de força maior impeditivo da comunicação ao empregador da causa da ausência” (art.º 404.º/4).

IV. Segundo o regime de faltas estabelecido com natureza imperativa na lei (art.º 250.º), sobre o trabalhador recai o dever de comunicar a sua ausência, acompanhada do motivo justificativo, com a antecedência mínima de cinco dias, quando seja previsível (art.º 253.º 1). E, quando tal antecedência não possa ser respeitada, “nomeadamente por a ausência ser imprevisível com a antecedência de cinco dias, a comunicação ao empregador é feita logo que possível (n.º2, do mesmo artigo).

V. Objectivamente a Ré viu-se confrontada com a ausência ao serviço da

Autora, a quem não autorizara a alteração do período de férias nem a licença sem vencimento, a partir de 8 de Junho de 2013, quando aquela começou a faltar. Nesse contexto, se a Autora, embora não autorizada a ausentar-se quer em férias quer em licença sem vencimento, faz tábua rasa da posição do empregador e falta consecutivamente durante mais de um mês sem apresentar qualquer justificação, a este assiste o direito a presumir que este comportamento indicia a vontade de denunciar o contrato de trabalho.

VI. Se a lei faz recair sobre o trabalhador o dever de comunicar e justificar a sua ausência, sob cominação expressa de caso não o faça se considerar a ausência injustificada (n.º 5, do art.º 253.º), exigir ao empregador, para além da prova da ausência daquele ao serviço “durante pelo menos, 10 dias úteis seguidos”, que prove igualmente não ter sido “informado do motivo de ausência”, seria impor-lhe a prova de que o trabalhador não cumpriu aquele dever, o que se traduziria numa inversão do ónus de prova.

(Elaborado pelo Relator)

Texto Parcial

ACORDAM NA SECÇÃO SOCIAL DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

I.RELATÓRIO

I.1 No Tribunal do Trabalho de Lisboa, AA instaurou presente acção emergente de contrato individual de trabalho, com processo comum, contra BB, LDA, que veio a ser distribuída ao 4.º juízo - 2ª secção, pedindo a condenação desta ré no seguinte:

- a) no pagamento das diuturnidades que deveriam ter sido pagas à A durante o tempo em que prestou trabalho para a empresa e que ascendem a € 443,26, acrescidas dos respectivos juros de mora, desde o vencimento de cada uma das prestações salariais até efectivo e integral pagamento;
- b) no pagamento da indemnização por prestações intercalares a que a A tem direito desde a data do despedimento até ao transito em julgado da decisão que declare a ilicitude do despedimento, que perfazem, até 31 de Dezembro de 2013, o montante total de € 4.418,91, acrescido de juros de mora vencidos e vincendos, até efectivo e integral pagamento, calculados à taxa legal em vigor;
- c) no pagamento da indemnização em substituição da reintegração no valor total de € 6.118,20, acrescida de juros de mora a contar desde a citação até efectivo e integral pagamento;

d) ainda no pagamento dos proporcionais de remuneração e férias, subsídio de férias e subsídio de Natal do ano de cessação do contrato;

e) a entregar a certidão do Óbito do seu pai (documento original), documento este que a R se recusou a devolver à A.

Para sustentar o pedido alega, em síntese, o seguinte:

- Nunca lhe foram abonadas pela Ré, no decurso da relação de trabalho as diuturnidades a que tem direito, por estarem previstas na Convenção Colectiva de Trabalho outorgada pela Associação de Empresas e Prestação de Serviços de Limpeza e Actividades similares e o Sindicato dos Trabalhadores de Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Doméstica e Profissões Similares e Actividades Diversas e Outros, publicado no BTE n.º 12, de 29.03.2004, aplicável à relação laboral por imposição da Portaria de Extensão n.º 478/2005, de 13 de Maio.

- Foi despedida ilicitamente, a pretexto de ter abandonado o trabalho;

- A Ré não lhe pagou os proporcionais de férias, subsídio de férias e subsídio de Nata relativos ao ano da cessação do contrato de trabalho (2013);

- A Ré não lhe fez a devolução da certidão do Assento de óbito do pai de seu pai.

Recebida a petição inicial e citada a ré, realizou-se audiência de partes, que não alcançou a conciliação entre aquelas, tendo a ré sido notificada para contestar a acção.

No prazo legal a Ré deduziu contestação, impugnando os factos alegados pela A. e pugnando pela improcedência da acção.

Dispensada a realização de audiência preliminar, foi proferido despacho saneador que concluiu pela validade e regularidade da instância.

Foi dispensada a selecção da matéria de facto, vindo posteriormente a ser designada data para a realização da audiência de discussão e julgamento.

Procedeu-se à realização da audiência de julgamento com observância do formalismo legal, tendo sido fixada a matéria de facto.

