

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA DO
TRABALHADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**

JÉSSICA MARISA DOS SANTOS CORREIA

Dissertação de Mestrado realizada sob orientação
da **Professora Doutora Isabel Vieira Borges**

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Especialidade em Direito da Empresa

Lisboa

2019

“Ninguém escapa ao sonho de voar, de ultrapassar os limites do espaço onde nasceu, de ver novos lugares e novas gentes. Mas saber ver em cada coisa, em cada pessoa, aquele algo que a define como especial, um objeto singular, um amigo, é fundamental. Navegar é preciso, reconhecer o valor das coisas e das pessoas, mais preciso ainda.”

Antoine de Saint-Exupéry

Ao meu pai e ao meu amor.

AGRADECIMENTOS

“Aqueles que passam por nós, não vão sós, não nos deixam sós. Deixam um pouco de si, levam um pouco de nós”. Antoine de Saint-Exupéry

Agradecer é demonstrar gratidão, reconhecer que o sucesso é feito de partilha e que uma caminhada não é concluída sem o apoio de uma rede de pessoas e instituições, a quem quero deixar aqui os meus sinceros agradecimentos.

À minha família, pelo amor e compreensão, em especial ao meu pai Joaquim, o homem mais humilde e trabalhador que conheço, que sempre lutou por mim e pela minha educação. Amo-te eternamente.

Ao meu namorado Diogo, pelo amor que preenche a minha vida, pelo apoio, pela confiança, pela valorização sempre tão apaixonada pelo meu trabalho.

Às minhas irmãs pelo constante encorajamento, em especial à Rosana pelo colo de mãe.

À família Rodrigues por ter caminhado a meu lado e por me ter ensinado que a família não precisa de ser construída a partir do mesmo sangue, porque o amor pode crescer de diversas maneiras.

À Judite pelo carinho e por cuidar do meu maior tesouro.

Aos meus amigos, Sandra, Mariana, Oriana, Carolina, Tânia, Patrícia, Tomás, Décio, Avelino, entre outros que não menciono o nome, mas que sabem quem são, pela paciência, pelo ouvido amigo nas horas mais difíceis, com que sempre pude contar.

À minha patrona Dra. Joana que consentiu muitas ausências para que eu pudesse concluir esta fase, e que no último ano tem desempenhado um papel importante para a sedimentação do meu conhecimento jurídico.

À minha orientadora Professora Doutora Isabel Vieira Borges por todo o apoio e conhecimento prestados durante a realização da dissertação.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelos ensinamentos transmitidos.

INDICAÇÕES DE LEITURA

Na presente dissertação, as citações são feitas sempre em nota de rodapé, por referência a dois nomes do autor em maiúsculas, título da obra, sendo que, para facilitar a sistematização, foi escolhido o itálico como formato, seguindo-se o volume, a edição (a partir da 2ª edição da obra), a editora, a data e página (s).

A primeira citação de todos os artigos ou obras, faz-se através da indicação bibliográfica completa, enquanto que nas seguintes, só serão referidos os elementos essenciais, seguidos da (s) página (s) citada (s).

Relativamente à jurisprudência, preferiu-se a identificação do órgão emissor, da data do acórdão seguindo-se a reconhecimento do relator.

Quanto à bibliografia geral, encontra-se ordenada alfabeticamente segundo o último nome do autor. Dada a existência de várias obras ou artigos do mesmo autor, estes serão referenciados cronologicamente, do mais antigo para o mais recente.

Foi seguido o novo acordo ortográfico.

ABREVIATURAS

AC - Acórdão

BJM - Boletim do Ministério Público

CC - Código Civil

CJ - Coletânea de jurisprudência

CNPD - Comissão Nacional de Protecção de Dados

CT - Código do Trabalho

CRP - Constituição da República Portuguesa

GPS - Global Positioning System

LPDP - Lei da Protecção de Dados Pessoais

NTIC - Novas tecnologias de informação e comunicação

RGPD - Regulamento Geral da Protecção de Dados Pessoais

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

TC - Tribunal Constitucional

TR - Tribunal da Relação

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TRE - Tribunal da Relação de Évora

TRG - Tribunal da Relação de Guimarães

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

RESUMO

Decorridas algumas décadas da criação e evolução do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, esta constitui-se, não obstante, ainda hoje, como área de plúrimas projeções em virtude do desenvolvimento dos meios tecnológicos de informação e comunicação de tratamento automatizado.

A necessidade de implementação de um regime jurídico específico resultou, em termos gerais, da consciencialização do perigo, uma vez que o contrato de trabalho pressupõe uma relação assimétrica, através da qual o trabalhador aliena parte importante da sua disponibilidade para a colocar ao serviço de outrem, que sobre ele exerce poderes de autoridade.

Este vínculo torna particularmente vulnerável a proteção dos direitos de personalidade do trabalhador na vigência do contrato, sendo nessa medida, um tema de grande pertinência e atualidade, uma vez que, assistimos, cada vez mais, a violações dos direitos dos trabalhadores nas mais variadas vertentes.

É indiscutível que, nos últimos anos, temos vindo a assistir a uma autêntica revolução tecnológica, a qual indubitavelmente relacionada com o despontar de sofisticadas tecnologias, responsáveis não só pelo inegável progresso e melhoria das condições de vida dos cidadãos, como também pela modificação do processo funcional e estrutural das empresas.

Este desenvolvimento assume extraordinária importância no seio das relações laborais hodiernas, na medida em que o vínculo de subordinação jurídica característico do contrato de trabalho pode dar origem a graves abusos e intromissões, através do número crescente de controlos, que, pela sua intensidade, propiciam uma monitorização praticamente contínua, imprimindo, desse modo, forte incidência na privacidade do trabalhador.

Nesse sentido, e atendendo ao supra exposto, cabe ao legislador garantir um justo equilíbrio entre o princípio da liberdade de gestão empresarial do empregador, e a tutela da esfera da privada do trabalhador, sendo certo que, este último, não aliena a sua condição de cidadão pelo simples facto de ter celebrado um contrato de trabalho, sendo assim premente que o direito laboral moderno, virado para o futuro, caminhe, cada vez mais, no sentido da valorização do trabalhador enquanto cidadão pleno de direitos.

Palavras-chave: reserva da vida privada, novas tecnologias, dados pessoais, recolha, perfil.

ABSTRACT

Whilst several decades have gone by since the creation and evolution of the employee's right to respect for private and family life, it still embodies multiple projections, given the development of automated data processing systems.

The need for the implementation of a specific legal framework to regulate workplace privacy arose from an awareness of potential danger, as the employment contract entails an asymmetric power relationship, whereby an employee allocates a substantial amount of his time to the service of another person, who exerts powers of authority over him. Consequently, this fact makes the protection of the employee's personality rights much more vulnerable under the contract. For this reason, this may be considered a topic of great relevance and timeliness to the extent that we are increasingly witnessing violations of those employees' rights in the most varied areas which is unacceptable by the contours of the information society in which we are inserted.

It is beyond dispute that, over the last few years, we have witnessed an unprecedented technological revolution, with the advent of ever more sophisticated technologies, which have engendered undeniable progress and higher living standards. The modification of the functional and structural process of the companies played an important role as well.

Such an advance is of great import within the sphere of contemporary labour relations, insofar as the legal subordination bond established by the employment contract may allow for serious privacy abuse and intrusions, through increasing extensive and intensive screenings, which enable continuous monitoring, strongly focused on employee privacy.

Therefore, and in view of the above, it is up to the legislator to strike a fair balance between the principle of corporate freedom and the protection of the employee's private sphere, keeping in mind that the latter is not deprived of his status as a citizen by merely entering an employment contract thus, it is vital that modern Law, looking to the future, may continue to further enhance this balance.

Key words: protection of private life, new technologies, personal data, collection, profile.

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO	
II. O DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA	12
2. Origem e desenvolvimento do conceito	12
2.1. Afirmação e consagração normativa	19
2.2. O direito à privacidade como direito da personalidade e direito fundamental	22
III. O CONTRATO DE TRABALHO E VIDA PRIVADA DO TRABALHADOR	27
3. A ténue fronteira entre a vida profissional e a vida privada	27
3.1. Protecção de dados pessoais	32
3.2. O impacto das novas tecnologias no domínio laboral	41
3.3. Dados biométricos	45
3.4. Testes e exames médicos	49
3.5. Meios de videovigilância	57
3.6. Validade probatória dos ilícitos disciplinares detetados através de sistemas vigilância à distância	64
3.7. Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação	68
IV. RELEVÂNCIA DISCIPLINAR DAS CONDUTAS EXTRALABORAIS	73
4. Justa de causa de despedimento	73
V. CONCLUSÃO	78
VI. BIBLIOGRAFIA	82

I. INTRODUÇÃO

O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador é um tema largamente estudado pela doutrina e pela jurisprudência, suscetível de ser materializado em diversas conceções, as quais poderão estar relacionadas com o momento histórico, com o meio social, com as tradições culturais, ostentando-se nessa medida, como um conceito relativo que tem vindo a desafiar os mais diversos teóricos do direito.

A implementação e o desenvolvimento dos meios tecnológicos no seio empresarial favoreceu o controlo sistemático do empregador, afetando negativamente a intimidade dos trabalhadores, que passou a estar sujeita a novos constrangimentos, abusos e intromissões.

A verdade é que, a relação de trabalho foi especialmente afetada pelo surgimento destes meios, que facilitaram o acesso e propagação de informações referentes ao trabalhador, como opiniões, hábitos e rotinas, sendo, portanto, crucial, enquadrar juridicamente os problemas e tentar compreender de que forma poderão ser resolvidos.

Relativamente à metodologia seguida, a investigação encontra-se estruturada em três pontos de desenvolvimento, que retratam as matérias essenciais do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.

O primeiro capítulo inicia-se com uma contextualização histórica gradual deste direito, o qual surgiu inicialmente como um privilégio de classes, tornando-se, progressivamente, num direito de todo e qualquer cidadão.

O segundo capítulo incide na conexão direta e necessária, entre o direito à reserva e intimidade da vida privada do trabalhador e as novas tecnologias de informação e comunicação.

A partir deste ponto procuramos descrever o funcionamento do regime jurídico vigente em Portugal, sendo certo que, a relação jurídica laboral não se compatibiliza com a salvaguarda dos direitos de personalidade do trabalhador, se não existir uma limitação das possibilidades de controlo, impulsionadas pelas novas tecnologias, que vieram dificultar ainda mais, a distinção entre o período considerado tempo de trabalho e o período estritamente pessoal.

De facto, há um conjunto de questões paradigmáticas que têm ensejado inúmeras discussões. Por exemplo, no que concerne à utilização dos dados biométricos, os meios

de vigilância à distância, o correio electrónico, entre tantos outros meios de verificação da actividade do trabalhador, que vêm permitir um controlo mais amplo e incisivo.

Neste âmbito, clama urgência apurar quando e de que forma pode ser exercido esse controlo, cuja natureza é inspetiva.

O terceiro capítulo foca-se na relevância das condutas extra-laborais do trabalhador, que, pela sua natureza, possam lesar o funcionamento da empresa, e, em última instância, determinar um despedimento por justa causa.

Consideramos que estas questões são de grande importância, dado o facto de que o trabalho se constitui como uma parte essencial na vida do indivíduo, enquanto cidadão e enquanto trabalhador, pelo que, a definição de normas baseadas nos princípios da proporcionalidade, da boa fé e da transparência, são vitais para o bom funcionamento da empresa. Por isso, não podem, em regra, os interesses de gestão empresarial sobrepor-se à reserva da intimidade da vida privada, apesar de tal compatibilização não ser fácil, nem no plano jurídico, nem no plano da execução prática do contrato de trabalho.

II. DIREITO À RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA

2. Origem e desenvolvimento do conceito

“A afirmação e o reconhecimento do direito à reserva da intimidade da vida privada, bem como, a efetiva consagração legislativa, são fenómenos relativamente recentes, típicos da sociedade de informação em que vivemos que colocou em evidência a falta de intimidade e privacidade dos cidadãos, em especial a dos trabalhadores.”¹

O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador tem a virtude de ser simultaneamente um tema clássico e contemporâneo. Clássico, porque é objeto de numerosas discussões ao longo dos séculos. Contemporâneo, porque continua a desafiar as mais diversas mentes, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

É muito difícil definir e estruturar o direito à reserva da intimidade da vida privada, como dizia Santo Agostinho, quando lhe perguntaram o que era o tempo: “Se ninguém me perguntar, eu sei, porém, se o quiser explicar a quem me fizer a pergunta, já não sei!”²

Numa primeira aproximação, podemos definir este direito como um conceito aberto, em que estão em causa aspectos que se prendem com as “experiências, lutas e paixões intrínsecas de cada um e que não devem, enquanto tal, ser objecto da curiosidade do público.”³

A verdade é que, o conceito de reserva da intimidade da vida privada como hoje o conhecemos, foi alvo de diversas modificações e aperfeiçoamentos, sofrendo oscilações de acordo com o momento histórico, com o meio social e com as tradições culturais.⁴

Note-se que, o conceito em análise não é recente. Se fizermos uma viagem ao passado, vamos encontrá-lo em épocas distintas e em contextos diversos. Desde Aristóteles, que separava a privacidade em duas esferas- a *oikos*, que dizia respeito à família, às questões económicas e biológicas e a *polis*, relacionada com questões de liberdade política dos cidadãos,- até John Locke, que afirmava que o poder provinha dos indivíduos, os quais por conseguinte tinham o direito de se ver resguardados contra

¹DRAY, GUILHERME, *Justa Causa e Esfera Privada*, in Estudos do Instituto do Direito do Trabalho, Vol. II, Almedina, 2001, p.44.

²JOÃO ANTÓNIO, *Santo Agostinho, Filosofia Confissões e Livre Arbitrio*, São Paulo, 1995, p.68.

³DRAY, GUILHERME, *Justa Causa*, op.cit., p.48.

⁴Até o século XVIII a vida em sociedade era essencialmente pública. Cada ser humano tinha um lugar e uma função social. As qualidades, os defeitos e o modo de vida das pessoas interessavam a todos. Quanto mais elevado se estava na pirâmide social, mais pública era a vida, uma vez que, este direito era considerado um privilégio de classes.

ingerências do poder público. Porém, foi com o iluminismo que a tutela da privacidade adquiriu os contornos atuais.⁵

Um conceito mais moderno surgiu nos Estados Unidos e difundiu-se para os países que adotam o sistema da *common law*, com a publicação em 15 de dezembro de 1890, de um artigo na *Harvard Law Review* da autoria de Samuel Warren⁶ e Louis Brandeis, que tinha como título “*The Right to Privacy*” e assentava fundamentalmente no reconhecimento e defesa da privacidade e solidão dos indivíduos.⁷

Com a publicação do artigo, os autores colocaram em evidência as transformações sociais, políticas e económicas, que contribuía para a ocorrência de violações da vida privada das pessoas, lançando assim as bases do direito à privacidade, através da expressão “*the right to be let alone.*”⁸

O direito à privacidade foi reconhecido pela jurisprudência norte americana em 1983 no caso “*Marks vs Joffra*”, quando um estudante de direito intentou uma ação contra o jornal que publicou uma foto sua sem o seu consentimento. O tribunal considerou que o estudante tinha, além do seu direito à imagem, o direito de ser deixado em paz.

Em 1902, no caso “*Roberson vs Rochester Folding Box C.O.*”, e em 1905, no caso “*Pavesich v. New England Life Insurance Co.*”, o direito à reserva da intimidade da

⁵CORREIA, VICTOR, *Sobre o Direito à Privacidade*, apud MIRANDA, JORGE, *O Direito*, n.º 146.º, Vol. I, Almedina, 2014, p.9.

⁶Samuel Warren era membro de uma família da alta sociedade de Boston, a qual tinha por hábito organizar em sua casa festas e jantares elitistas com ementas sofisticadas. Estas recepções geravam, já na altura, uma natural curiosidade nos meios de comunicação, tendo inclusivamente um jornal de Boston publicado a lista dos convidados e a própria ementa servida pela família Warren. O casamento da filha de Warren foi outro evento que gerou uma ampla cobertura mediática nas colunas sociais dos jornais e revistas da cidade, o que motivou a revolta e desagrado da família. Este enquadramento familiar terá estado na base da decisão do filho da Sr.ª Warren, advogado e professor em Havard, de procurar o seu colega de curso Louis Brandeis, para escrever o artigo em causa. Cfr. NASCIMENTO, ANDRÉ, *O Impacto das Novas Tecnologias no Direito do Trabalho e a Tutela dos Direitos de Personalidade do Trabalhador*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, Janeiro-Dezembro, Coimbra Editora, 2008, p.216.

⁷Há quem reconduza o reconhecimento da reserva à intimidade da vida privada a épocas anteriores, nomeadamente à sentença Francesa de 1384 em que o réu pretendendo comprar já de madrugada vinho aos autores e tendo visto a sua pretensão recusada, atingiu a janela dos mesmos e foi condenado a uma indemnização pelos diversos males causados, muito embora, o único dano verificado respeitasse ao batente da janela. Um outro precedente frequentemente apresentado, ocorreu já no século XIX, o caso *Prince Albert vs Strange*, neste caso o príncipe Albert conseguiu uma *injunction* contra Strange, que conseguira obter cópias de desenhos e de gravuras feitos pelos monarcas, pretendendo expô-las ao público e reproduzi-las. Em todo o caso, o que estava em causa, era o direito de propriedade e não o direito a reserva da vida privada, que ficou verdadeiramente marcado, com o primeiro ensaio de Samuel Warren e Louis Brandeis.

⁸ Esta ideia de privacidade abrange a salvaguarda da possibilidade de isolamento, da consagração da liberdade interior, do desejo de estabelecer relações pessoais sem interferência externa, assim como, o direito de a pessoa se opor a ingerência externa e ilegítima de outrem. Cfr. MARQUES, GARCIA, *Telecomunicação e Protecção de Dados*, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*, Coimbra Editora, 1999, p.93.

vida privada foi novamente invocado. Em causa estava a utilização abusiva da imagem e do nome de pessoas em campanhas publicitárias.

O conceito do direito à reserva da intimidade da vida privada, como refere André Nascimento, foi sendo progressivamente desenvolvido de forma a abarcar outras áreas, uma vez que, com o advento das novas tecnologias as ameaças que se fazem sentir exigem que o conceito de reserva e vida privada seja substancialmente alargado, por forma a assegurar a devida tutela.⁹

Contudo, a delimitação concreta do conceito de reserva da intimidade da vida privada tem-se apresentado como uma tarefa bastante complicada para os teóricos do direito, sendo várias as denominações que têm sido utilizadas, destacando-se- o “direito à intimidade”, ou o “direito à vida privada”, assim como, o “direito ao resguardo”, o “direito de estar só” numa aproximação ao direito anglo-saxónico “*right to be alone*” ou “*right to be let alone.*”¹⁰

Como refere David Festas¹¹, a compreensão do direito à reserva e intimidade da vida privada postula que o mesmo seja observado através de três perspetivas - uma estrutural, uma teleológica e uma substancial.

Do ponto de vista estrutural, o direito à reserva da intimidade da vida privada divide-se em dois direitos menores - o direito de impedir o acesso a informações relativas à vida privada, e o direito de impedir a divulgação dessas mesmas informações.

Do ponto de vista teleológico, o direito à reserva da intimidade da vida privada visa a defesa de dois interesses - por um lado, o interesse de evitar a tomada de conhecimento e a divulgação de informação pessoal, por outro lado, o interesse na subtração deste direito à atenção dos outros.

Do ponto de vista substancial, o âmbito de protecção do direito à reserva da vida privada pode ser delimitado de acordo com a teoria das três esferas¹², originalmente

⁹NASCIMENTO, ANDRÉ, *O Impacto das Novas Tecnologias, op. cit.*, p.217.

¹⁰Note-se que, o direito à reserva e intimidade da vida privada, não se deve confundir com o *right of privacy* anglo-saxónico, que consubstancia, acima de tudo, um *right to be alone*, ou um direito ao isolamento. Trata-se de uma construção norte-americana, esvaziada de qualquer conteúdo ético e de carácter acentuadamente individualista, por força do qual o direito de personalidade assume como um direito dos egoísmos privados, onde está à causa acima de tudo, um direito ao anonimato, ao isolamento e à vida tranquila, despidos de considerações que apelem aos ideais de solidariedade e mútua colaboração. Cfr. DRAY, GUILHERME, *Justa Causa*, op. cit., p.49.

¹¹FESTAS, DAVID, *O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho*, in Revista da Ordem dos Advogados, n.º 64, Vol. I e II, 2004, p.9.

¹²MENEZES CORDEIRO, refere a existência de cinco esferas, por ordem decrescente de nível de protecção, assim, teríamos uma esfera pública e uma esfera individual social, que abrangeriam os aspectos relacionados com a socialização do indivíduo, uma esfera privada, uma esfera secreta e uma esfera íntima.

apresentada pela doutrina alemã e comumente apresentada pela doutrina dos restantes ordenamentos jurídicos como critério delimitador do conteúdo do direito à privacidade. Neste sentido, a teoria das três esferas divide a privacidade em três círculos concêntricos- a esfera pública, a esfera da vida privada e a esfera íntima.

No que concerne à esfera pública, esta engloba atos praticados em público e com a intenção por parte do titular de torná-los públicos, assim como, atos que são de interesse público. No fundo, esta esfera compreende acontecimentos que estão ao alcance do conhecimento de todos em consequência da inserção na sociedade, pelo que, a protecção do direito será menor enquanto percorre este polo da publicidade.

Segundo os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, estamos no quadro do direito à imagem e à palavra e não propriamente perante o direito à intimidade da vida privada¹³, definindo-se assim como público tudo o que é livremente acessível ao conhecimento alheio, como decorrência da relação que as pessoas mantêm entre si na vida em sociedade e o titular não tem interesse em reservar para si.

Na esfera da vida privada, já estamos numa esfera de protecção relativa, uma vez que esta engloba a informação que, não devendo ser conhecida por todos os indivíduos, é, de certa forma, disponibilizada a um determinado grupo de pessoas. Estão em causa hábitos de vida, assuntos do seu domicílio, assuntos familiares que os indivíduos partilham com um número restrito de pessoas, admitindo-se ponderações de proporcionalidade¹⁴.

Já a esfera íntima, por sua vez, corresponde ao núcleo duro do direito à intimidade da vida privada e que engloba todos os elementos que devem ser subtraídos do conhecimento alheio, abrangendo o que há de mais secreto na vida pessoal, que nunca ou quase nunca é partilhado, sendo esta esfera o reflexo da verdadeira protecção da vida privada, que consiste no direito de subtrair do conhecimento do público os factos da vida particular que possam revelar aspetos extremamente reservados da personalidade do indivíduo. É, efetivamente, uma esfera sagrada, constituindo-se como a esfera mais própria e interna do indivíduo, diferenciando-se da vida privada, que se refere a uma esfera de retiro e isolamento.

As esferas privada, secreta e íntima nunca seriam acessíveis sem a prévia autorização do seu titular. Cfr. *Tratado do Direito Civil IV – Parte Geral*, 4ª Ed., Almedina, 2016, pp.199-204.

¹³MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Tomo I, 2005, pp.619-620.

¹⁴*Idem*, p.621.

Do exercício de comparação entre a esfera privada e a esfera íntima, concluímos que esta última visa proteger as informações que fundam o âmbito da vida, o qual o indivíduo pode e deve manter em total segredo diante da coletividade, enquanto que na esfera da vida privada estamos perante hábitos de vida e informações que o indivíduo partilha com um número restrito de pessoas.

A teoria das esferas tem como ponto assente a existência e divulgação das mais variadas informações relativamente a cada sujeito enquanto indivíduo, pelo que, apresenta uma graduação do nível de protecção do direito à privacidade, requerendo, conseqüentemente, uma avaliação *sui generis* do que pode ou não ser abrangido.

Por conseguinte, como refere José Canotilho e Jónatas Machado, “o grau de protecção do direito individual varia consoante a conduta expressiva em causa atinja o sujeito numa ou outra dessas esferas, diminuindo de intensidade à medida que a mesma se aproxima da esfera da publicidade.”¹⁵

Todavia, esta teoria não é isenta de críticas, visto que, o enquadramento de determinados assuntos em cada uma das esferas, varia radicalmente de pessoa para pessoa.

Ademais, como refere o Supremo Tribunal de Justiça, não se deve distinguir entre intimidade e vida privada, com apelo à teoria das três esferas, na medida em que, é difícil determinar o que deve ser incluído em cada uma das classificações, sendo sempre uma opção arbitrária.¹⁶

Pedro Vasconcelos classifica a teoria das três esferas como uma tentativa falhada, sustentando ser impossível reconhecer apenas três estratos - vida pública, vida privada e vida íntima - quando há, entre o íntimo e o público, uma escala progressiva e gradual, sendo quase impossível estabelecer padrões definidos e precisamente delimitados de níveis de privacidade, quando tudo depende das pessoas envolvidas e do caso concreto.¹⁷

Não obstante as críticas que se tecem em torno da teoria das três esferas¹⁸, é certo que esta apresenta uma estreita distinção entre intimidade e vida privada, distinção essa

¹⁵CANOTILHO, JOSÉ e MACHADO, JÓNATAS, *Reality Shows e Liberdade de Programação*, in *Coleção Argumentum* n.º 12, Coimbra Editora, 2003, p.50.

¹⁶Ac. STJ de 28.09.2011 (Santos Cabral).

¹⁷VASCONCELOS, PEDRO, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2017, p.63.

¹⁸Críticas decorrentes da dificuldade de delimitação das diversas esferas, nomeadamente da distinção entre esfera íntima e esfera privada. Segundo MOTA PINTO, a referência a uma intimidade nos quadros da vida privada parece ter o significado de excluir do âmbito de protecção os aspectos que, muito embora pertençam à vida privada, não se incluem na intimidade. Seria designadamente esse o caso da vida profissional ou do *secret des affaires*, que continuariam em todo o caso a ser objecto de protecção pela inviolabilidade do domicílio e da correspondência, que não têm que ver com o conteúdo da informação protegida. Para além das dificuldades e oscilações doutrinárias quanto à diferença de conteúdo entre as esferas íntima e privada,

que se impõe como salutar no momento da avaliação dos danos materiais e morais por um eventual acesso indevido, ou pela divulgação não consentida de informação de carácter pessoal do respetivo titular.

Os constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁹ defendem que o direito à reserva da vida privada deve analisar-se em dois direitos menores negativos, ou seja, entendem que este direito cria na esfera do seu titular o direito de impedir o acesso por terceiros de informações relativas à sua vida privada e familiar e, igualmente, o direito a que ninguém divulgue as informações às quais tenha acesso sobre a sua vida privada e familiar.

Este entendimento foi também perfilhado pelo Tribunal Constitucional, que considerou que o direito à vida privada compreende a autonomia do titular da informação, que deve estar protegido, na sua esfera de intimidade de ingerências estatais e sociais, possuindo ainda o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera, sem uma prévia autorização do interessado.²⁰

A tutela da reserva da intimidade da vida privada pode ainda ser vista sob duas orientações, como refere David Festas “a primeira, consiste em partir de um princípio de admissibilidade no acesso à vida privada e familiar de outrem, delimitando em seguida esferas de reserva da vida privada, absoluta ou relativamente protegidas.”²¹

A segunda, que nos parece melhor, “consiste em partir de um princípio de inadmissibilidade no acesso à vida privada e familiar de outrem, sendo lícitas apenas as intromissões que se encontrem justificadas à luz de direitos ou interesses que devam, *in casu*, ser considerados prevalecentes. Esta perspetiva é uma consequência da natureza do direito à reserva da intimidade da vida privada como direito de personalidade, bem como, da sua consagração constitucional como direito fundamental.”²²

No seguimento do exposto, é possível aferir que não existe no nosso ordenamento jurídico, um conceito geral de reserva e intimidade da vida privada ou uma teoria exímia que o delimite, pelo que, concordarmos com Januário Gomes, quando nos diz que a

que implicam uma cuidada ponderação da exclusão desta última do âmbito de protecção da nossa ordem jurídica, também da formulação legislativa não parece dever retirar-se uma exclusão liminar da vida privada da tutela da ordem jurídica portuguesa, sobretudo quando é certo que há atos, como os hábitos de vida, que muito embora não façam parte da intimidade da pessoa, não podem ser objecto da devassa alheia. Cfr. *O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. 64, 1993, pp.530-531.

¹⁹CANOTILHO, JOSÉ e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Artigos 1.º a 107.º, Coimbra Editora, 2010, p.625.

²⁰Ac. TC de 07.06.1997 (Messias Bento).

²¹FESTAS, DAVID, *O Direito à Reserva da Intimidade*, op. cit., p.11.

²²*Ibidem*.

dificuldade de definir o direito à reserva da intimidade da vida privada provém de fatores objetivos e subjetivos que devem ser cuidadosamente ponderados.²³

O referido Autor, já em 1982 indicava como fatores objetivos: o Estado contemporâneo, a liberdade de expressão e de imprensa e o modo de vida dos cidadãos. Como fatores subjetivos, realçava o âmbito da privacidade de cada pessoa, quer individualmente considerada, quer inserida na sociedade.

A verdade é que, se analisarmos estes fatores, vamos concluir que se mantêm atuais, uma vez que a nossa privacidade está cada vez mais delimitada, em virtude das novas tecnologias, mas também, em virtude de outros direitos, tais como, o direito à liberdade de expressão, à informação, que impedem o confinamento deste direito.

Efectivamente, o conceito de direito à reserva da intimidade da vida privada é uma mala aberta, que engloba aspectos que dizem respeito às experiências pessoais de cada um, sendo por isso, um elemento em constante desenvolvimento, cuja concretização depende das concepções filosóficas, dos ideais e das vivências de cada um, não se tratando nessa medida, de uma fórmula matemática.

No entanto, e apesar de todos os desenvolvimentos a que temos vindo a assistir, não podemos esquecer o legado construído por Warren e Brandeis, que nos permitiu aceder à ideia de que ao homem deve ser assegurado pela ordem jurídica, uma área privada de confidência, onde lhe seja possível encontrar-se a si próprio. Podemos assertivamente afirmar que este ensaio se consubstancia como um verdadeiro marco histórico.

²³GOMES, JANUÁRIO, *O Problema da Salvaguarda Antes e Depois do Computador*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 319, 1982, p.15.

2.1 Afirmação e consagração normativa

A consagração do direito à reserva da intimidade da vida privada foi um processo histórico gradativo, que mereceu asserção internacional no fim da segunda guerra mundial, através do seu reconhecimento em inúmeros tratados e convenções.²⁴

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948 prevê no seu artigo 12.º que ninguém poderá sofrer intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação, acrescentado ainda que, contra tais intromissões ou ataques todo o indivíduo tem direito a protecção legal.

O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 16 de dezembro de 1966 determina no seu artigo 17.º, n.º 1 que ninguém poderá ser objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem pode ser alvo de ataques ilícitos à sua honra e reputação.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 4 de novembro de 1950 no seu artigo 8.º consagra que qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência, não podendo ocorrer intromissões ilícitas.

A nível nacional, a concretização expressa deste direito ocorreu em 1966 com o Código Civil Português a consagrar no artigo 80.º com um alcance geral, o direito à reserva da intimidade da vida privada, estatuidando no seu n.º 1 que todos devem guardar reserva quanto à vida privada de outrem, sendo a extensão dessa reserva definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

No entendimento de Guilherme Dray, o qual perfilhamos, o artigo 80.º do CC para além de enunciar um princípio geral, de que todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem, parece fazer um apelo a um sistema móvel, na medida em que, o teor e o reconhecimento do direito em causa varia consoante a natureza do caso e a condição das pessoas.

O direito à reserva da intimidade da vida privada, não é, portanto, um direito uniforme a sua aplicação varia em função dos elementos materiais fornecidos pelo caso concreto.²⁵

²⁴ DRAY, GUILHERME, *Justa Causa*, op. cit., p.45.

²⁵ *Ibidem*.

Por conseguinte, para delimitar a esfera deste direito, é necessário aplicar os critérios enunciados pelo artigo 80.º, n.º 2 do CC, que determina que a extensão da reserva da vida privada é definida conforme a “natureza do caso” e a “condição das pessoas”.