I.2 Subsequentemente foi proferida sentença, culminando com o dispositivo seguinte:

- «*Face ao exposto, julgamos a presente acção parcialmente procedente, por provada apenas em parte, e em consequência condenamos a R a pagar à A a quantia que se vier a apurar em liquidação de sentença a título de proporcionais de férias, subsídio de férias e subsídio de Natal de 2013, absolvendo-a do demais peticionado.*

Custas por A e R, na proporção do respectivo decaimento, sem prejuízo do apoio judiciário de que a primeira beneficia – artigo 527.º do Código de Processo Civil.

(..).»

I.3 Inconformada com essa decisão, a A. apresentou recurso de apelação, o qual foi admitido com o modo de subida e efeito próprios. As alegações foram concluídas nos termos seguintes:

(...)

I.4 A Recorrida apresentou contra alegações, mas sem as finalizar com conclusões. No essencial alega o seguinte:

(...)

I.5 O Digno Magistrado do Ministério Público emitiu parecer nos termos do art.º 87.º3, do CPT, pronunciando-se no sentido da improcedência do recurso.

I.6 Foram colhidos os vistos legais.

I.7 Delimitação do objecto do recurso

Sendo o objecto do recurso delimitado pelas conclusões das alegações apresentadas, salvo questões do conhecimento oficioso, os argumentos invocados pela recorrente reconduzem-se às questões de saber se o Tribunal *a quo* errou o julgamento quanto ao seguinte:

i) Na fixação da matéria de facto provada, porque deveria ter considerado provado que “*A R. sabia que a A. solicitou a suspensão do contrato de trabalho por 3 meses para viajar para a Guiné*”.

ii) Na aplicação do direito aos factos, ao considerar que a A. abandonou o trabalho, fazendo uma incorrecta aplicação do art.º 403.º do CT.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1 MOTIVAÇÃO DE FACTO

(...)

II. 2 Reapreciação da matéria de facto

(...)

II.3 MOTIVAÇÃO DE DIREITO

A questão colocada pela recorrente consiste em saber se a decisão recorrida errou o julgamento na aplicação do direito aos factos, fazendo uma incorrecta aplicação do art.º 403.º do CT, ao considerar que abandonou o trabalho e, logo, que a Ré fez cessar validamente o contrato de trabalho.

Vejamos o essencial sobre a figura do abandono de trabalho.

O artigo 403.º, com a epígrafe “Abandono de trabalho”, estabelece o seguinte:

[1] *Considera-se abandono do trabalho a ausência do trabalhador ao serviço acompanhada de factos que, com toda a probabilidade, revelem a intenção de o não retomar.*

[2] *Presume-se abandono do trabalho a ausência do trabalhador ao serviço durante, pelo menos, dez dias úteis seguidos, sem que o empregador tenha recebido comunicação do motivo da ausência.*

[3] *O abandono do trabalho vale como denúncia do contrato só podendo ser invocado pelo empregador após comunicação ao trabalhador dos factos constitutivos do abandono ou da presunção do mesmo, por carta registada com aviso de recepção para a última morada conhecida deste.*

[4] *A presunção estabelecida no n.º2 pode ser ilidida pelo trabalhador mediante prova da ocorrência de motivo de força maior impeditivo da comunicação da ausência.*

[5] *Em caso de abandono do trabalho, o trabalhador deve indemnizar o empregador nos termos do artigo 401.º.*

Consagra-se nesta disposição uma causa de extinção da relação laboral, reconduzida a um caso especial de denúncia irregular ou ilícita pelo trabalhador, dependente de invocação pelo empregador. A irregularidade ou ilicitude da denúncia decorre da falta de comunicação do trabalhador ao

empregador, feita por escrito, da vontade de por sua iniciativa fazer cessar o vínculo laboral, nos termos previstos no art.º 400.º, do CT/2009.

Nas palavras de António Monteiro Fernandes, o abandono de trabalho constitui, assim, uma “(..) *hipótese particular de cessação do contrato de trabalho considerada na lei como imputável ao trabalhador*”, sendo a figura construída “*sobre um certo complexo factual, constituído pela ausência do trabalhador e por factos concludentes no sentido da existência da «Intenção de não o retomar» (art.º 403.º/1)*”. Prossegue explicando que “*Tendo-se por verificado o abandono, a lei faz-lhe corresponder o efeito de uma denúncia sem aviso prévio (n.º3)*”, realçando que “*Todavia, tal efeito só se produz mediante «comunicação ao trabalhador dos factos constitutivos do abandono ou da presunção do mesmo», comunicação a remeter para a última morada conhecida (do trabalhador)*» [Direito do Trabalho, 14.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 650].

Na mesma linha de entendimento, Pedro Romano Martinez escreve que o «*(..) abandono do trabalho constitui uma denúncia ilícita que importa responsabilidade para o trabalhador, nos mesmos termos estabelecidos para a denúncia sem aviso prévio*», sendo certo que, neste caso, «*(..) a denúncia manifesta-se mediante um comportamento concludente, a ausência do trabalhador ao serviço*», verificando-se “*uma denúncia tácita resultante da falta de comparência ao serviço*», acrescentando que, «*apesar de não resultar expressamente da norma, o contrato de trabalho cessa a partir da data do início do abandono, pelo que a declaração do empregador é uma confirmação (imprescindível), com eficácia retroactiva, da extinção do vínculo*» [Direito do Trabalho, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 948-949].