Como refere Ana Henriques, a “condição das pessoas” traduz-se na ideia de que é necessário atender ao modo de ser do indivíduo e a forma como este se integra na sociedade para, *a posteriori*, traçar a definição daquilo que será a sua esfera de vida íntima, mais concretamente a sua posição social.²⁶

No que respeita à “natureza do caso”, entende Pedro Vasconcelos que este critério se prende “com a justa identificação, avaliação e ponderação do conjunto dos bens ou interesses juridicamente relevantes na concreta situação ou relação jurídica que afete a personalidade, designadamente, da qualidade ou do grau de intensidade dos interesses que concretamente se lhe oponham (desde interesses históricos, artísticos, culturais e de participação pública até meros interesses de curiosidade ou inclusivamente de pura coscuvilhice), do local (público ou privado) onde se deu o facto perturbador da intimidade da vida privada, do comportamento do titular quanto à exposição ou não da sua vida privada.”²⁷

A nível constitucional, a sua previsão ocorreu na Constituição da República Portuguesa de 1976²⁸, no artigo 33.º, o qual posteriormente alterado pela revisão de 1982, ocupando hoje, o lugar em que o conhecemos - no artigo 26.º, n.º 1, que estatui que a “Todos são reconhecidos o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

O Código do Trabalho reconheceu de forma expressa este direito, atendendo à debilidade da posição contratual e à especial vulnerabilidade a que se encontra sujeito o trabalhador, tratando-se de um regime especial relativamente ao consagrado no CC, mantendo, no entanto, diversos pontos de contacto.

²⁶HENRIQUES, ANA, *As Redes Sociais e o Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa de Lisboa, 2014, p.61.

²⁷VASCONCELOS, PEDRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Ed., Almedina, 2017, p.59.

²⁸Apesar das constituições anteriores não consagrarem de forma expressa o direito à reserva e intimidade da vida privada, este direito não era, de todo, ignorado, visto que, quer na vida em sociedade, quer na própria legislação estavam consagrados direitos que de uma forma ou de outra correspondiam a aspetos decorrentes da privacidade, tais como, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência de forma até bastante evoluída para a época.

Neste plano normativo-legal, encontramos plasmado um princípio de respeito mútuo pelos direitos de personalidade de cada um dos sujeitos laborais, que devem, na execução do contrato de trabalho, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada, que abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal, nomeadamente, os elementos relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

Para além do artigo 16.º, seguem-se outros artigos de extrema importância e com ele relacionados, que dizem respeito a situações específicas, inerentes à tutela da privacidade do trabalhador, relacionados com os meios de vigilância à distância, com a confidencialidade de mensagens e de acesso a informação, com testes e exames médicos e proteção de dados pessoais, matéria de estudo que desenvolveremos posteriormente.

2.2 O Direito à Privacidade como Direito da Personalidade e Direito Fundamental

O direito à reserva da intimidade da vida privada é um direito fundamental e um direito de personalidade. Assim, para além de ser um direito de todo o cidadão, é também um direito específico dos trabalhadores.

Os direitos fundamentais²⁹, como refere Jorge Miranda, “são direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição.”³⁰

Relativamente aos direitos de personalidade³¹, “são aqueles sem os quais as pessoas não são tratadas enquanto pessoas humanas, constituindo, desse modo, o núcleo fundamental ontológico da personalidade e da dignidade humana.”³²

Segundo Amaury Mori, os direitos de personalidade enquadram-se no conjunto de direitos subjectivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.³³

Como refere Guilherme Dray, “Os direitos de personalidade são determinantes para a protecção dos direitos de cidadania e consubstanciam uma manifestação da

²⁹Os direitos fundamentais podem ser considerados sob inúmeras perspectivas, tendo em vista que, desde o seu surgimento até à atualidade, a sua concepção vem sofrendo variações, conforme cada época e lugar. Os direitos fundamentais têm o seu marco nas revoluções liberais do fim do século XVIII, estas revoluções foram o reflexo da concepção iluminista do homem, visto como indivíduo dotado de razão, ponto de partida de todas as coisas e detentor de direitos inerentes à sua própria natureza. A concepção liberal dos direitos fundamentais está diretamente ligada à ideia de jus naturalismo, segundo a qual todos os indivíduos nascem com os mesmos direitos e deveres e somente o Estado representa uma estrutura de poder capaz de interferir na vida das pessoas. Os direitos fundamentais consubstanciam restrições e limitações contra o Estado a fim de impedir possíveis invasões. Cfr. SILVA, VASCO, SARLETT, INGO, *Portugal, Brasil e o Mundo do Direito*, Almedina, 2009, pp.406-408.

³⁰MIRANDA, JORGE, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, Petrony, 1999, p.11.

³¹A doutrina tem entendido de forma pacífica que os direitos de personalidade são direitos privados, uma vez que, se inserem no subsistema civil e obedecem à dogmática privada, impondo-se deste modo nas relações entre sujeitos privados; absolutos, por não pressuporem uma relação jurídica entre duas partes distintas, antes se bastando com um sujeito e um objecto; não patrimoniais, porque não têm de ser avaliados em dinheiro (desde logo a reserva da intimidade da vida privada); inatos, atento o facto de decorrerem da mera aquisição de personalidade e como tal, não necessitarem de expressa consagração legal; perpétuos, na medida em que apenas cessam com a morte do sujeito; intransmissíveis ou pessoalíssimos, porque são imanentes a um sujeito jurídico e por fim são relativamente indisponíveis, tendo em conta que apenas podem ser limitados em obediência ao princípio da ordem pública.

³²VASCONCELOS, PEDRO, *Protecção de Dados Pessoais e Direito à Privacidade*, in *Direito da Sociedade de Informação I*, Coimbra, 1999, pp.249-250.

³³MORI, AMAURY, *O Direito à Privacidade do Trabalhador no Ordenamento Jurídico Português*, Editora LTDA, 2011, p.42.

atualidade do princípio da protecção do trabalhador perante a revolução tecnológica e a sociedade da informação.”³⁴

A personalidade representa um conjunto de características que compõem a individualidade de cada um, enquanto membro de uma sociedade, a qual composta por diversas personalidades. Cada um de nós possui diversas facetas- a de cidadão, a de trabalhador e a de empregador, daí a necessidade de estabelecer limites, para possíveis situações de conflitos, que podem colocar em causa elementos da personalidade de uma das partes ou de ambas as partes na interação.

Com o desiderato de atuar na defesa dos direitos de personalidade, o legislador consagrou uma panóplia de direitos, os quais se encontram plasmados em diversos instrumentos legislativos. Desses direitos, podemos individualizar o direito à identidade pessoal, à imagem, ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à protecção do desenvolvimento da personalidade, à protecção contra qualquer forma de discriminação, à protecção dos dados pessoais, à protecção da identidade genética, à liberdade de expressão e de informação, à liberdade de consciência. De sublinhar que estes direitos se encontram salvaguardados contra qualquer violação, podendo o ofendido requerer uma providência adequada a evitar a consumação da ofensa ou atenuar os seus efeitos.

A legislação laboral confere uma protecção especial à personalidade do trabalhador e do empregador, comparativamente ao regime geral do CC, prevendo nos artigos 14.º a 22.º do CT, direitos como a liberdade de expressão e de opinião, direito a integridade física e moral, a reserva da intimidade da vida privada, a protecção de dados pessoais, a protecção de dados biométricos e a confidencialidade de mensagens e de acesso a informação, ao mesmo tempo que regula a realização de testes e exames médicos e a utilização de meios de vigilância à distância.

Ora, sendo o direito à reserva da intimidade da vida privada um direito de personalidade, pode ser (auto) limitado. Desde que, dessa limitação não resulte ofensa aos princípios da ordem pública (lei, bons costumes, moral, segurança, salubridade, tranquilidade pública). No entendimento de Maria Ramalho, existem três limitações a saber - os limites imanentes, os limites extrínsecos e os limites voluntários.³⁵

³⁴DRAY, GUILHERME, *Comunicações Eletrónicas e Privacidade no Contexto Laboral*, in *Prontuário do Direito do Trabalho*, Vol. II, Centro de Estudos Judiciários, 2016, p.106.

³⁵RAMALHO, MARIA, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais em Matéria Laboral*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra Editora, 2012, pp.619-638.

Os primeiros decorrem do regular exercício do próprio direito, devendo o titular respeitar o princípio da boa fé, dos bons costumes, assim como, os fins sociais ou económicos deste direito.

Os segundos reportam-se à relação necessária de coexistência entre todos os direitos, por exemplo, os direitos dos trabalhadores, com outros direitos ou interesses do empregador, devendo tal colisão ser resolvida ao abrigo do artigo 335.º do CC.

Os terceiros, por sua vez, decorrem da vontade do próprio trabalhador ou do acordo deste com o empregador no contrato de trabalho, sendo que, os problemas decorrentes deste tipo de limites devem ser solucionados pelos regimes dos artigos 18.º da CRP e 81.º do CC.

Toda a limitação que for contrária aos princípios da ordem pública será considerada nula, pelo que, no contrato de trabalho, toda a limitação deve ser analisada com cautela tendo em vista a situação de dependência e subordinação jurídica em que se encontra o trabalhador, salientando que toda a limitação voluntária, quando admitida pela lei, é sempre revogável.

Numa colisão entre o direito à privacidade com outro direito fundamental, ou de personalidade, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito sem maior detrimento para qualquer uma das partes.

Contudo, na fixação do limite até o qual cada titular deve ceder, é indispensável preservar sempre a dignidade da pessoa humana.

Acerca da limitação dos direitos de personalidade do trabalhador, refere ainda Maria Ramalho que este direito desencadeia três projeções imediatas. Em primeiro lugar, o trabalhador tem o direito de exigir ao empregador um respeito pelos seus direitos enquanto pessoa e enquanto cidadão, na execução do contrato de trabalho.

Em segundo lugar, os direitos de personalidade do trabalhador impõem-se ao empregador no vínculo laboral. Em terceiro lugar, todas as possíveis restrições aos direitos de personalidade do trabalhador devem estar sujeitas, não só ao princípio do mínimo, de acordo com os cânones de interpretação do artigo 18.º da CRP, mas também aos limites gerais do artigo 81.º CC.³⁶

A limitação dos direitos de personalidade no CT obedece a requisitos substantivos, formais e procedimentais, como veremos oportunamente num momento ulterior.

³⁶RAMALHO, MARIA, *Direitos de Personalidade*, op. cit., pp.619-638.

No entanto, adiantamos que a reserva da intimidade da vida privada deve ser considerada a regra e não a exceção. Tal como refere Guilherme Dray, “Assim o impõe a natureza do direito à privacidade como um direito de personalidade, por um lado, e a sua consagração constitucional como direito fundamental, por outro. O direito à reserva deve cessar, apenas, perante factos e circunstâncias que fundam direitos de outras pessoas e em circunstâncias que um interesse maior o exija em termos tais que se torne inexigível a sua manutenção.”³⁷

Salientamos ainda que o direito à reserva e intimidade da vida privada, enquanto direito fundamental, é aplicável não só às entidades públicas, como o é igualmente às entidades privadas, garantindo, desta forma, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que encontra consagração normativa no artigo 18.º, n.º 1 da CRP.

No que diz respeito à eficácia horizontal, a doutrina tem ainda distinguido duas teses - a tese da aplicabilidade direta ou imediata dos direitos fundamentais às entidades privadas, não se revelando assim necessária a intervenção ou mediação do legislador para que os direitos fundamentais sejam aplicados, tendo estes eficácia *erga omnes*; e a tese da aplicabilidade indireta ou mediata, que traduz a ideia de que a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre privados deve ser efetuada mediante a intervenção do legislador ordinário, através de leis e princípios de direito privado.

Em abono da verdade, como refere José Abrantes as diferenças acabam por não ser substanciais, porquanto, em qualquer um dos casos, o critério de resolução passará pela adoção das regras dos conflitos de direito, nomeadamente, pelos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade, quer essa aplicação seja imposta diretamente, quer seja por meio de legislação ordinária baseada nas cláusulas de direito privado.³⁸

O trabalhador beneficia da protecção conferida ao direito à reserva da intimidade da vida privada enquanto direito fundamental, pelo que, nos termos do disposto no artigo 18.º da CRP, só serão admitidas restrições que obedeçam ao princípio da proporcionalidade nas suas vertentes da necessidade, de adequação e da proibição do excesso, devendo cada restrição respeitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais em causa.³⁹

³⁷DRAY, GUILHERME, *Justa Causa.*, op. cit., p.50.

³⁸ABRANTES, JOSÉ, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005, p.101.

³⁹*Idem*, p.50.

A verdade é que, até agora, temos vindo a traçar uma abordagem dos direitos fundamentais numa perspectiva mais individualizada, ou seja, na perspectiva do trabalhador. Contudo, convém ressaltar que tais direitos concorrem com outros direitos igualmente merecedores de protecção, designadamente, aqueles de que é titular a entidade empregadora, tais como o direito à iniciativa económica privada (art.º 61.º, n.º 1), o direito à liberdade de iniciativa e organização empresarial (art.º 80.º alínea c).

Por este motivo, torna-se necessário procurar um ponto de equilíbrio entre os direitos em conflito para que não haja uma violação excessiva de direitos, não sendo lícito a qualquer uma das partes defender os seus interesses legítimos com recurso ao abuso do direito. Neste conflito, para aferir qual o direito que deve sofrer uma maior restrição, deve então efetuar-se uma gradação de direitos por meio da apreciação dos bens jurídicos em causa.

III. O CONTRATO DE TRABALHO E A VIDA PRIVADA DO TRABALHADOR

3. A ténue fronteira entre a vida profissional e a vida privada

Desde logo, pode afirmar-se que o contrato de trabalho pressupõe uma relação assimétrica, através da qual o trabalhador aliena parte importante da sua disponibilidade para a colocar ao serviço e em benefício de outrem, que sobre ele exerce poderes de autoridade.

Ademais, a disponibilização da força de trabalho implica sempre uma restrição da personalidade. Por outras palavras, como sustenta Maria Ramalho, “o envolvimento da personalidade do trabalhador no vínculo laboral, conjugado com o carácter continuado da situação jurídica e com o grau de indeterminação da prestação do trabalho, torna particularmente vulneráveis os direitos de personalidade do trabalhador na vigência do contrato.”⁴⁰

Por forma a evitar que o empregador exerça o seu sinalagma de forma abusiva, obrigando o trabalhador a exercer a sua parte do contrato em condições deploráveis, cenário passível de observação frequente ao longo da história das relações laborais, torna-se urgente que o direito do trabalho caminhe no sentido de valorizar o trabalhador como pessoa humana, como cidadão, dentro e fora da empresa, visto que, como nos ensina Lobo Xavier e Bernardo Gama, “é do trabalho que depende a ocupação do tempo ativo das pessoas, o espaço dos seus ócios, o essencial do seu rendimento, posição social e a possibilidade de realização pessoal.”⁴¹

“A força de trabalho é uma qualidade inseparável da pessoa do trabalhador, o que supõe um profundo envolvimento da pessoa deste na execução, em moldes heterodeterminados, daquele contrato.”⁴² Para além do mais, como afirma António Moreira, “a relação de trabalho e a esfera privada do trabalhador estão ontologicamente numa situação de conflito”, na medida em que “a própria força de trabalho pertence à esfera privada”. Assim, uma pessoa deve trabalhar porque, livremente, assumiu o compromisso de o fazer, isto é, aceitou limitar a sua esfera, sendo certo que, a submissão

⁴⁰RAMALHO, MARIA, *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 4.ª Ed., Almedina, 2012, p.429.

⁴¹XAVIER, LOBO, GAMA, BERNARDO, *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 2.ª Ed., São Paulo, 1999, p.32.

⁴²AMADO, JOÃO, *Contrato de Trabalho*, 3ª Ed., Coimbra Editora, 2011, pp.14-15.

de um ser humano à direcção e à disciplina de outro, implica uma intromissão na esfera do primeiro.⁴³

A grande dificuldade patente nesta matéria é a de conseguir garantir um justo equilíbrio entre a tutela da esfera privada do trabalhador e o princípio da liberdade de gestão empresarial do empregador. Todavia, tal como refere Guilherme Dray, “não existe uma barreira intransponível ou uma dicotomia absoluta entre a vida profissional e a vida privada do trabalhador: em certos casos, a interpenetração é manifesta. A ideia de direito à reserva da intimidade da vida privada como sinónimo do direito ao isolamento ou ao anonimato, próprio do *right to be alone* anglo-saxónico, deve ser afastada: no domínio jus laboral, o princípio da mútua colaboração, aliado ao dever de lealdade, impõem que se afaste uma concepção egoísta e individualista daquele direito de personalidade. Está em jogo um princípio geral de lealdade recíproca entre as partes contratantes, que extravasa a mera prestação laboral no local e tempo de trabalho.”⁴⁴

O real problema reside na determinação da forma como este direito se concretiza no âmbito de uma relação jus laboral, nunca esquecendo que o princípio geral nesta matéria, que decorre do CT e que a jurisprudência tem vindo a sublinhar, é o princípio da irrelevância das matérias da esfera privada das partes para o contrato de trabalho⁴⁵, que tem aplicação tanto na celebração, como na execução e cessação do contrato de trabalho.

Na fase da formação do contrato de trabalho, o direito à reserva da vida privada do trabalhador representa um limite negativo ao dever de informação do trabalhador, posto que, tal dever não se estende a matérias da sua vida privada. Estas matérias estão enunciadas exemplificativamente no artigo 16.º, n.º 2 do CT e inclui informações sobre o estado civil, a situação de saúde, o estado de gravidez, a orientação sexual ou as convicções religiosas e partidárias do trabalhador.

Por outras palavras, e chamando à colação a teoria das esferas, o trabalhador não tem de informar o empregador sobre aspetos da sua esfera intimida privada ou familiar⁴⁶, sendo que, a proteção aqui conferida, abrange tanto o acesso como a divulgação dos aspetos íntimos e pessoais do trabalhador, o que significa que, ainda que o trabalhador consinta na tomada de conhecimento desses aspetos pela entidade empregadora, tal

⁴³MOREIRA, ANTÓNIO, *I congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, 1998, p.21.

⁴⁴DRAY, GUILHERME, *Justa Causa*, op. cit., p.57.

⁴⁵Neste sentido, Cfr. RAMALHO, MARIA, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa*, Almedina, Vol. I, 2003, p.172.

⁴⁶Pode suceder que o trabalhador faculte voluntariamente ao empregador determinados dados e elementos referentes à sua vida pessoal, tratar-se-á nesse caso de uma limitação voluntária de um direito de personalidade revogável a todo o tempo.

consentimento não se estende necessariamente à divulgação, sendo vedado ao empregador revelá-los a terceiros sem que para tanto haja sido autorizado pelo trabalhador.

Segundo Guilherme Dray⁴⁷, o artigo 16.º do CT tem uma dupla função - por um lado, afirma a tutela geral da personalidade dos sujeitos laborais e, por outro lado, eleva o direito à reserva da intimidade da vida privada daqueles sujeitos à categoria de personalidade em especial, entendimento também perfilhado pelo Supremo Tribunal de Justiça, que considerou que este artigo possui como finalidade a de estabelecer os limites que se impõem a ambas as partes quanto à possibilidade de recolha e divulgação de informações, no âmbito da relação laboral, aquando do início dessa relação.⁴⁸

O legislador, através deste preceito, quis garantir e tutelar as posições de ambas as partes. Porém, entendemos que tal consagração é desnecessária uma vez que, encontrando-se as partes em posições de desigualdade, não se justifica tal equiparação, justificando-se, pelo contrário, um tratamento jurídico diferenciado.

Ainda no que respeita à fase da formação, Teresa Moreia refere que é nesta fase “que o trabalhador - candidato se encontra mais fragilizado já que é nessa altura que a desigualdade real mais se evidencia, concretizada numa inferioridade pré - contratual do candidato, derivada da sua singular debilidade económica e da escassa expectativa de emprego, o que o induz a abdicar parcialmente da sua personalidade em garantia de adesão do seu comportamento futuro à vontade ordenadora e dispositiva do empregador. Na verdade, parece ser nesta fase que podem ser produzidas as violações mais flagrantes à lei e aos direitos fundamentais dos trabalhadores e, por esse mesmo motivo, é necessária uma maior vigilância e protecção de possíveis intromissões na vida privada do candidato.”⁴⁹

No que diz respeito à fase da execução do CT, o direito à reserva da intimidade da vida privada visa sobretudo proibir determinadas condutas do empregador, passíveis de ferir a vida privada do trabalhador.

Por fim, na fase da cessão do CT, a principal projecção do direito à reserva da vida privada do trabalhador reside no facto de tornar, em princípio, irrelevantes, as condutas

⁴⁷DRAY, GUILHERME, et.al., *Código do Trabalho Anotado*, 6ª Ed., Almedina, 2016, p.151.

⁴⁸Ac. STJ de 05.07.2007 (Mário Pereira).

⁴⁹MOREIRA, TERESA, *A Privacidade dos Trabalhadores e a Utilização de Redes Sociais Online*, in *Questões Laborais*, Ano XX, n.º 41, Coimbra Editora, 2013, p.68.

que estejam relacionadas com a vida pessoal e, em geral, as suas condutas extra-laborais, para efeitos de configuração de uma situação de justa causa para despedimento.⁵⁰

O trabalhador pode fornecer voluntariamente informações relativamente à sua vida privada, tratando-se, neste caso, de uma limitação voluntária. Todavia, por imposição, quer do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, quer do artigo 335.º do CC, a reserva da intimidade da vida privada deve ser a regra, não a exceção, apenas se justificando o recurso à sua limitação quando interesses superiores o exijam, de acordo com os princípios gerais da proporcionalidade e da adequação, tendo em conta que o círculo da reserva da intimidade da vida privada não é uniforme e não segue padrões absolutos, devendo este ser definido consoante a natureza do caso e o tipo de atividade laboral desenvolvida⁵¹.

No entanto, como refere o Grupo de Protecção das Pessoas⁵², “os trabalhadores não abandonam o direito à sua vida privada e à protecção dos dados, cada manhã, ao atravessarem a soleira do seu posto de trabalho. Eles esperam legitimamente um certo grau de respeito da vida privada no seu lugar de trabalho, porque é aí que eles desenvolvem uma parte importante das suas relações com outras pessoas. Este direito deve, no entanto, ser equilibrado com outros direitos e interesses legítimos do empregador, nomeadamente, o direito de gerir de forma eficaz a sua empresa de acordo com certos padrões e, sobretudo, o direito de se proteger da responsabilidade ou do prejuízo que as ações dos trabalhadores possam vir a suscitar. Estes direitos e interesses são motivos legítimos capazes de justificar medidas apropriadas cuja finalidade é a de limitar o direito à vida privada dos trabalhadores.”⁵³

Impõe-se, por isso, que o trabalhador seja visto como um cidadão a quem a lei reconhece a titularidade de direitos fundamentais, que não aliena o seu direito à reserva da intimidade da vida privada nem outros direitos de personalidade, pelo simples facto de se encontrar adstrito à prestação laboral.⁵⁴

⁵⁰RAMALHO, MARIA, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, Almedina, 5ª Ed., 2014, pp.961-962.

⁵¹Neste sentido, Cfr. DRAY, MACHADO, *Justa Causa*, op. cit., p.60.

⁵²Grupo de trabalho que foi criado nos termos do artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE. Trata-se de um organismo consultivo independente europeu em matéria de proteção de dados e de privacidade. As suas atribuições encontram-se descritas no artigo 30.º da Diretiva 95/46/CE e no artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE.

⁵³Parecer n.º 8/2003, de 20 de maio de 2003, da CNPD, disponível em: https://www.verbojuridico.net/doutrina/trabalho/parecer_codtrab.html.

⁵⁴O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Maio de 2006, da Relatora Isabel Tapadinhas, assinalou que embora o reconhecimento dos direitos de personalidade do trabalhador no âmbito da relação de trabalho só tenha tido consagração expressa no Código do Trabalho, já anteriormente se entendia que os

O paradigma que se traduzia nas oito horas diárias e nas quarenta horas semanais, findas as quais o trabalhador ficava liberto de preocupações, tem vindo a ser posto em causa através de novas exigências, as quais que se inserem na nova tendência designada por “laboralização da vida privada.”⁵⁵ Isto significa que o *status* de cidadão se mantém e que os direitos se aplicam com a mesma extensão. No entanto, podem ser admitidas algumas limitações, como consequência das obrigações assumidas com a celebração do contrato de trabalho.

direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa e previstos no Código Civil tinham aplicação plena e direta aos trabalhadores no âmbito da execução do contrato de trabalho, uma vez que, a celebração deste não implica a privação dos direitos que a Constituição reconhece a qualquer cidadão e o trabalhador não deixa de ser um cidadão como qualquer outro, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁵LIZARDO, JOÃO, *Algumas Questões Quanto à Realização de Testes Respeitantes ao Estado Física do Trabalhador*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 81, Centro de Estudo Judiciários, 2008, p.287.

3.1 Proteção de dados pessoais

A rápida evolução tecnológica criou novos desafios em matéria de proteção de dados pessoais, em virtude do desenvolvimento e propagação das novas tecnologias que permitiram captar, relacionar, transmitir e armazenar todo o tipo de dados pessoais a uma escala sem precedentes.

Nos tempos que correm, dada a evolução que se tem registado nos mais variados domínios da sociedade, o legislador tem apresentado dificuldades em acompanhar este ritmo alucinante. Por isso, cabe aos juristas e outros entes do Direito, um papel de constante necessidade de ajuste às novas realidades, não se constituindo o Direito Laboral como exceção, vinculando a legalidade da recolha de dados à finalidade do seu tratamento.

O artigo 17.^{o56} do Código do Trabalho, vem regular as situações em que o empregador pode solicitar ao trabalhador ou ao candidato a emprego informações relativas à sua vida privada, bem como o regime da proteção dos dados pessoais que hajam sido fornecidos, muito embora, de acordo com a Lei da Protecção de Dados Pessoais n.º 67/98 de 26 de Outubro⁵⁷ e com o Regulamento Geral da Protecção de Dados Pessoais nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Abril de 2016, a regra seja a da proibição da obtenção de dados pessoais.⁵⁸

O direito à proteção de dados pessoais decorre eminentemente do direito à reserva da intimidade da vida privada, que, como vimos, não deve ser interpretado de uma forma restrita.

Assim, segundo o artigo 4.º, n.º 1 do RGPD, serão considerados dados pessoais as informações relativas a uma pessoa singular identificada ou identificável em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação,

⁵⁶O âmbito subjetivo de aplicação deste artigo é muito vasto, na medida em que abrange não só os trabalhadores, ou seja, aqueles que se encontram vinculados por um contrato de trabalho, mas também os candidatos ao emprego, ou seja, todos aqueles que, com o intuito de acederem a um emprego, entram em contacto com o potencial empregador. A tutela desta disposição inicia-se no momento em que se desencadeia o processo de seleção para determinado posto de trabalho e prolonga-se por todo o período de vigência do vínculo jurídico laboral.

⁵⁷Até existir legislação nacional de execução do RGPD, a LPDP continua em vigor em tudo o que não contrarie o RGPD.

⁵⁸O artigo 9.º do RGPD dispõe que “É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.”, na mesma orientação, o artigo 7.º da LPDP.

dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.

Como vem arguir David Festas, a proteção de dados pessoais do candidato a emprego ou do trabalhador representa, na sua génese, um conflito de direitos. “Por um lado, o empregador tem o direito de conhecer algumas informações pessoais do candidato a emprego ou do trabalhador, a fim de conseguir determinar se estes se encontram ou não aptos a realizar a prestação de trabalho, se reúnem ou não as características pessoais necessárias para se integrarem na organização do empregador e, em última análise, se representam ou não um perigo para si ou para terceiros. Por outro lado, o candidato a emprego ou o trabalhador têm o direito a não ver devassada a sua vida privada e, consequentemente, a não serem discriminados pelas informações que prestem.”⁵⁹

Todavia, o direito à reserva da intimidade da vida privada não é um direito absoluto, dado que, o artigo 17.º, n.º 1 alínea a) do CT diz-nos que o empregador poderá exigir informações relativas à vida privada do trabalhador, quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a aptidão do trabalhador ou, ainda, para a execução do contrato de trabalho, mediante o preenchimento cumulativo de alguns requisitos de natureza substantiva, formal e procedimental.

Quanto à alínea b) os requisitos tendem a estreitar na medida em que estamos perante dados cujo índice de sensibilidade integra a esfera íntima do trabalhador, como é o caso das questões relativas à saúde ou estado de gravidez. Nestes casos, exige-se pedido de informação, o qual se funda em particulares exigências inerentes à atividade profissional, bem como é necessária a intermediação de um médico, uma vez que, o acesso às informações não pode ser levado a cabo diretamente pelo empregador.

No fundo, poder-se-á admitir que tudo dependerá do tipo de atividade e do posto de trabalho. Nestes moldes, compreende-se, por exemplo, que poderão ser exigidas informações a propósito da saúde dos médicos, dos desportistas, das forças policiais, dos pilotos, ou ainda informações relativas ao estado de gravidez em condições que haja potencial risco de afetar a saúde do bebé, nomeadamente, em serviços de radiologia.

Recorde-se que, ao abrigo do artigo 278.º da CRP, foi requerida a apreciação da constitucionalidade do artigo 17.º, n.º 2 do CT⁶⁰. Enquanto na primeira parte se proibia

⁵⁹FESTAS, DAVID, *O Direito à Reserva*, op.cit., p.29.

⁶⁰O artigo 17.º n.º 2 do da antiga Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, atualmente corresponde ao artigo 17.º n.º 1 alínea b). O antigo preceito disponha que “O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou

que o empregador exigisse ao candidato a emprego ou ao trabalhador a prestação de informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, no segmento normativo em questão abria-se, todavia, essa possibilidade quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justificassem.

Para o efeito, foi alegado pelo Presidente da República que, encontrando-se estes elementos da esfera privada do trabalhador ou do candidato a emprego indiscutivelmente protegidos pela reserva da intimidade da vida privada, e, mesmo que se entenda que por si só a possibilidade de o empregador exigir a prestação de informações relativas à sua saúde ou ao estado de gravidez não viola tal garantia, por estar justificada pela protecção de outros valores, a abertura dessa possibilidade, constitui, em qualquer caso, uma restrição do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada.

Pelo que, tal restrição só seria admissível se observasse as exigências impostas pelo princípio da proibição do excesso “ nas suas dimensões de princípio da determinabilidade e princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, o que, no caso em apreço, parece muito discutível, atenta, por um lado, a indeterminabilidade que resulta da utilização de conceitos tão vagos como as particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional, e, por outro lado, a possibilidade de utilização de meios menos restritivos, como, por exemplo, através do recurso à intervenção de médico que se reservaria o conhecimento de tais dados e só comunicaria ao empregador se o trabalhador ou candidato a emprego estava ou não apto a desempenhar a actividade, tal como, de resto, o CT dispõe no artigo 19.º, n.º 3.”⁶¹

Na sua fundamentação, o Tribunal Constitucional colocou em destaque o Acórdão 368/02 de 25 de Setembro de 2002, que julgou a constitucionalidade do Decreto Lei n.º 26/94 de 1 de Fevereiro⁶², que vinha prever a realização de exames periódicos de saúde aos trabalhadores, tendo em vista a verificação da aptidão física e psíquica dos mesmos no exercício da sua profissão, bem como a repercussão do trabalho e das suas condições na saúde do trabalhador, estabelecendo, neste contexto, o dever de os trabalhadores comparecerem aos exames médicos e realizarem os testes. Decidiu esse *douto* tribunal que os exames de saúde previstos estavam exclusivamente direccionados ao fim de

ao trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação”.

⁶¹Ac. TC de 18.07.2003 (Mário Torres).

⁶²Que estabelece o regime de organização e funcionamento das actividades de segurança, higiene e saúde no trabalho.

prevenção dos riscos profissionais e à prevenção de saúde dos trabalhadores, não se podendo concluir que tivesse instituído uma sistemática e global devassa da reserva da vida privada e, por isso, não julgou inconstitucional as normas então impugnadas.⁶³

Recordada esta orientação e voltando ao preceito legal em apreciação, é indiscutível que os dados relativos à saúde ou estado de gravidez do candidato a emprego ou do trabalhador se consubstanciam como elementos da intimidade da vida privada.

Assim, o artigo 17.º, n.º 2 do CT autorizou a ingerência do empregador na vida privada do candidato a emprego ou do trabalhador quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem. O espírito desta norma espelha essencialmente a ideia de que é necessário harmonizar o direito à reserva da vida privada com outros direitos e interesses igualmente protegidos.

Para tanto, entendeu o Tribunal Constitucional que existem outras exigências para além da segurança ou da saúde do trabalhador ou de terceiros ligadas a especificidades da actividade profissional, que poderão mostrar-se aptas a justificar a necessidade da restrição, por exemplo, a determinação da aptidão, decidindo assim pela não inconstitucionalidade da norma constante do segundo segmento do artigo 17.º, n.º 2, do CT, que permite a exigência de prestação de informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador, quando particulares exigências inerentes à actividade profissional o justifiquem, desde que, seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação (alínea a).