É entendimento corrente e pacífico, quer da doutrina quer da jurisprudência, serem pressupostos da cessação do contrato por parte da entidade empregadora, com base em abandono do trabalho os seguintes:

- Ausência injustificada do trabalhador ao serviço;
- Que essa ausência seja, acompanhada de factos concludentes no sentido de que o trabalhador não tem intenção de retomar o trabalho ou que o período de ausência seja de, pelo menos, 10 dias úteis seguidos sem que seja comunicado o motivo da ausência, caso em que funciona a presunção de abandono estabelecida no nº 2;

- Que a entidade patronal comunique a cessação do contrato por carta registada com aviso de recepção para a última morada conhecida do trabalhador.

[Cfr., entre outros, o Acórdão do STJ de 26-03-2008, proc.º 07S2715, Mário Pereira; e, desta Relação e Secção, de 21-01-2009 e 11-05-2011, proferidos, respectivamente, no Proc.º 8810/2008-4, Hermínia Marques e no Proc.º 338/10.9TTTVD.L1-4, Isabel Tapadinhas, todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>]

Atentemos nesses pressupostos com maior detalhe.

A ausência injustificada do trabalhador ao serviço, pelo menos pelo período de 10 dias seguidos, é a base factual em que assenta o abandono de trabalho, mas não é suficiente para permitir ao empregador a invocação do abandono de trabalho. Com efeito, é também necessário que cumulativamente a ausência ocorra num contexto circunstancial que indicie a vontade do trabalhador de não voltar ao trabalho, isto é, de pôr termo ao contrato de trabalho.

Assim, como elucida Pedro Furtado Martins, “ (...) o empregador não pode invocar o abandono do trabalho, quando conhece ou tem obrigação de conhecer que a ausência, mesmo que prolongada, se deve a outros motivos que não a vontade do trabalhador terminar o contrato. (...) Em suma, desde que o empregador tenha ou deva ter conhecimento do motivo subjacente à não-comparência ao serviço, não pode dizer-se que a ausência revela a intenção do trabalhador de não retomar o trabalho.” [Cessação do Contrato de Trabalho, 3.ª Edição, Principia, Cascais, 2012, p. 553].

Como o mesmo autor assinala, nesse sentido pronunciou-se já a jurisprudência dos tribunais superiores, por exemplo, nos acórdãos seguintes: da Relação de Coimbra, de 12 de Março de 1997, CJ, 1997,II, 67-70, e de 17 de Fevereiro de 2000, CJ, 2000, I, 70-71; da Relação de Évora, de 1 de Outubro de 1996, CJ, 1996, IV, 309 -311.

Verificando-se a ausência ao serviço, pelo menos por dez dias consecutivos, seguidos, sem que o trabalhador tenha comunicado ao empregador o motivo subjacente - e desde que este último não tenha conhecimento do motivo subjacente, nem deva tê-lo -, funciona a presunção de abandono estabelecida no nº 2.

Porém, tratando-se de uma presunção legal, a mesma pode ser ilidida mediante prova em contrário, excepto se a lei o proibir (art.º 350.º n.º 2, do

CC). Não é o caso, antes estabelecendo o n.º 4, do art.º 403.º, do CT/09, como pode ser ilidida a presunção, isto é, *“mediante prova da ocorrência de motivo de força maior impeditivo da comunicação da ausência”*.

O último pressuposto para que o abandono de trabalho valha como denúncia do contrato de trabalho e possa ser invocado pelo empregador para fazer cessar o contrato de trabalho, consiste na *“comunicação ao trabalhador dos factos constitutivos do abandono ou da presunção do mesmo, por carta registada com aviso de recepção para a última morada conhecida deste”* [n.º3, do art.º 403.º CT/09].

II.3.1 A recorrente começa por pôr em causa ter o Tribunal *a quo* considerado que a autora *“tão pouco teria esperado o tempo que lhe seria exigível para obter a resposta da Recorrida”* ao pedido que formulara de gozo de férias de 11 de Junho a 11 de Julho de 2013, seguido de licença sem vencimento (conclusão 8), argumentando que aquela resposta da Ré, através da carta datada de 7 de Junho, só chegou ao seu conhecimento no dia 12 de Junho (conclusão 9), para contrapor *“ser previsível e exigível que a Recorrida tivesse consciência de que esta comunicação não seria recebida pela Recorrente em tempo útil (sobretudo tendo em conta que esta viajaria para a Guiné nessas datas)!* (conclusão 10). Conclui que, *“Deste modo, a Recorrida sabia que à data que respondeu à solicitação da Recorrente de suspender o contrato de trabalho, esta não estaria, com toda a probabilidade, em Portugal!* (conclusão 11).