Não obstante, pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma constante do segundo segmento do artigo 17.º do n.º 2 do CT, na medida em que se permitia o acesso direto do empregador a informações relativas à saúde ou estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador, por violação do princípio da proibição do excesso nas restrições ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 26.º, n.º 1, e 18.º, n.º 2 da CRP (alínea b).⁶⁴

⁶³Ac.TC de 25/09/2002 (Artur Maurício).

⁶⁴O Relator Conselheiro Mário Torres, bem como as Conselheiras Maria Brito e Maria Palma votaram vencidos quanto à decisão da alínea a), tendo invocado os seguintes argumentos: 1) as restrições aos direitos fundamentais só são legítimas se visarem salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Como o artigo 17.º n.º 2 do CT tem um carácter vago e indeterminado na expressão “quando particulares exigências inerentes à actividade profissional o justifiquem”, este possibilita intromissões na intimidade da vida privada do trabalhador ou do candidato ao emprego baseadas, a par de outros hipotéticos fundamentos constitucionalmente relevantes, em motivos não constitucionalmente atendíveis, motivo pelo qual viola o artigo 18.º n.º 2 da CRP; 2) o facto de se exigir por escrito a justificação do empregador para exigir as informações é irrelevante, porque a determinabilidade dos motivos justificadores de restrições a direitos fundamentais tem que constar da própria lei restritiva, não podendo ser relegada para a fundamentação dos atos concretos invasores da intimidade da vida privada; 3) a fórmula legal que permite

Da nossa parte, e salvo o devido respeito, entendemos que o Tribunal Constitucional, ao decidir pela não inconstitucionalidade da norma constante do segundo segmento normativo do artigo 17.º, n.º 2 do CT, não honrou o que protege a CRP no que diz respeito à restrição de direitos fundamentais.

A verdade é que o artigo 17.º, n.º 2 do CT utiliza como fundamento de restrição uma fórmula bastante genérica, deixando ao critério da entidade empregadora a sua concretização, o que poderá conduzir a certa restrição de um direito constitucionalmente consagrando, em prol da determinação da maior ou menor aptidão, ou até mesmo da segurança e da saúde do trabalhador ou do candidato para o desempenho concreto das funções requeridas pelo posto de trabalho ocupado ou a preencher.

Apesar de na esfera das probabilidades se afigurar possível encontrar hipotéticos fundamentos, no prisma real prático não os conseguimos determinar com a certeza e a determinabilidade necessária que a lei restritiva requer, dada a sensibilidade deste domínio que é o da reserva da vida privada.

Como bem nos ensina Vieira de Andrade, a CRP protege diversos direitos, pelo que, numa situação de conflito, não podemos pura e simplesmente sacrificar um em detrimento do outro, adiantamento ainda o mesmo autor que “a medida em que se vai comprimir cada um dos direitos (ou valores) pode ser diferente, dependendo do modo como se apresentam e das alternativas possíveis de solução de conflito”.⁶⁵

exigir informações sobre a saúde e estado de gravidez, com fundamento nas “particulares exigências inerentes à actividade profissional” é indeterminada e carece de fundamentação específica, permitindo uma restrição desproporcionada do direito fundamental à reserva da vida privada.

Por outro lado, restaram vencidos quanto à decisão da alínea b) os Conselheiros Carlos Oliveira, Benjamin Rodrigues, Maria Bezerra e Paulo Pinto, invocando os seguintes fundamentos: 1) não há violação da proibição de excesso no artigo 17.º n.º 2 do CT porque o direito à reserva da intimidade da vida privada não é absoluto, admitido restrições e condicionamentos, e também porque a restrição está justificada e preserva o núcleo essencial, pela exigência de fundamentação escrita; 2) estão em causa informações que são absolutamente necessárias para aferir a aptidão, sob o ponto de vista da saúde, do candidato a emprego ou trabalhador para exercer ou manter a atividade profissional sem risco de saúde ou de segurança do próprio trabalhador ou de terceiros; 3) para atendimento do princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição de excesso, o trabalhador poderá recorrer ao judiciário, se as razões escritas não forem justificadas; 4) o fornecimento dessas informações corresponde a um dever geral de boa fé por parte do candidato e é essencial para o empregador, que não pode eximir-se da responsabilidade por acidentes de trabalho; 5) se as atividades envolvem particulares riscos de saúde ou de segurança para o trabalhador ou terceiros, é proporcionada a obrigação do candidato ou trabalhador de fornecer essas informações ao empregador. A restrição à reserva da vida privada em benefício do empregador se justifica racionalmente enquanto contrapartida funcionalizada às vantagens que o candidato tem com a celebração do contrato de trabalho; 6) a exigência de fundamentação escrita pelo empregador e sua obrigação de sigilo das informações dos empregados garantem a adequação da exigência das informações, sendo necessário utilizar um conceito indeterminado, como o constante do 17.º n.º2 do CT.

⁶⁵ANDRADE, JOSÉ, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª Ed., Almedina, 2012, p.221.

Parece-nos evidente que o direito à reserva da intimidade da vida privada não é absoluto, como não o são os demais direitos fundamentais. Pode afirmar-se, neste seguimento, que os direitos fundamentais admitem restrições sempre que conflituem com outro direito constitucionalmente protegido, devendo esse conflito ser resolvido através da recíproca e proporcional limitação, de modo a garantir um justo equilíbrio.

Relativamente à alínea b) da decisão do Tribunal constitucional, concordamos plenamente com a posição adotada. No entanto, gostaríamos de proceder à seguinte ressalva- com o grande respeito que se tem pelos Conselheiros que restaram vencidos-, na ponderação da proporcionalidade, apenas podem ser ponderados direitos constitucionalmente protegidos, não se considerando admissível o recurso a qualquer intento para justificar uma restrição.

Após a análise das situações em que o empregador pode solicitar ao trabalhador ou ao candidato a emprego informações relativas à vida privada, para uma melhor análise e consideração, cabe explicar o regime da proteção dos dados pessoais que hajam sido fornecidos.

Assim, o artigo 17.º n.º 3 do CT dispõe que “ O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização”, estatuidando ainda o n.º 4 que “Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.”

Considera-se tratamento de dados “a operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais por meios automatizados ou não, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.”⁶⁶

A licitude do tratamento depende de consentimento⁶⁷, o qual deverá ser prestado nos moldes de ato positivo claro e que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca do titular dos dados pessoais.

⁶⁶Vide o artigo 4.º n.º 2 do RGPD e 3.º alínea b) da LPDP.

⁶⁷A fim de assegurar que o consentimento é dado de forma livre, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um manifesto

O tratamento de dados pessoais deverá ser efetuado de forma lícita e equitativa, devendo o responsável pelo tratamento dos dados alertar os titulares dos dados sobre os riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento, nomeadamente, o direito à informação, o direito à retificação, o direito ao apagamento, o direito à limitação do tratamento, o direito de portabilidade dos dados, o direito de oposição e o direito de retirar o consentimento.⁶⁸

O responsável pelo tratamento deverá fixar os prazos para o apagamento ou a revisão periódica, a fim de assegurar que os dados pessoais sejam conservados apenas durante o lapso de tempo considerado necessário.

É ainda de salientar que a obrigação de notificação prévia para o tratamento de dados pessoais à Comissão Nacional de Protecção de Dados se desvaneceu com a aplicação do RGPD⁶⁹. Todavia, o tratamento de dados pessoais suscetíveis de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades tem de ser precedido de uma avaliação de impacto sobre a protecção de dados conforme dispõe o artigo 35.º n.º 1 do RGDP, cujo conteúdo aqui se transcreve “ Quando um certo tipo de tratamento, em particular que utilize novas tecnologias e tendo em conta a sua natureza, âmbito, contexto e finalidades, for suscetível de implicar um elevado risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o responsável pelo tratamento procede, antes de iniciar o tratamento, a uma avaliação de impacto das operações de tratamento previstas sobre a protecção de dados pessoais”.

A avaliação de impacto ante exposta terá de incluir uma descrição sistemática das operações de tratamento previstas e a finalidade do tratamento, uma avaliação da necessidade e proporcionalidade das operações de tratamento em relação aos objetivos,

desequilíbrio entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento. Como refere CASTRO, CATARINA, “O consentimento apenas será livre quando possa ser retirado sem restrições, sem consequências ou oposição. Será expressão de vontade específica quando seja dado em função de um período temporal restrito, e para circunstâncias conhecidas antecipadamente. Apenas será informado se se der conhecimento ao trabalhador do carácter obrigatório ou facultativo das respostas, bem como, das possíveis consequências se não responder; Da identidade do responsável pelo tratamento dos dados ou do seu representante; Da finalidade do tratamento; dos destinatários dos dados ou categorias de destinatários, em caso de comunicação de dados pessoais; Da existência de direito de acesso e das suas condições”. Cfr. *A Protecção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores*, in *Questões Laborais*, ano IX, n.º 19, Coimbra Editora, 2002, p.59.

⁶⁸Para uma análise mais aprofundada, consultar os artigos 16.º a 21.º do RGPD.

⁶⁹Todavia, o RGPD consagra no artigo 36.º n.º 1 a consulta prévia, uma figura muito semelhante à antiga autorização, pelo que, o responsável pelo tratamento deverá consultar a autoridade de controlo antes de proceder ao tratamento, sempre que a avaliação de impacto sobre a protecção de dados, indicar que do tratamento resultará num elevado risco.

uma avaliação dos riscos para os direitos e liberdades, devendo ainda fazer referência às medidas previstas para fazer face aos riscos inerentes ao tratamento de dados.

A verdade é que, apesar do escopo do RGPD e da LPDP não se identificar especificamente como um desiderato orientado no sentido da protecção dos dados pessoais dos trabalhadores, estes diplomas incluem, mesmo assim, uma panóplia de princípios gerais em sede de protecção de dados pessoais, cuja importância é significativa nesse contexto, materializando-se essencialmente nos princípios que se seguem.

No princípio da transparência dos dados – que propugna que o tratamento dos dados pessoais tem de ser materializado de forma transparente, respeitando o direito à reserva da vida privada, bem como os demais direitos, liberdades e garantias fundamentais, beneficiando os trabalhadores através do direito a lhes ser fornecida informação sobre a identidade do responsável pelo tratamento dos dados pessoais, das finalidades do tratamento e das condições de acesso, retificação e atualização dos mesmos.

No princípio da qualidade dos dados – que dispõe no sentido em que os dados pessoais tratados devem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados.

No princípio da finalidade – que estabelece que os dados pessoais devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades.

No princípio da legitimidade - que consagra que o tratamento de dados pessoais deverá ser apenas efetuado após o titular dos dados ter prestado o seu consentimento, o qual deverá ser emitido mediante um ato positivo e claro, que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito.

No princípio da limitação do período de conservação dos dados – que surge intimamente ligado ao princípio da finalidade cujo fundamento assenta no facto de que os dados apenas devem ser conservados durante o período estritamente necessário para assegurar as finalidades do tratamento.

No princípio da autodeterminação - que se traduz na faculdade do titular dos dados poder controlar, na medida do possível, a utilização dos seus dados. Além disso, este princípio ainda engloba o direito de acesso, de retificação e de atualização dos mesmos.

Por último, no princípio da confidencialidade - que determina que a legitimidade do responsável pelo tratamento dos dados pessoais não lhe confere o direito de os divulgar

a terceiros, estando obrigados a um dever de sigilo quanto aos dados e informações recolhidas.

In verbis, verificamos que a orientação teleológica tanto do CT, como do RGPD, e da LPDP, se baseou no pensamento já desenvolvido pelo direito anglo-saxónico denominado por “*right to be alone*” ou “*right to be let alone*”, que propugnava o direito de certa pessoa se opor face a possíveis ingerências externas e ilegítimas de outrem, o que, de uma forma mais moderna, se consubstancia naquilo que os nossos diplomas legais acabam por defender.

Neste contexto, a recolha, o tratamento e a utilização de dados pessoais configuram, de um modo geral, uma ameaça à esfera privada dos sujeitos cujos dados pessoais são tratados. Não obstante, há que congratular o legislador pela criação do RGPD, diploma que veio eliminar muitas complexidades e inconsistências decorrentes das diferentes legislações nacionais e que veio, em certa medida, contribuir para o reforço da consciencialização do conceito que já se conhecia, mas que agora, se encontra definitivamente na esfera do conhecimento de qualquer cidadão.⁷⁰

⁷⁰No conjunto do RGPD, evidenciam-se ainda o direito a ser esquecido, o fim das notificações e autorizações, o surgimento de uma nova profissão (o encarregado de proteção de dados) e a obrigação de averiguar o impacto que o tratamento de dados implica.

3.2 O Impacto das novas tecnologias de informação e comunicação no domínio laboral

“Nos últimos anos, o impacto das NTIC na sociedade tem sido notável e incidiu, com uma velocidade vertiginosa e com efeitos sinérgicos incalculáveis, não só no modo de viver, de pensar e de agir das pessoas, como também no mundo do trabalho, transformando em profundidade a estrutura empresarial, revolucionando todo o processo de produção, a programação e a organização da actividade do trabalho, assim como a própria profissionalidade e as condições de vida materiais e morais dos trabalhadores e, conseqüentemente, a própria configuração da relação de trabalho.”⁷¹

Atualmente, vivemos numa verdadeira revolução tecnológica⁷² com o desapontar de novas tecnologias e o desenvolvimento de novos processos informativos, que têm desafiado progressivamente a denominada “sociedade de informação”⁷³, nos mais diversos campos, como na política, na saúde, na ciência, na educação, e sobretudo no direito laboral, transformando a economia e, por consequência, a configuração da empresa e o modo de viver e trabalhar.”⁷⁴

À semelhança de todas as revoluções de que há memória, também a revolução tecnológica, que se iniciou a partir dos anos sessenta do século XX⁷⁵, trouxe consigo inúmeros benefícios. Para traçar esta conclusão, basta comparar o presente com o passado e rápido verificamos que o mundo do trabalho já não é o mesmo. Definitivamente, as

⁷¹MOREIRA, TERESA, *Novas Tecnologias; Um admirável Mundo Novo do Trabalho*, in Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.º 11, Janeiro/Junho, 2012, p.16.

⁷²Existem três etapas na evolução das novas tecnologias, a saber, a da macroinformática das redes mundiais e a da Internet. Cfr. MOREIRA, TERESA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação; contributo para um estudo dos limites do poder de controlo do empregador*, Almedina, 2010, p. 23.

⁷³Como refere GOUVEIA, LUÍS, “A Sociedade da informação está baseada nas tecnologias de informação e comunicação que envolvem a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios electrónicos, como a rádio, a televisão, telefone e computadores, entre outros. Estas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, económicos e políticos, criando uma nova comunidade local e global: a Sociedade da Informação” Cfr. GOUVEIS, LUÍS, *Sociedade da Informação – Notas de contribuição para uma definição operacional*, disponível em http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf.

⁷⁴REDINHA, MARIA, *Utilização de Novas tecnologias no Local de Trabalho – Algumas questões*, in IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, 2002, p.115.

⁷⁵GOMES, JANUÁRIO, entende que “o século XX foi prodígio na criação e desenvolvimento de técnica de registo, comunicação e observação que colocaram em risco a salvaguarda e a privacidade das pessoas. O aparecimento do telefone, em primeiro lugar e, mais tarde do computador, da internet e dos diversos serviços a ela associados, aumentaram, e muito, a possibilidade de atentados ao direito à privacidade das pessoas”. Cfr. *O Problema da Salvaguarda*, op. cit., p.34.

novas tecnologias desempenham nos dias de hoje uma função de relevo, permitindo que captar, relacionar, transmitir e armazenar todo o tipo de dados.

Como refere Teresa Moreira “A Internet está a mudar a própria prática do Direito, constituindo um meio de comunicação muito frequente e cada vez mais utilizado nas relações entre empregadores e trabalhadores e entre estes e os seus clientes ou terceiros na medida em que facilita as comunicações ao poupar tempo e custos. Ela confere um acesso cada vez mais rápido e fiável a um número cada vez maior de informação e, no domínio económico, apresenta-se como uma ferramenta importante de informação e de gestão, oferecendo às empresas um enorme número de serviços interactivos.

Assiste-se, a uma verdadeira revolução digital que se refere às novas modalidades de comunicação e de distribuição de informação obtidas através da Internet, na medida em que a forma como as pessoas se comunicam foi completamente alterada, já que pode ocorrer de dentro para fora, de cima para baixo, de todos os lados e vice-versa. Está-se perante uma nova realidade, a realidade virtual, e a consagração da Internet como um meio de comunicação incontornável.”⁷⁶

No âmbito laboral, o reflexo das transformações tecnológicas é nítido e, nesse sentido, apuramos que as empresas assimilaram e utilizaram esta nova “era” para tornar a actividade laboral mais flexível e eficiente, para modificar a forma clássica da prestação de trabalho assente na ideia da presença física do trabalhador na empresa, com o objetivo de aumentar a rapidez das comunicações, proporcionando diversas formas de interação entre os elementos da cadeia empresarial, com vista à promoção de produtos ou serviços, revolucionando assim o processo funcional e estrutural das empresas.

Contudo, apesar dos inúmeros benefícios, a verdade é que, com as NTIC, surgiram diversos instrumentos informáticos, os quais capazes de ameaçar, de modo geral, a privacidade do ser humano enquanto ser moral e, mais concretamente, a privacidade do trabalhador.⁷⁷

⁷⁶MOREIRA, TERESA, *Novas Tecnologias*, op. cit., p.22.

⁷⁷A CNPD na declaração relativa ao dia Europeu da Protecção de Dados, de 28 de janeiro de 2010, referiu que “Na verdade, nos últimos 30 anos, a evolução tecnológica não deixou nunca de nos surpreender, tendo atingido patamares verdadeiramente admiráveis, quer pela rapidez dos seus progressos, quer pelo alcance dos seus feitos, que trouxeram inegáveis benefícios à vida das pessoas e das sociedades. As tecnologias de informação e comunicação, sobretudo, vieram mudar radicalmente o mundo, tal como o conhecíamos, proporcionando ao fenómeno da globalização um conteúdo sem precedentes. Todavia, esta capacidade tecnológica tem permitido também a criação de grandes sistemas de informação, interoperacionais, que processam e cruzam milhões de dados pessoais a um ritmo crescente. As sinergias tecnológicas e económicas têm sido geradoras de preocupantes intrusões na privacidade de todos e de cada um”, disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/relatorios/anos/relat2010.pdf>.

Se efetivamente nos debruçarmos com o intuito de reflexão, concluímos que de cada vez que se regista uma evolução dos meios de produção, desencadear-se-á, por consequência, uma evolução das possibilidades de controlo do empregador sobre o trabalhador, controlo esse que, como salienta Amadeu Guerra⁷⁸, já não está exclusivamente direcionado para os resultados da prestação laboral, tendo passado a abarcar novos aspetos tais como o comportamento do trabalhador, a forma como executa as tarefas que lhe estão atribuídas, a forma como maneja os instrumentos de trabalho, como se relaciona com os colegas e com os clientes, entre tantos outros aspectos visíveis.

Em relação ao uso generalizado dos meios tecnológicos, pode afirmar-se que este fenómeno tem vindo a modificar a própria relação laboral, uma vez que os empregadores já não têm a necessidade de falar e interagir com os trabalhadores para saber, por exemplo, como está a ser desenvolvido o trabalho em termos de produtividade. Isto porque os conseguem monitorizar, assistindo-se progressivamente a uma desumanização do local de trabalho.

Já os trabalhadores, por sua vez, como resultado desta monitorização, sentem-se usados e analisados, gerando esses sentimentos impactos negativos na saúde física e mental, provocando ou podendo provocar um clima de *stress* laboral, ao ponto de desencadear uma diminuição da eficiência e da produção.

Infelizmente, nos tempos hodiernos, assistimos à criação de um novo controlo, “o controlo electrónico do empregador”⁷⁹, o qual, através do manuseamento de sistemas informáticos, consegue reunir informação sobre os trabalhadores mediante a observação do que fizeram durante o tempo em que se encontravam no local de trabalho. Esta ingerência levada a cabo pelo empregador por meio eletrónico, permite que este tenha acesso direto aos interesses e preferências do trabalhador, tornando-o assim, verdadeiramente, numa fonte de informação pessoal.

Sobre o controlo propriamente dito, este não é um conceito novo, nem tão pouco proibido. A novidade reside no modo como é concretizado, dado que, aliado às novas tecnologias, possibilita uma maior efetividade desse controlo e uma maior capacidade de recolher dados que, por vezes, parecem não ter limites, ao contrário do que se verificava no sistema de vigilância tradicional.

Como salienta Teresa Moreira, “a tecnologia em si mesma é neutra o mesmo não se pode dizer do homem, que a utiliza com o intuito de controlar pessoas, conforme a história

⁷⁸GUERRA, AMADEU, *A privacidade no Local de Trabalho*, Almedina, 2004, p.14.

⁷⁹MOREIRA, TERESA, *Novas Tecnologias*, op. cit., p.17.

tem vindo a demonstrar, as inovações tecnológicas só dependem da utilização que lhes é dada pelo homem.”⁸⁰

O problema associado à utilização destes meios tecnológicos está no facto de o empregador poder deles lançar mão, mesmo que em termos menos lícitos, encapotando assim um possível controlo sob a forma de interesses comerciais, violando, nessa medida, o direito à privacidade do trabalhador.

Se, por um lado, a revolução tecnológica foi a grande responsável pelo inegável progresso na economia mundial, é igualmente verdade que a liberdade e intimidade dos trabalhadores passou a estar sujeita a novos constrangimentos, abusos e intromissões em virtude da utilização desses novos meios, que permitem e favorecem o controlo sistemático e exaustivo do empregador através de instrumentos, como as câmaras de videovigilância, a monitorização dos computadores, dos telefones, do GPS instalados nas viaturas, através de dados biométricos, entre outras formas de controlo da actividade dos trabalhadores.

Consequentemente, esta nova forma de controlo, caracterizada como impessoal e constante, originou uma alteração ou até desaparecimento de alguns direitos fundamentais, como é o caso do direito à privacidade, à liberdade e à dignidade do trabalhador, direitos estes que, num cenário de mundo utópico, não deveriam inclinar-se perante as NTIC.

Com o desenvolvimento das novas tecnologias sobrevém que, o trabalhador que anseia passar despercebido e ver preservados os seus direitos de personalidade, tem-se transformado num indivíduo vigiado, observado e transparente.

Por conseguinte, e atendendo a que o direito laboral é um direito que está em constante desenvolvimento, o legislador português assumiu um papel crucial na adequação da lei a este novo mundo - o mundo tecnológico - que coloca em causa, mais do que nunca, a dignidade do trabalhador e a salvaguarda da sua esfera privada.⁸¹

Na sociedade atual, não devem os sistemas de controlo assumir um carácter ilimitado. Devem sim ater-se ao que se revele necessário para aferir o cumprimento do contrato de trabalho, naquilo que se relacione com a melhoria da organização produtiva da empresa, devendo esta faculdade ser exercida de forma racional e pautada por um nível de intromissão objetivamente justificado e delimitado ao mínimo necessário.

⁸⁰*Ibidem.*

⁸¹GUERRA, AMADEU, *A Privacidade no Local de Trabalho*, op.cit., p.13.

3.3 Dados Biométricos

O registo de entradas e saídas é, por tradição, a área em que os empregadores mais tendem a controlar os trabalhadores. Este controlo é efetuado, frequentemente, através de um cartão de ponto, com ou sem código associado, sendo este facilmente ludibriado, bastando, para o efeito, que seja um terceiro colega a introduzir a informação.

Por forma a dissuadir este tipo de comportamentos, temos vindo a assistir nos últimos anos à instalação de novos sistemas de identificação e vigilância, baseados em dados biométricos⁸² dos trabalhadores, tais como, altura, timbre de voz, impressões digitais, geometria da mão ou da face, o padrão da íris ou da retina, ou seja, um conjunto de características físicas utilizadas para a verificação de uma identidade.⁸³

Os sistemas de controlo biométricos apresentam algumas vantagens relativamente a outros sistemas já instituídos. Por um lado, a manipulação da informação é quase impossível, dado que os dados biométricos variam de pessoa para pessoa, apesar do seu grau de similitude. Por outro lado, é um sistema dotado de uma grande rapidez e eficácia, na medida em que não necessita de nenhuma intervenção humana, sendo uma solução moderna para a identificação de fraudes.

Não obstante de todos os benefícios que o sistema biométrico proporciona, a verdade é que a adoção destas tecnologias é travada pela desconfiança dos utilizadores, por permitir de uma forma altamente intrusiva o controlo dos indivíduos e dos seus movimentos e atitudes, consubstanciando uma real ameaça ao direito à privacidade dos seus titulares.

⁸²Dados biométricos são dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico, relativos às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular, que permitem ou confirmam a sua identificação única, tais como imagens faciais ou dados dactiloscópicos. Cfr. artigo 3.º n.º 13.º do RGPD. No mesmo sentido o parecer n.º 3/2012, do Grupo de trabalho do artigo 29.º que classificou dados biométricos como “propriedades biológicas, características fisiológicas, traços físicos ou ações reproduzíveis, na medida em que essas características e/ou ações sejam simultaneamente únicas a essa pessoa e mensuráveis, mesmo que os padrões utilizados na prática para medi-las tecnicamente envolvam um certo grau de probabilidade”, disponível em <https://www.gdpd.gov.mo/uploadfile/2014/0505/20140505071715476.pdf>.

⁸³A biometria veio alterar a forma como os empregadores tratam os dados pessoais dos seus trabalhadores, a Comissão Nacional de Proteção de dados emitiu uma Deliberação a 26 de fevereiro de 2004, sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acesso da assiduidade, onde referiu que a finalidade deste tipo de tratamentos assenta na necessidade de agilizar os poderes de controlo da entidade responsável pelo tratamento e fixação do horário de trabalho, controlo da assiduidade, registo do tempo de trabalho e contabilização do trabalho suplementar, disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-BIOM-assiduidade-acesso.pdf>.

Acreditamos que o óbice da questão está em determinar até que ponto o poder de controlo do empregador, dos horários, da assiduidade e do tempo de trabalho, justifica a compressão de direitos fundamentais, nomeadamente, do direito à privacidade.

O princípio da proporcionalidade, na sua tripla vertente de idoneidade, necessidade e de proibição do excesso, funciona nesta matéria como um critério de legitimação para o tratamento de dados, na medida em que impõe que qualquer tratamento seja avaliado. Tal critério envolverá uma ponderação casuística entre a finalidade pretendida e o sacrifício ou limitação de direitos ou interesses dos trabalhadores.

O tratamento de dados biométricos segue o regime geral dos direitos de personalidade e assim, por força da aplicação do artigo 18.º, n.º 2 da CRP e 335.º do CC, a compressão dos direitos de personalidade deve limitar-se ao necessário, por forma a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Neste sentido, o controlo dos horários, da assiduidade ou do tempo de trabalho, através dos sistemas de reconhecimentos de dados biométricos, tem de consubstanciar uma medida idónea para alcançar o fim proposto, não podendo existir outras medidas menos restritivas. No que diz respeito aos benefícios, estes têm de ser superiores aos danos verificados na esfera dos interessados.

Em relação ao processo de tratamento dos dados biométricos, impõe-se distinguir duas fases - a fase do registo e a fase da autenticação. A fase do registo funda-se na cooperação e, nesta etapa, releva o consentimento do trabalhador uma vez que este irá expor parte do seu corpo para permitir o tratamento das características físicas ou morfológicas da sua identidade pessoal. De sublinhar que a recolha dos dados não pode ser materializada mediante violação da integridade física ou com base na intromissão injustificada na esfera íntima do trabalhador.

Como sustenta a CNPD, com elevado grau de sapiência, na recomendação de 26 de Fevereiro de 2004, “Não é o dado biométrico em si mesmo que pode afetar o direito à privacidade da pessoa, mas a finalidade com que é utilizado e os riscos que apresenta para a própria pessoa”, sendo que, a operação de recolha não poderá ser efetuada de forma discriminatória ou em violação do dever de respeito e dignidade do trabalhador.”⁸⁴

Quanto à fase da autenticação, o utilizador fornece o seu dado biométrico e este será comparado com todos os *templates* guardados no sistema, sistema esse que identificará, ou não, aquele utilizador.

⁸⁴*Ibidem.*

De entre as várias alterações que o RGPD veio introduzir no contexto laboral, talvez uma das mais brilhantes, mas que mais alterações trouxe, foi o alargamento do conceito de “dados sensíveis”, o qual passou a englobar os dados biométricos no âmbito das categorias especiais de dados pessoais.⁸⁵

Os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, merecem, segundo o RGPD, uma proteção especial.

Com a elevação dos dados biométricos a dados sensíveis, o seu tratamento passou por regra a ser proibido, conforme dispõe o artigo 9.º, n.º 1 do RGPD “É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”.

O tratamento será lícito se o titular dos dados der o seu consentimento expresso ou ainda se este tratamento se revelar necessário para efeitos de cumprimento de obrigações relativas à legislação laboral, conforme dispõe o artigo 9.º, n.º 2 do RGPD, que consagra as derrogações admissíveis à proibição geral de tratamento.

Em termos procedimentais, o empregador só poderá tratar dados biométricos após a elaboração de uma avaliação de impacto sobre a proteção de dados, tal como prevê o artigo 35.º n.º 1 do RGPD.

A CNPD alerta os responsáveis pelo tratamento de dados para a necessidade de cumprimento de certos princípios de proteção de dados, destacando-se, de seguida, as principais linhas da recomendação de 26 de fevereiro de 2004:⁸⁶

- a) O tratamento deve ser feito com respeito pela reserva da vida privada e para finalidades determinadas, explícitas e legítimas;
- b) Os dados devem ser adequados, pertinentes e não excessivos em relação à finalidade e proporcionados aos objetivos que se pretendem atingir;
- c) O responsável só pode proceder ao tratamento se, de acordo com a natureza dos dados estiverem preenchidas as condições de legitimidade;

⁸⁵Antes da entrada do RGPD os dados biométricos não eram considerados, pelo menos de uma forma expressa, dados sensíveis, pelo que, o seu tratamento não era *a priori* proibido.

⁸⁶Recomendação sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acesso e de assiduidade, disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-BIOM-assiduidade-acesso.pdf>.

- d) O responsável deve assegurar o direito de informação em relação à existência de tratamento, dados pessoais tratados, finalidades e entidades a quem os dados podem ser transmitidos;
- e) O responsável não pode utilizar os dados biométricos para finalidade diversa da determinante da recolha;
- f) Aos titulares dos dados deve ser assegurado o direito de acesso, retificação ou oposição.

Na realidade, os padrões biométricos armazenados são uma representação digital da característica medida e, portanto, não permitem a sua reconstituição. Aliás, segundo a CNPD, “a recolha de dados biométricos não tem qualquer implicação com a integridade física do trabalhador, não afectando, igualmente, o seu direito à identidade pessoal e à intimidade da vida privada.”⁸⁷

No entanto, o tratamento de dados deve ser feito com respeito pela reserva e intimidade da vida privada, ressalvando o facto de que o trabalhador pode exercer oposição a todo o tempo, sempre que existam razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular.⁸⁸

A nosso ver, estes meios não são infalíveis, pelo que, não podem ser afastados todos os riscos de falsificação ou apropriação das características biométricas, existindo atualmente outros meios igualmente eficazes e menos restritivos para atingir os mesmos objetivos, ou seja, a captação de trabalhadores fantasmas.

Porém, não descartamos a sua implementação em determinadas empresas, consoante o volume de negócios e o tipo de atividade desenvolvida. Todavia, qualquer tratamento deve ser submetido a uma avaliação prévia, avaliação essa que deverá ser realizada perante o caso concreto, não sendo passível de admissão que qualquer empresa possa implementar este tipo de controlo cujos efeitos, em última linha, contribuem para que as pessoas sofram o fenómeno da desumanização ao serem reduzidas a códigos.

⁸⁷*Ibidem.*

⁸⁸Cfr. artigos 12.º alínea a) da LPDP e 21.º n.º 1 do RGPD.

3.4 Testes e Exames Médicos

O artigo 19.º do CT afirma como princípio geral que “ o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação”.