Em face desta argumentação impõe-se relembrar que a A. estava vinculada à Ré por um contrato de trabalho, no âmbito do qual o trabalhador assume uma obrigação principal, a de prestar a sua actividade ao empregador, executando o trabalho de harmonia com as instruções daquele a quem compete o poder de direcção, ou seja, o de *«(..) estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem»* [art.º 97.º do CT 09].

Sendo certo, ainda, que para além dessa obrigação principal, sobre o trabalhador recaem ainda outras obrigações *«(..) conexas à sua integração no complexo de meios pré-ordenados pelo empregador”* [António Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 14.ª Ed., Almedina, 2009, pag. 236].

Esses deveres acessórios estão previstos nas diversas alíneas do art.º 128.º do CT 09, em enumeração exemplificativa, todos eles tendo subjacente o princípio orientador geral da boa fé no cumprimento dos contratos, no Código do Trabalho constante do art.º 126.º n.º1, nos termos seguintes:

“O empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações”.

A Professora Maria do Rosário Palma Ramalho, a par de parte da doutrina nacional a esse propósito - como assinala - distingue entre os *“deveres acessórios integrantes da prestação principal e os deveres acessórios independentes da prestação principal”*. Na primeira dessas categorias, inclui *“aqueles deveres do trabalhador que estão estreitamente ligados á prestação principal”*, entre eles destacando *“(..) o dever de obediência, os deveres de assiduidade e pontualidade, o dever de zelo e diligência na realização do trabalho e o dever de promover a melhoria da produtividade da empresa”*. E, na segunda, que também designa por *“deveres acessórios autónomos”*, por não dependerem da prestação de trabalho, assinala merecerem especial referência *“(..) o dever de lealdade, em geral e nas manifestações específicas do dever de sigilo e de não concorrência, os deveres de respeito e urbanidade, o dever de custódia e os deveres atinentes à disciplina na organização, em geral e especificamente em matéria de higiene, segurança e saúde”* [Direito do Trabalho, Parte II, 3.ª Ed., Almedina, 2010, pp. 412].

Neste quadro, importa ainda assinalar que a marcação do período de férias é regulada pela lei laboral (art.º 241.º CT/09). Em regra o período de férias é marcado por acordo entre o empregador e o empregado (n.º1), mas na falta desse acordo a marcação é efectuada pelo empregador, observando os princípios constantes do mesmo artigo, nomeadamente dos n.ºs 2 a 7. Em qualquer caso, a elaboração do mapa de férias deve ser concluída até ao dia 15 de Abril de cada ano (n.º7).

E, para além disso, cabe também fazer notar que a *“licença sem vencimento”* reconduz-se a um período de ausência do trabalhador, que deixa de prestar a actividade a que está obrigado e de ser retribuído nesse período, mas necessariamente mediante acordo com a sua entidade empregadora.

Como alega a A., está efectivamente provado que por si foi enviada uma carta registada com aviso de recepção à R, recebida por esta em 31-05-2013, na qual expôs a sua situação familiar e solicitou o gozo das férias no período entre 11 de Junho e 11 de Julho de 2013, seguido de licença sem vencimento (factos 5 e 6).

Num breve parêntesis, não é despiciendo assinalar que a A. alegou ter enviado *“à R. uma carta registada com aviso de recepção em que expôs a sua situação familiar e solicitou o gozo das suas férias no período de 11 de Junho a 11 de*

Julho de 2013” [art.º 11 da PI], mas não juntou cópia da mesma, dado remeter para o “Doc. 1”, que é a cópia do contrato de trabalho, sendo que também não se encontra outro que corresponda à carta. Para além disso, note-se que tão pouco alegou ter pedido a licença sem vencimento.

Prosseguindo, a Ré respondeu-lhe através de carta datada de 07-06-2013, mas que só veio a ser recebida na residência da A. em 12 de Julho de 2013. Nessa data, conforme também provado, a A. ausentara-se para a Guiné no dia 7 u 8 de Junho (facto 17).

Contudo, a A. não tem razão ao pretender que estes factos levem a considerar *“previsível e exigível que a Recorrida tivesse consciência de que esta comunicação não seria recebida pela Recorrente em tempo útil”* e que *“a Recorrida sabia que à data que respondeu à solicitação da Recorrente de suspender o contrato de trabalho, esta não estaria, com toda a probabilidade, em Portugal”*. Aceitar-se isso significaria implicitamente que bastava à trabalhadora fazer essa comunicação à entidade empregadora e, desde que a mesma fosse recebida e não houvesse resposta em contrário até à data que indicara para início da sua ausência, poder presumir que lhe fora autorizado alterar o período de gozo de férias e também o gozo de licença sem vencimento.

Ora, não é assim. Por um lado, como é inquestionável, a alteração do período de gozo de férias e a pretendida licença sem vencimento dependiam da aceitação da R. Por outro, para que fique claro, nem tão pouco nestas situações há lugar a qualquer deferimento tácito. Se o trabalhador pretende ver autorizada a alteração de férias e que lhe seja atribuída uma licença sem vencimento, só pode considerar-se autorizado quando a entidade empregadora lhe comunique que acede a essas pretensões. Ambas as pretensões dependem dessa concordância expressa da entidade empregadora, não bastando a vontade unilateral da trabalhadora.