No âmago deste dispositivo legal podemos identificar uma colisão de direitos. Por um lado, o direito do empregador de saber se o candidato a emprego ou o trabalhador reúne ou não as condições físicas e psíquicas necessárias para desempenhar as funções que lhe são confiadas bem como a protecção e a segurança do trabalhador e de terceiros. Por outro lado, o direito do trabalhador à integridade física e moral e à reserva da intimidade da sua vida privada.⁸⁹

O princípio geral consagrado neste preceito legal é fortemente mitigado pelas diversas exceções aí previstas uma vez que o empregador pode exigir a prestação de testes e exames médicos a qualquer trabalhador, quando exigências inerentes à prestação da actividade o justifiquem⁹⁰ ou ainda quando a legislação relativamente a segurança e saúde no trabalho o permita.⁹¹

A legalidade de tais exceções depende do preenchimento cumulativo de três requisitos. Em termos substantivos, o empregador só poderá exigir a realização ou apresentação de exames médicos quando a finalidade de tal exigência se relacione com a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros ou, alternativamente, quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, sendo que este último requisito postula uma especial conexão entre as informações exigidas e as características objetivas

⁸⁹FESTAS, DAVID, *O Direito à Reserva*, op. cit., p.38.

⁹⁰À semelhança do artigo 17.º o legislador optou por legitimar possíveis restrições com recurso a uma fórmula altamente ambígua.

⁹¹A Lei n.º 102/2009 de 10 de setembro permite, nos termos do artigo 108.º, a realização pelo empregador de três testes. O primeiro, designado por exame de admissão terá que ocorrer antes do início da prestação da actividade. O segundo, designado por exame periódico, deverá ser realizado anualmente no caso dos menores e trabalhadores com idade superior a 50 anos, e a cada dois anos para os restantes trabalhadores. Por fim os exames ocasionais, cuja realização deverá ocorrer sempre que houver alterações substanciais nos componentes materiais de trabalho que se possam repercutir na saúde do trabalhador, bem como, depois da sua ausência de um período superior a 30 dias, por motivos de doença ou acidente.

da atividade em termos tais, que a exigência ao candidato a emprego ou ao trabalhador da realização ou apresentação de testes e exames médicos seja justificada pelas características objetivas da função.⁹²

Do ponto de vista formal, é necessário que o empregador forneça por escrito a fundamentação da exigência que, naturalmente, é jurisdicionalmente controlável. Por fim, em termos procedimentais, é imprescindível a intermediação de um médico.

Na primeira ordem de exceções ao princípio da proibição, está em causa a aptidão e condição físico-psíquica de um determinado indivíduo, mesmo que para o exercício de atividades que, por via de regra, não postulam riscos acrescidos para a saúde do próprio ou de terceiros. Já na segunda exceção, por sua vez, já relevam as características intrínsecas da actividade ou do modo do seu desempenho, tais como perigosidade, penosidade e especificidade do ambiente de trabalho.

Todavia, o n.º 2 do artigo 19.º do CT vem impor um limite à abertura conferida no n.º 1 estabelecendo que “O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez”, “tratando-se de um preceito absolutamente imperativo, que não admite derrogação em contrário, em nome do personalismo ético e da dignidade humana.”⁹³

De facto, as informações relativas à vida privada devem ser consideradas irrelevantes para o empregador, ao qual apenas deve interessar a aptidão do trabalhador para a realização da atividade contratada, pelo que se revela largamente adequada a regra prevista no artigo 19.º, n.º 3⁹⁴ do CT, cuja letra vem limitar as informações que podem ser apresentadas ao empregador pelo médico responsável pelos testes e exames.⁹⁵

Ante o exposto, não pode cair em esquecimento a máxima de que se traduz num direito do trabalhador o facto de este exercer a sua atividade em condições de segurança e saúde, assim como é um dever do empregador assegurar aos trabalhadores condições de segurança e saúde em todos os âmbitos relacionados com o trabalho, pelo que, devem os trabalhadores obedecer às prescrições de segurança e saúde, as quais procuram garantir

⁹²A comprovação das condições físicas e psíquicas pode ser exigida em certos casos, por exemplo ao pessoal médico, aos cozinheiros, aos pilotos e condutores de transportes públicos.

⁹³DRAY, GUILHERME, et.al., *Código do Trabalho*, op. cit., p.161.

⁹⁴A antiga redação deste dispositivo permitia que o médico informasse o empregador sobre os detalhes dos testes e exames médicos, mediante autorização escrita do trabalhador ou do candidato a emprego. Esta possibilidade foi excluída com a nova redação do artigo 19.º n.º 3 do CT.

⁹⁵O médico do trabalho deve possuir duas fichas, a ficha clínica e a ficha de aptidão. A ficha clínica está sujeita ao segredo profissional e somente pode ser facultada às autoridades de saúde e aos médicos da Inspeção de Trabalho. A ficha de aptidão é facultada ao empregador, todavia, não pode conter nenhum elemento que envolva o segredo profissional e segue o modelo fixado pelo Ministério da Saúde e da Solidariedade, Emprego e Segurança Social.

as condições gerais no ambiente de trabalho, pelo que, *in casu*, o direito à privacidade cede perante outros direitos constitucionalmente previstos.⁹⁶

Assim, tal como refere Joana Vasconcelos, “a intimidade da vida privada não é um valor isolado, antes coexiste com outros valores, constitucional e legalmente protegidos cuja garantia pode exigir a sua limitação, o seu respeito pelo empregador na vertente relativa ao estado de saúde não há-de implicar a interdição total e absoluta de testes e exames médicos ao trabalhador. Bem pelo contrário, há-de consentir alguma compressão, a definir pelo legislador e traduzida na admissão de testes e exames médicos, visando certos objectivos e realizados com observância de regras procedimentais que assegurem a sua contenção dentro de limites intransponíveis de necessidade, de adequação e de proporcionalidade.”⁹⁷

Nesta sede, o Tribunal da Relação veio salientar que a realização ou apresentação de testes e exames clínicos se constitui como uma verdadeira intromissão na vida privada do trabalhador, pelo que, há que respeitar o princípio da proporcionalidade na medida em que só deve ser permitido o estritamente necessário, sem incorrer num sacrifício de bens jurídicos superiores, para que, desse modo, se encontre um justo equilíbrio entre a necessidade de assegurar a livre gestão dos meios produtivos e os interesses individuais.⁹⁸

Ainda a propósito da compressão do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, coloca-se a questão de saber até que ponto pode esta resultar da vontade expressa em estipulação contratual, que permita a realização de testes e exames médicos mesmo que em condições diversas das definidas na lei?

O artigo 81.º do CC, cuja epígrafe é “Limitação voluntária dos direitos de personalidade”, consagra no n.º 1 que “Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública”.

Sendo o regime do CC aplicável aos direitos de personalidade laborais, a resposta a tal questão só pode ser negativa uma vez que a falta de conformidade com a própria lei

⁹⁶Contudo, os exames médicos exigidos pela entidade empregadora não podem ter uma finalidade abusiva, discricionária ou arbitrária, devendo adequar-se ao fim prosseguido, tal como refere a CNPD na deliberação n.º 41/2006, de 13 de março de 2006, aplicável aos tratamentos de dados no âmbito da Gestão da Informação dos Serviços de Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho, disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/MedicinaTrabalho-delgeral.pdf>

⁹⁷VASCONCELOS, JOANA, *Testes Médicos ao Trabalhador*, in *Prontuário de Direito do Trabalho I*, Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp.94-95.

⁹⁸Ac. TRC de 03.07.2014 (Ramalho Pinto).

que consagra um conjunto de normas imperativas contidas nos artigos 17.º e 19.º do CT inviabiliza tais acordos.

Para além das proibições que já explanámos, o artigo 19.º do CT compreende ainda outras situações de inexigibilidade, como é o caso dos testes genéticos e dos testes de despistagem de álcool ou de substâncias psicotrópicas.

Relativamente aos primeiros, a Lei n.º 12/2005 de 26 de Janeiro com a epígrafe “Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde” no artigo 13.º dispõe que a contratação de novos trabalhadores, em caso algum, dependerá da realização ou do resultado prévio de testes genéticos (n.º 1); às empresas e outras entidades patronais não é permitido exigir aos seus trabalhadores, mesmo que com o seu consentimento, a realização de testes genéticos ou a divulgação de resultados previamente obtidos (n.º 2); nos casos em que o ambiente de trabalho possa colocar riscos específicos para um trabalhador com uma dada doença ou suscetibilidade, ou afetar a sua capacidade de desempenhar com segurança uma dada tarefa, pode ser usada a informação genética relevante para benefício do trabalhador e nunca em seu prejuízo, desde que tenha em vista a proteção da saúde da pessoa, a sua segurança e a dos restantes trabalhadores, que o teste genético seja efetuado após consentimento informado e no seguimento do aconselhamento genético apropriado, que os resultados sejam entregues exclusivamente ao próprio e ainda desde que não seja nunca posta em causa a sua situação laboral (n.º 3); que as situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou a saúde pública podem constituir uma exceção ao anteriormente estipulado, observando-se no entanto a restrição imposta no número seguinte (n.º 4); nas situações previstas nos números anteriores os testes genéticos, dirigidos apenas a riscos muito graves e se relevantes para a saúde atual do trabalhador, devem ser selecionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador (n.º 5); e os encargos da realização de testes genéticos a pedido ou por interesse direto de entidades patronais são por estas suportados (n.º 6).

Sobre estes preceitos normativos, facilmente percebemos a sua orientação teleológica ou finalística e, neste contexto, tal como refere Fábio Villela, “a partir da realização de testes genéticos, poder-se-á predizer, com grande antecedência, doenças que indivíduos aparentemente são virão a sofrer, assim como prever as suas predisposições para determinadas enfermidades. Não obstante as suas inúmeras vantagens, a evolução da medicina preditiva também constitui uma ameaça, pois possibilita a rotulagem de seres humanos. Quando se destina a certas finalidades, abre a possibilidade de originar

resultados bastante pejorativos ao permitir diagnosticar, precocemente, características hereditárias dos indivíduos antes que se revelem. Logo, pode configurar um instrumento de ilegítima discriminação social.”⁹⁹

Quanto aos testes de despistagem de álcool ou de substâncias psicotrópicas, interessa-nos saber se, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, é ou não é proibido consumir álcool durante o horário de trabalho? Até que ponto e de que forma, as entidades empregadoras poderão controlar o consumo de álcool?

A verdade é que a realização de testes de despistagem de álcool ou de substâncias psicotrópicas encontra o seu fundamento na protecção e segurança do próprio trabalhador e de terceiros. É ponto assente que o consumo destas substâncias potencia a ocorrência de acidentes de trabalho na medida em que gera consequências biológicas, sociais e comportamentais que irão, naturalmente, interferir com o exercício da actividade profissional.

O nosso CT opta pela omissão no que respeita a esta temática, pelo que, muitas empresas têm vindo a adotar regulamentos internos, em sede dos quais devem constar, entre outros aspectos, as substâncias alvo de deteção, as circunstâncias de aplicação dos testes, os profissionais envolvidos, a frequência dos testes, a oportunidade de contraprova e os procedimentos a adotar no caso de o resultado se revelar positivo.

A nível jurisprudencial, existe alguma divergência. Desde logo, o Supremo Tribunal de Justiça, no acórdão de 24 de Junho de 1998, considerou legítima a realização de testes bem como o regulamento interno de empresa que determinava a submissão dos seus trabalhadores a testes de alcoolémia aleatórios, por não consubstanciarem uma violação dos direitos de personalidade, admitindo ainda a virtualidade de uma eventual recusa dos trabalhadores em submeter-se à sua realização poder erigir-se em justa causa de despedimento, por desobediência intolerável às ordens legítimas do empregador.¹⁰⁰

O Tribunal Constitucional, por sua vez, já se havia pronunciado no sentido de que não existe violação do direito à integridade pessoal do trabalhador quando este é sujeito, por força de regulamento interno vigente na empresa, a teste de alcoolemia, devendo os direitos, liberdades e garantias do trabalhador ceder no caso concreto perante outros direitos.¹⁰¹

⁹⁹VILELLA, FÁBIO, *O Genoma Humano e o Direito ao Trabalho a Realização de Testes Genéticos Preditivos no Âmbito da Contratação Laboral*, Dissertação de Mestrado, Faculdade Autónoma de Lisboa, 2018, p.152.

¹⁰⁰Ac. STJ de 24.06.1998 (Matos Canas).

¹⁰¹Ac. TC de 29.06.1988 (Mário Brito).

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 16 de dezembro de 1999, estipulou que o trabalhador, apesar de estar com uma taxa de álcool superior à taxa que era permitida por regulamento, o qual vedava o exercício de funções por ingestão de bebidas alcoólicas, a verdade é que, não ficou provado quaisquer consequências desfavoráveis, designadamente, de organização de serviços decorrentes da taxa de alcoolémia que o trabalhador apresentava quando submetido a um teste. Pelo que, embora tenha desrespeitado o regulamento, tal conduta não representa gravidade tal que justifique, por si só, um despedimento, ainda que o trabalhador, cerca de seis anos antes, tenha sido punido disciplinarmente por se ter apresentado ao trabalho alcoolizado.¹⁰²

No acórdão no Tribunal da Relação do Porto de 10 de julho de 2013, foi frisado que o resultado do teste, efetuado no hospital, nunca poderia ser comunicado à empresa e que, ao contrário do colega que ia ao volante, o trabalhador não possuía funções que implicassem não poder desempenhá-las “tocado”, acrescentando ainda que, “com álcool, o trabalhador pode esquecer as agruras da vida e empenhar-se muito, e por isso, na alegria da imensa diversidade da vida, o público servido até pode achar que aquele trabalhador alegre é muito produtivo.”¹⁰³

Da nossa parte, salvo o devido respeito, não concordamos com as decisões dos eruditos acórdãos, os quais, de uma forma altamente extremista, criminalizam ou desculpabilizam a conduta das empresas ou dos trabalhadores no que respeita aos testes de alcoolemia, não mantendo, desse modo, um justo equilíbrio, pelo que se demonstram altamente discutíveis.

Pelo contrário, aderimos ao entendimento do acórdão da Relação de Lisboa, de 6 de outubro de 2010, que, de uma forma assertiva, decidiu que “o consumo de álcool insere-se no domínio da esfera privada de cada indivíduo, todavia, quando esse consumo possa representar uma fonte potencial de perigo para o próprio trabalhador, seus colegas e terceiros, podendo perturbar a execução do contrato de trabalho, ele deverá ser limitado em nome da defesa dos direitos fundamentais destes últimos.”¹⁰⁴

Este entendimento é igualmente partilhado pelo acórdão da Relação do Porto de 30 de junho de 2014, que determinou que “os testes de alcoolemia, podendo brigar com a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, devem ser efectuados com a devida cautela, tanto na realização, em si mesma considerada, como no tratamento dos

¹⁰²Ac. STJ de 16.12.1999 (Manuel Pereira).

¹⁰³Ac. TRP de 10.11.2013 (Eduardo Silva).

¹⁰⁴Ac. TRL de 06.10.2010 (Paula Fernandes).

resultados. Portanto, devem ser realizados apenas por ordem do empregador, ou por médico, enfermeiro ou técnico especializado, por ordem do primeiro, em local separado, na presença de um representante dos trabalhadores ou de um colega, se este o desejar, e devem ser precedidos de consentimento informado.”¹⁰⁵

Deste breve indículo jurisprudencial concluímos que ainda surgem, neste meio, algumas dissonâncias de entendimento quanto a estes aspectos tão cruciais como o da possibilidade de o despedimento do trabalhador poder derivar directamente da realização dos testes e da sua efetivação se consubstanciar ou não como uma ameaça ao direito e reserva da vida privada como direito de personalidade e direito fundamental.

Pode afirmar-se, ainda no seguimento do raciocínio até aqui desenvolvido, que, segundo a Fundação Europeia, para a melhoria das condições de vida e trabalho, o consumo excessivo de álcool ou drogas constitui um problema para uma percentagem significativa da população ativa, dependendo dos países, dos setores e das profissões. A nível estatístico, sabe-se que 5% a 20% dos trabalhadores sofrem, ou correm o risco de vir a sofrer, de dependência do álcool.¹⁰⁶

As razões que levam ao consumo de álcool ou drogas no local de trabalho podem estar relacionadas com o trabalho propriamente dito ou podem ser, por outro lado, de ordem social ou pessoal. O consumo de álcool e de outras substâncias psicoativas representa, muitas vezes, para a pessoa em causa, um modo de lidar com determinadas situações, as quais desconfortáveis ou problemáticas.