Por conseguinte, sendo certo que a trabalhadora não tinha recebido qualquer resposta, antes de se ausentar e deixar de comparecer ao trabalho deveria ter procurado saber qual a decisão da entidade empregadora junto dos seus superiores hierárquicos. Essa é a conduta que é exigível a qualquer trabalhador de normal diligência.

Ademais, não deve também esquecer-se que igualmente resultou provado ter faltado no dia 8 de Junho de 2013, no dia seguinte ao que consta da carta que lhe foi remetida. É essa a data que marca o início das faltas consecutivas ao serviço.

Portanto, nem a A. poderia ter actuado presumindo que lhe seriam autorizadas ambas as pretensões - se foi esse o caso, pois não o alega- ou como se fosse indiferente a posição que a Ré assumiria, nem a esta era exigível que presumisse que aquela se ausentara e deixara de comparecer ao serviço, actuando de boa-fé, na convicção de lhe terem sido aceites os pedidos porque eventualmente não recebera em tempo a sua comunicação, negando-lhe ambas as pretensões.

Com efeito, o que era exigível à R. era que contasse com uma conduta de normal diligência por parte da trabalhadora, isto é, que esta não agisse sem saber se estava autorizada a alterar as férias e a gozar a licença sem vencimento. Note-se, também, que a carta foi recebida na residência da A. e tanto quanto decorre dos factos provados nada autoriza sequer a concluir que a R. soube que a mesma foi recebida por pessoa diversa da A.

Consequentemente, vistas as coisas objectivamente, como o devem ser, a Ré viu-se confrontada com a ausência ao serviço da Autora, a quem não autorizara a alteração do período de férias nem a licença sem vencimento, a partir de 8 de Junho de 2013, quando aquela começou a faltar.

Ora, como se deixou explicado no ponto antecedente, o artigo 403.º n.º2 CT/09, estabelece uma presunção de abandono, ou seja, de intenção de não retomar o trabalho, sempre que a ausência se prolongue pelo período de dez dias consecutivos, sem que ao empregador seja comunicado o respectivo motivo. O facto indiciário sobre o qual assenta a presunção consiste da ausência desacompanhada da falta de comunicação do motivo da mesma.

E, uma vez verificados esses factos, cabe ao trabalhador ilidir a presunção, isto é, a intenção de não retomar o trabalho, *“mediante prova da ocorrência de motivo de força maior impeditivo da comunicação ao empregador da causa da ausência”* (art.º 404.º/4). Como assinala Pedro Furtado Martins, *“não basta, pois que o trabalhador demonstre que a não-comparência ao serviço se ficou a dever a outras razões que não a vontade de terminar o contrato. Para afastar a presunção, terá de provar que esteve impossibilitado, por motivo de força maior, de comunicar ao empregador as razões da ausência prolongada* [Op. Cit. p. 555].

Como resulta dos factos assentes (facto 12), a R. enviou à Autora uma segunda carta, datada de 24 de Julho de 2013 e recebida na residência da Ré em 26 de Julho, comunicando-lhe o seguinte:

-«Estando V. Exa. Ausente do seu local de trabalho, ininterruptamente, desde o passado dia 11 de Junho, sem que entretanto nos tenha comunicado o motivo da ausência, comunicamos-lhe que consideramos que abandonou o trabalho.

Lembramos que, de facto, apenas iniciou a sua prestação laboral para esta empresa, no mesmo local de trabalho, no dia 1 do passado mês de Junho, depois de terminada a baixa, e logo pediu férias com início no dia 11 desse mês, seguidas de licença sem vencimento.

Por carta datada de 7 de Junho de 2013, recebida no seu domicílio no dia 12 seguinte, comunicámos-lhe que não dávamos acordo a que iniciasse o gozo de férias a 11 de Junho, explicando-lhe que o fazíamos para garantir o bom funcionamento do serviço e que as instalações do cliente encerram em Agosto, altura em que deverão ser gozadas as férias, e que não autorizávamos a pretendida licença sem vencimento, por a mesma ser contrária à prática da empresa.

Neste quadro de facto, a sua ausência desde a citada data revela, com toda a probabilidade, a intenção de não retomar o trabalho, pelo que o seu contrato de trabalho se considera denunciado, por abandono.

(..)».

Como resulta dos factos, na data em que a carta foi enviada à A. estavam largamente excedidos os dez dias úteis consecutivos de faltas ao serviço.

Contudo, a A. procura contornar a exigência de lhe caber ilidir a presunção de abandono, dizendo que tal *“só faz sentido se estivermos perante um caso em que o trabalhador faltou ao trabalho por, pelo menos, 10 dias seguidos, sem ter manifestado por nenhuma forma a sua vontade de se ausentar sem fazer cessar o vínculo laboral”* (conclusão 32).

Como bem se compreende, na sua interpretação bastou-lhe ter pedido à Ré a alteração do período de férias e a concessão de licença sem vencimento, para que aquela não pudesse presumir que a sua ausência entre 8 de Junho e 24 de Junho (data da carta da R.), indiciava a vontade de denunciar o contrato de trabalho.

Salvo o devido respeito esta leitura não é aceitável.

Em primeiro lugar a carta enviada pela A. à R., não pode ser entendida como uma comunicação do motivo de ausência. Como se disse, a A. formulou os

pedidos de alteração do período de férias e a concessão de licença sem vencimento, ficando ambos os pedidos dependentes da aceitação da Ré. Nada mais, isto é, a dita carta não pode valer no sentido pretendido pela recorrente. A A. não terá dito na carta, nem faria muito sentido que o fizesse, que lhe seria indiferente a R. aceder ou não às suas pretensões, isto é, que mesmo que não fosse autorizada, sempre agiria como pretendia.

Em segundo lugar, relembra-se que a carta da ré comunicando à autora que não alteraria a marcação das férias nem lhe concederia licença sem vencimento foi efectivamente recebida na residência desta a 12 de Junho de 2013. E, como se disse, nem a Autora podia presumir que iriam ser aceites os seus pedidos, nem à Ré era exigível que presumisse que a A. não recebeu a comunicação em tempo e que actuou de boa-fé, convencida do deferimento. Aliás, note-se, nem a A. alega esse convencimento.

Por conseguinte, repete-se, objectivamente a Ré viu-se confrontada com a ausência ao serviço da Autora, a quem não autorizara a alteração do período de férias nem a licença sem vencimento, a partir de 8 de Junho de 2013, quando aquela começou a faltar. Nesse contexto, se A Autora, embora não autorizada a ausentar-se quer em férias quer em licença sem vencimento, faz tábua rasa da posição do empregador e falta consecutivamente durante mais de um mês sem justificar as suas faltas, cremos que a este assiste o direito a presumir que este comportamento indicia a vontade de denunciar o contrato de trabalho.

Aqui chegados, impõem-se algumas considerações sobre a questão da delimitação do ónus do empregador provar o facto indiciário para poder beneficiar da presunção de abandono (art.º 403.º/2 CT09). Servindo-nos das palavras de Pedro Furtado Martins, importa delimitar o que *“é razoável e juridicamente adequado exigir que o empregador demonstre, sob pena de aquela se tornar inoperacional”* [Op. Cit. p.555].

O n.º2, do art.º 403.º dispõe: *“Presume-se o abandono do trabalho em caso de ausência do trabalhador, pelo menos, em dez dias seguidos, sem que o empregador seja informado do motivo da ausência”*. Do texto da lei decorre que o facto indiciário comporta dois elementos, a não comparência durante um período mínimo de dez dias consecutivos e a falta de informação do motivo da ausência, sugerindo, assim, que ao empregador cabe a prova de ambos os elementos concretos.

A recorrente estriba-se numa interpretação nesse sentido, argumentando que *“a Recorrida não alegou, e conseqüentemente não provou (até porque nem*

podia), que não tivesse recebido qualquer comunicação de motivação da sua ausência por parte da Recorrente. Não o tendo feito, como o não fez, não poderá certamente prevalecer-se desta presunção” [conclusão 40].

Contudo, em nosso entender, a interpretação da norma exige uma análise mais profunda, nomeadamente quanto a essa questão de saber se o empregador tem que alegar e provar o segundo elemento em que assenta a presunção de abandono, isto é, a falta de informação do trabalhador sobre o motivo da ausência.

Como observa Pedro Furtado Martins o entendimento da jurisprudência sobre essa questão não é consensual, dando conta dessa divergência na síntese seguinte:

- “Numa primeira fase, prevalecia a ideia de que cabia ao trabalhador provar que informou o empregador do motivo se ausência. Mais exactamente, como se explica no Ac. do STJ de 22 de Outubro de 1996, caberia à entidade empregadora «que invoca o abandono do trabalho o ónus da prova do facto positivo base da referida presunção, ou seja, a ausência do trabalhador durante, pelo menos, quinze dias seguidos, incumbindo-lhe apenas o ónus de alegação do facto negativo sobre a falta de comunicação do motivo da ausência, sendo que o ónus de prova desse facto negativo cabe ao trabalhador, e não ao empregador». No mesmo sentido decidiu o Ac. STJ de 16 de maio de 2000, concluindo que não é ao empregador que cabe provar a falta da comunicação, pelo empregado, do motivo da ausência.

Porém, numa segunda fase mudou a orientação jurisprudencial dominante, de que é exemplo o Ac. do STJ de 26 de Março de 2008. Ai se decidiu que cabia ao trabalhador «que invocou a cessação do contrato o ónus de alegar e provar os factos integradores dos requisitos do abandono de trabalho, o que abrange, no caso de presunção de abandono [...] os factos que suportam a presunção», ou seja, a ausência por mais de 10 dias úteis seguidos, sem que o trabalhador tenha recebido a comunicação do motivo de ausência” [Op. cit.557/558].

Com efeito, esse entendimento defendido inicialmente no Acórdão do STJ de 26 de Março de 2008 [Processo n.º 2715/07, relatado pelo Senhor Conselheiro Mário Pereira, disponível em www.dgsi.pt], veio também a ser acolhido no acórdão do STJ de 29 de Outubro de 2008 [processo n.º 08S2273 relatado pelo Senhor Conselheiro Pinto Hespanhol, disponível em www.dgsi.pt], lendo-se no respectivo sumário: “[2]É ao empregador que compete o ónus de alegar e provar os factos integradores da referida presunção (base da presunção), isto é, não só a ausência do trabalhador ao serviço durante, pelo menos, 10 dias

úteis seguidos, como também a não recepção de comunicação do motivo da ausência.[3] Não tendo o empregador provado a não recepção de comunicação do motivo da ausência do trabalhador, o que alegou e que lhe cabia provar, fica afastada a aplicação daquela presunção, (..)”.

No mesmo sentido pronunciou-se também esta Relação e Secção, em Acórdão de 11-05-2011 [processo n.º 338/10.9TTTVD.L1-4, relatado pela Senhora Desembargadora Isabel Tapadinhas, disponível em www.dgsi.pt], em cujo sumário se escreve: *“É ao empregador que compete o ónus de alegar e provar os factos integradores da referida presunção (base da presunção), isto é, não só a ausência do trabalhador ao serviço durante, pelo menos, 10 dias úteis seguidos, como também a não recepção de comunicação do motivo da ausência”*.

Não obstante, salvo o devido respeito, é preciso não esquecer que a ausência do trabalhador pode assentar em motivos diversos, o que vale por dizer que a presunção do abandono de trabalho terá subjacentes realidades diferentes. Neste caso o motivo consiste, comprovada e objectivamente, na ausência da trabalhadora ao serviço durante um período que excede largamente os 10 dias consecutivos, o que juridicamente configura uma sucessão de faltas seguidas ao trabalho, nos termos do art.º 248.º CT/09: *“[1] Considera-se falta a ausência do trabalhador do local em que devia desempenhar a actividade durante o período normal de trabalho diário”*.

Precisamente por isso, não pode também esquecer-se que segundo o regime de faltas estabelecido com natureza imperativa na lei (art.º 250.º), sobre o trabalhador recai o dever de comunicar a sua ausência, acompanhada do motivo justificativo, com a antecedência mínima de cinco dias, quando seja previsível (art.º 253.º 1). E, quando tal antecedência não possa ser respeitada, *“nomeadamente por a ausência ser imprevisível com a antecedência de cinco dias, a comunicação ao empregador é feita logo que possível (n.º2, do mesmo artigo)*.

Neste quadro, acompanhamos o entendimento de Pedro Furtado Martins, quando defende que *“não há fundamento para exigir que seja o empregador a provar que o trabalhador não cumpriu o dever de comunicar a ausência e o respectivo motivo”*, argumentando o seguinte:

- *«Esse dever impende sobre o trabalhador e sempre que não seja cumprido fá-lo incorrer em faltas injustificadas (art.º 285.º, 5. Cremos ser pacífico que, se for acusado de faltar injustificadamente ao trabalho, o trabalhador terá de demonstrar que cumpriu os deveres de comunicação e justificação das faltas,*

pois se não o fizer o empregador ficará legitimado para qualificar as faltas como injustificadas, com as consequências inerentes. Naturalmente, cabe ao empregador demonstrar a ocorrência das ausências, isto é, que o trabalhador não compareceu ao serviço e no tempo em que o devia ter feito. A este incumbirá comprovar que as ausências foram justificadas, quer porque cumpriu o dever de as comunicar e indicar o motivo que o forçou a faltar quer porque fez prova do facto invocado para a justificação, caso o empregador assim o tenha exigido, como prevê o artigo 254.º. Se não demonstrar as ausências ao trabalho, o empregador não poderá imputar ao trabalhador o incumprimento do dever de trabalhar que essas ausências configurariam. Se o trabalhador não comprovar que comunicou e justificou as ausências, como lhe cabia fazer, incorrerá em incumprimento, o qual, nestas situações, a legislação laboral designa como faltas injustificadas. Incumprimento que lhe será imputável a título de culpa, uma vez que, nos termos gerais, cabe ao devedor provar que a falta de cumprimento não procede de culpa sua (art.º 799.º do CC).

Ora, se assim é no regime de faltas, não se vê que possa ser diferente no regime do abandono de trabalho. A base factual da presunção de abandono do trabalho do artigo 403.º são as ausências do trabalhador durante um período de dez dias úteis consecutivos sem que o empregador tenha sido informado do motivo das mesmas. Tais ausências mais não são do que faltas ao trabalho, que o trabalhador tem o dever jurídico de comunicar previamente ou logo que possível. Por isso não tem nenhum sentido exigir que o empregador demonstre que o trabalhador não o informou do motivo da ausência. Essa demonstração cabe ao trabalhador, nos termos gerais, e não se descortina qual o fundamento para afirmar que nos casos do abandono do trabalho se inverte o ónus de prova do cumprimento do dever de comunicar as ausências e indicar o motivo que as justifica.

(..)

Acresce que a solução inversa exige que o empregador faça prova de um facto negativo, isto é, do comportamento omissivo do trabalhador, o que é praticamente impossível de satisfazer.

(...)» [Op. Cit. p. 559/560].

Convence-nos esta argumentação. Assim, não sendo nossa pretensão dirimir a controvérsia relativamente a todos os casos, isto é, em relação a todos os motivos subjacentes à ausência do trabalhador por mais de dez dias consecutivos, pelo menos quanto ao que aqui se coloca, cremos não ter

aplicabilidade aquele entendimento jurisprudencial, antes sendo de seguir o entendimento anterior, que fazia recair sobre o empregador o ónus de provar o facto indiciário, mas considerando este satisfeito quando demonstrasse que o trabalhador se ausentara durante o tempo previsto na lei e alegasse o facto negativo da falta de comunicação do motivo da ausência, cabendo ao trabalhador o ónus da prova da comunicação.

Se a lei faz recair sobre o trabalhador o dever de comunicar e justificar a sua ausência, sob cominação expressa de caso não o faça se considerar a ausência injustificada (n.º 5, do art.º 253.º), exigir ao empregador, para além da prova da ausência daquele ao serviço *“durante pelo menos, 10 dias úteis seguidos”*, que prove igualmente não ter sido *“informado do motivo de ausência”*, seria impor-lhe a prova de que o trabalhador não cumpriu aquele dever, o que se traduziria numa inversão do ónus de prova.

Nesse mesmo sentido pronunciou-se este mesmo colectivo, em acórdão de 10-10-2013, relatado pelo aqui relator, proferido no processo n.º 927/11.4TTLSB.L1-4 (disponível em www.dgsi.pt).

Prosseguindo, para concluir.

Decorre do exposto que consideramos beneficiar a recorrida da presunção legal estabelecida no n.º 2, do art.º 403.º do CT/09.

A este propósito impõe-se deixar claro que a recorrente não tem qualquer razão quando afirma que a Recorrida não alegou *“que não tivesse recebido qualquer comunicação de motivação da ausência por parte da recorrente”*. Com efeito, na carta de 24-07-2013, em que comunicou à A. que considerava que esta tinha abandonado o seu trabalho, a Ré não só invocou expressamente a ausência ininterrupta daquela desde o dia 11 de Junho, como também referiu expressamente a falta de comunicação do motivo da ausência (cfr. facto 12); e, na contestação, para além de ter invocado a carta e, logo, o seu conteúdo tal qual consta provado, alegou expressamente no artigo 21 o seguinte: [21] *«Encontrando-se ausente do seu local de trabalho, por período superior a 10 dias úteis e sem que tivesse comunicado à ré o motivo da ausência, esta última, por carta datada de 24 de Julho de 2013, enviada para a morada do domicílio da autora, comunicou-lhe que considerava denunciado o seu contrato de trabalho, por abandono»*.

A recorrente podia ilidir a presunção de abandono do trabalho invocada pela recorrida, mediante prova da ocorrência de motivo de força maior impeditivo da comunicação da ausência. Dito de outro modo, para afastar a presunção cumpria-lhe não só alegar e provar que a ausência ao serviço se ficara a dever

a uma determinada situação, mas também que esteve impossibilitada, por “*motivo de força maior impeditivo, da comunicação ao empregador da causa da ausência*” [n.º 4, do art.º 403.º, do CT/09].

Acontece, porém, que a recorrente apenas alegou e provou ter enviado a carta de 31 de Maio de 2013, solicitando a alteração do período de férias e a concessão de licença sem vencimento após o termo das férias.

Ora, como se deixou claro, essa comunicação não tem a virtude de servir de comunicação do motivo de ausência a que alude o n.º2 do art.º 403.º.

Por outro lado, a recorrente autora não alegou nem demonstrou qualquer facto que consubstancie um motivo de força maior impeditivo da comunicação ao empregador da causa da ausência, de modo a ilidir a presunção, nos termos constantes do n.º 4 do art.º 403.º, após 8 de Junho de 2013.

É certo que a A. se deslocou para a Guiné a 7 ou 8 de Julho, mas como se disse, fê-lo como se fosse indiferente a R. autorizar ou não a alteração do período de férias e a licença sem vencimento.

Mas independentemente disso, o facto de estar ausente na Guiné não era impeditivo de prestar a informação que bem entendesse à R. empregadora para explicar a sua ausência. Podia fazê-lo por correio ou por qualquer outro meio de comunicação, mas o certo é que nada fez.

Concluindo, improcedem os argumentos da recorrente, não merecendo a sentença censura.

III. DECISÃO

Em face do exposto, acordam os Juízes desta Relação em julgar improcedente o recurso de apelação, mantendo a sentença recorrida.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 27 de Maio de 2015

Jerónimo Freitas

Francisca Mendes

Maria Celina de J. Nóbrega