Entre as razões mais comuns que poderão justificar o recurso a estas substâncias figuram as duras ou pouco confortáveis condições de trabalho, a baixa satisfação no trabalho, os horários irregulares, o baixo apoio social da parte dos colegas e dos superiores, o assédio psicológico e o stress. Entre as razões sociais/pessoais incluem-se a tolerância social elevada em relação ao consumo de álcool ou drogas, os padrões culturais mais propensos ao consumo, o acesso fácil a estas substâncias e ainda certos tipos de personalidade associados a uma história familiar de abuso de álcool.”¹⁰⁷

O abuso de álcool e drogas no local de trabalho pode ter consequências negativas para os trabalhadores e para as empresas. Nestas consequências incluem-se o absentismo de curto prazo, a diminuição do desempenho e da produtividade, conflitos e instabilidade

¹⁰⁵Ac. TRP de 30.06.2014 (Rui Penha).

¹⁰⁶O relatório sobre o consumo de álcool e drogas no local de trabalho, disponível em: <https://www.eurofound.europa.eu/ewco/studies/tn1111013s/index.htm>.

¹⁰⁷*Ibidem*.

no ambiente de trabalho, um maior número de acidentes de trabalho e danos, quer na reputação, quer em equipamentos ou produtos.

Neste seguimento, e atendendo ao padrão comportamental que temos vindo a assistir no seio laboral, entendemos que cada vez mais devem as empresas não só apostar nos regulamentos internos como ordem de serviço e de fiscalização, mas, acima de tudo, nas ações de informação, sensibilização e prevenção, como mecanismo de alerta aos trabalhadores, consciencializando-os das consequências negativas do consumo excessivo de álcool e substâncias psicotrópicas.

3.5 Meios de Vigilância à distância

“A vigilância tem-se tornado, nos tempos que correm, e pelos mais diversos motivos, num fenómeno omnipresente na nossa realidade dando origem a grandes discussões, debates e controvérsias quanto aos benefícios e/ou perigos sobre esta forma de vigilância e de controlo.”¹⁰⁸

A utilização das novas tecnologias no ambiente de trabalho, tal como já referido na presente dissertação, fez dilatar o risco de devassa da vida privada do trabalhador através da inserção de novos meios de controlo que têm vindo a contribuir para a diluição da noção de tempo e de local de trabalho.

Note-se que, tal como refere David Festas, “a vigilância da execução da prestação do trabalho não constitui um fenómeno novo, sendo inerente à situação jurídica laboral. A novidade reside na despersonalização da vigilância, na sua robotização, em termos tais que a vigilância sobre o trabalhador surge mais impessoal e desumanizada do que aquela que tradicionalmente era efectuada pelo designado pessoal de vigilância.”¹⁰⁹

O legislador Português estatuiu no artigo 20.º, n.º 1 do CT que “O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.”¹¹⁰

O âmbito material deste artigo, à primeira vista, parece apontar para a videovigilância como o único meio tecnológico que se enquadra no elemento literal da norma, não sendo assim linear a inclusão de outros meios tecnológicos, como por exemplo, o GPS.

Foi este, por exemplo, o entendimento do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de maio de 2007, que considerou que, pese embora o artigo 20.º do CT não restrinja o âmbito de aplicação aos meios de videovigilância, a verdade é que a expressão adotada pela lei remete, por meio de considerações sistemáticas e teleológicas, para formas de captação à distância de imagem ou som que permitam identificar pessoas e

¹⁰⁸MOREIRA, TERESA, *Every Breath You Take, Every Move You Make: A privacidade dos trabalhadores e o controlo através de meios audiovisuais*, Centro de Estudos Judiciários, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87, Coimbra Editora, 2010, p.13.

¹⁰⁹FESTAS, DAVID, *O Direito à Reserva*, op. cit., p.42.

¹¹⁰MENEZES LEITÃO, assinala que a proibição estabelecida no artigo 20.º do CT “é plenamente justificada, já que este tipo de videovigilância afecta profundamente a personalidade do trabalhador, constituindo uma ofensa vexatória à sua dignidade”. Cfr. *A Protecção dos Dados Pessoais no Contrato de Trabalho*, in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, p.133.

detetar o que fazem, como fazem, quando fazem, de forma tendencialmente ininterrupta, que afeta direitos fundamentais tais como o direito à reserva da vida privada e o direito à imagem.¹¹¹

Semelhante posição foi adoptada mais recentemente pelo Supremo Tribunal de Justiça de 13 de novembro de 2013, que determinou que o GPS instalado no automóvel utilizado pelo trabalhador no exercício das respetivas funções não pode ser qualificado como meio de vigilância à distância, porquanto apenas permite a localização do veículo em tempo real, não permitindo saber o que faz o respetivo condutor.¹¹²

Em sentido contrário, o Tribunal da Relação do Porto de 22 de abril de 2013, considerou que, seja por via de uma interpretação extensiva, ou através de uma interpretação atualista, o dispositivo de GPS instalado no automóvel atribuído ao trabalhador deve ser englobado no conceito de meio de vigilância à distância no local de trabalho.¹¹³

Conquanto, e atendendo à perturbação descortinada na interpretação dos artigos 20.º e 21.º do CT e à propagação de decisões judiciais em sentidos distintos, a CNPD viu-se impulsionada a emitir um parecer sobre a questão em apreço, proferindo, nesta sequência, a Deliberação n.º 7680/201432, em que considerou o GPS como um meio de videovigilância à distância, por permitir conhecer a localização geográfica de uma pessoa ou de um objeto, os seus itinerários, os locais visitados e a durabilidade dos mesmos, com grande precisão.¹¹⁴

Da nossa parte, entendemos que os meios de videovigilância à distância não têm necessariamente de captar tudo o que o trabalhador faz para que sejam considerados como tal, sendo suficiente que capturem uma importante parcela da sua actividade.

Pode admitir-se que os avanços tecnológicos a que temos vindo a assistir ultrapassaram a letra da lei e, dessa forma, o âmbito material do artigo 20.º, n.º 1 do CT, não se esgota nos meios de videovigilância, afirmando a sua aplicabilidade a qualquer meio tecnológico que, através da sua motorização, permita o controlo qualitativo, quantitativo, difuso e ausente das tarefas realizadas pelo trabalhador.¹¹⁵

¹¹¹Ac. STJ de 22.05.2007 (Pinho Hespanhol).

¹¹²Ac. STJ de 13.11.2013 (Mário Morgado).

¹¹³Ac. TRP de 22.04.2013 (António Ramos).

¹¹⁴Deliberação da CNPD n.º 7680/201432 de 17 de novembro de 2014, disponível em: https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL_7680-2014_GEO_LABORAL.pdf.

¹¹⁵GUILHERME DRAY, advoga que meios de vigilância à distância consistem em equipamento audiovisual, câmaras de vídeo, microfones dissimulados, mecanismos de escuta e registo telefónico. Cfr. *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., p.130. No mesmo sentido REDINHA, REGINA, *Os Direitos de Personalidade no Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, p.166.

Analisados os contornos do n.º 1, passamos à dissecação do n.º 2, o qual estabelece um descerramento ao princípio geral ao consagrar que a utilização dos meios de videovigilância à distância será lícita em circunstâncias excepcionais, mediante o cumprimento de alguns procedimentos de natureza substancial, formal e procedimental.

Por conseguinte, apuramos duas hipóteses - tem que estar em causa a proteção e segurança de pessoas e bens ou, quando particulares exigências inerentes à atividade profissional o justifiquem, devendo, em qualquer caso, a entidade empregadora informar o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de videovigilância¹¹⁶.

A nível procedimental, é de realçar que, com a entrada do novo regulamento de proteção de dados, já não é necessário pedir autorização à CNPD para instalar um sistema de videovigilância, o que significa que o artigo 21.º do CT se encontra implicitamente revogado.

No entanto, para poder instalar um sistema de videovigilância, a entidade empregadora tem que cumprir vários requisitos legais, os quais podem incluir, além do RGPD, - que assinala que o responsável pelo tratamento deve proceder, antes do tratamento, a uma avaliação do impacto sobre a proteção de dados, a fim de avaliar a probabilidade ou gravidade particulares do elevado risco, tendo em conta a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento e as fontes do risco - a Lei n.º 34/2013 de 16 de Maio que estabelece o regime do exercício da atividade de segurança privada.

De qualquer modo, ainda aguardamos que a Lei Nacional de Execução do RGPD possa trazer algumas condições específicas aplicáveis aos sistemas de videovigilância, uma vez que, tal como é referido na proposta de Lei n.º 120/XIII, “tendo em conta que a CNPD deixa de exercer funções de controlo prévio, considera-se que, no tocante à videovigilância, devem ficar plasmados na lei os princípios fundamentais do exercício desta atividade, tendo em conta a natureza e a sensibilidade dos dados recolhidos”.

Na realidade, a implementação deste meio tecnológico em contexto laboral gera uma visão desigual na medida em que um observa e o outro é observado, sem saber

¹¹⁶Veja-se neste sentido a Deliberação da CNPD n.º 61/2004 de 19 de abril de 2004, que referiu que “O tratamento a realizar e os meios utilizados devem ser considerados os necessários, adequados e proporcionados com as finalidades estabelecidas: a protecção de pessoas e bens. Ou seja, para se poder verificar se uma medida restritiva de um direito fundamental supera o juízo de proporcionalidade importa verificar se foram cumpridas três condições: se a medida adoptada é idónea para conseguir o objectivo proposto (princípio da idoneidade); se é necessária, no sentido de que não exista outra medida capaz de assegurar o objectivo com igual grau de eficácia (princípio da necessidade); se a medida adoptada foi ponderada e é equilibrada ao ponto de, através dela, serem atingidos substanciais e superiores benefícios ou vantagens para o interesse geral quando confrontados com outros bens ou valores em conflito (juízo de proporcionalidade em sentido restrito)”, disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL61-2004-VIDEOVIGILANCIA.pdf>.

quando e por quem, entendendo-se assim que é impossível analisar o artigo 20.º do CT sem pensar numa colisão de direitos, uma vez que, tal como refere Teresa Moreira, “a controvérsia jurídica coloca em jogo vários direitos contrapostos, o direito à privacidade do trabalhador, assim como à sua dignidade, e o poder de organização e controlo do empregador, este aliado ao princípio da liberdade empresarial, sendo que a solução para esta questão parece residir no estabelecimento de limites a esta forma de controlo dos trabalhadores, não esquecendo que o que é lícito ao olho humano não o é igualmente ao olho electrónico da máquina”.¹¹⁷

Sobre a instalação e o uso dos sistemas de videovigilância à distância, sabe-se que os mesmos comprometem os direitos dos trabalhadores, nomeadamente, o direito à reserva e intimidade da vida privada, muitas vezes atropelado pela prossecução de outros direitos ou interesses legalmente protegidos.¹¹⁸

É inegável, por exemplo, que a utilização do GPS possibilita a obtenção de um vasto leque de dados, os quais, consoante a sua extensão, permitem elaborar perfis comportamentais e nessa medida identificar hábitos de vida. Aqui chegados, impõe-se a seguinte questão: a utilização dos dados assinalados pelo GPS viola ou não o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador?

O Tribunal da Relação em abril de 2013 entendeu que “A utilização do GPS como equipamento electrónico de vigilância e controlo, implica uma limitação ou restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, consignada no artigo 26.º, n.º 1 da CRP, nomeadamente uma restrição à liberdade de movimento, integrando esses dados, por tal motivo, informação relativa à vida privada dos trabalhadores.”¹¹⁹

Em sentido oposto, determinou o Supremo Tribunal de Justiça em novembro de 2013 que “encontrando-se o GPS instalado numa viatura exclusivamente afeta às necessidades do serviço, não permitindo a captação ou registo de imagem ou som, o seu uso não ofende os direitos de personalidade do trabalhador, nomeadamente a reserva da intimidade da sua vida privada e familiar”.¹²⁰

¹¹⁷MOREIRA, TERESA, *Every Breath You Take*, op. cit., p.15.

¹¹⁸“Nem todas as situações decorrentes da utilização de meios de videovigilância se encontram necessariamente conexas com o direito à reserva da intimidade da vida privada. Por vezes, a actuação decorrente da utilização de meios de vigilância à distância possibilita a violação de outros direitos de personalidade que não se confundem com o direito à reserva da intimidade da vida privada. É o caso, por exemplo, do direito à imagem.”. Cfr. FESTAS, DAVID, *O Direito à Reserva*, op. cit., p.42.

¹¹⁹Ac. TRP de 22.04.2013 (António Ramos). *Vide* no mesmo sentido o Ac. TRP de 05.12.2016 (Domingos Morais).

¹²⁰Ac. STJ de 13.11.2013 (Mário Morgado). No mesmo segmento, pronunciou-se o Ac. TRE de 08.05.2014 (Paula Paço), que decidiu que “A instalação de um equipamento de GPS em viatura atribuída pelo

A CNPD, na sua deliberação n.º 7680/2014, também considerou que “No contexto laboral, o uso de dispositivos de geolocalização, instalados em veículos automóveis ou em dispositivos móveis inteligentes e controlados pela entidade empregadora, constitui um sério risco de invasão da privacidade do trabalhador, na medida em que estes podem ser reveladores da localização permanente do trabalhador e do seu histórico de movimentos, bem como do seu modo de atuação.”¹²¹

No nosso entendimento, sustentamos a ideia de que os dispositivos de geolocalização podem consubstanciar-se numa ameaça à privacidade do trabalhador nos casos em que os veículos ou dispositivos móveis inteligentes, como é o caso dos telemóveis e portáteis facultados pela empresa, não sejam exclusivamente direcionados a uma utilização afeta à prestação laboral.

Nestes casos, a monitorização além do tempo de trabalho permite ao empregador a obtenção de um mapa de localização do trabalhador, a que velocidade este se desloca, onde efetua paragens e durante quanto tempo. Todos estes se traduzem em parâmetros que claramente ultrapassam a fronteira que destrinça aquilo que é a vida profissional daquilo que é a vida privada, sendo, nestes moldes, inadmissível.

No contexto laboral, reconhecemos que a utilização destes meios pode enformar muitas virtudes, desde logo, facilita o controlo da organização produtiva numa perspetiva de proteção e segurança de pessoas e bens. Como reverso da medalha, temos que a sua introdução leva a que o trabalhador seja visto como um robot, deixando de estar preocupado com a qualidade do trabalho para se preocupar, desta feita, com os tempos a cumprir, ficando coartado de toda a liberdade e autonomia inerente às profissões que são exercidas fora das instalações da empresa.

Neste sentido, existe a necessidade de harmonizar o direito do trabalhador com os demais interesses em confronto pois o controlo da organização produtiva é suscetível, ainda que incidentalmente, de permitir a verificação da conduta e desempenho do próprio trabalhador.

Relativamente às câmaras de videovigilância, como vem arguir Teresa Moreira, “Esta forma de controlo não é selectiva relativamente ao tipo de imagens que consegue

empregador ao trabalhador para uso total, constitui, sem autorização deste, uma ingerência inadmissível na sua vida privada

¹²¹Deliberação da CNPD n.º 7680/2014 de 28 de outubro de 2014, disponível em: https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL_7680-2014_GEO_LABORAL.pdf.

captar, podendo realizar-se um controlo à distância sem se ser visto e de forma permanente a que acresce a enorme possibilidade de as reproduzir inúmeras vezes, não podendo comparar-se ao controlo humano pois este está limitado pelo “ouvido e o carácter instantâneo” do controlador”.¹²²

A orientação que prevalece, quer na doutrina, quer na jurisprudência, é a de que este tipo de controlo configura uma restrição ao direito à reserva e intimidade da vida privada. Nesta sede, veja-se, a título de exemplo, a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa de maio de 2006 cujo relator proferiu que a videovigilância constitui uma abusiva intromissão à reserva e intimidade da vida privada do trabalhador.¹²³

Na mesma esteira profetizou o Supremo Tribunal de Justiça referindo que a instalação de sistemas de videovigilância nos locais de trabalho envolve necessariamente uma restrição do direito à reserva e intimidade da vida privada do trabalhador, que apenas se mostrará justificada quando for imprescindível à prossecução de interesses legítimos e dentro dos limites definidos pelo princípio da proporcionalidade, acrescentado ainda que “é ilícita, por violação do direito de reserva da vida privada, a captação de imagem através de câmaras de vídeo instaladas no local de trabalho e direccionadas para os trabalhadores, de tal modo que a actividade laboral se encontre sujeita a uma contínua e permanente observação.”¹²⁴

Da nossa parte, a videovigilância traduz uma tecnologia cuja utilização pode ser útil se for racional e proporcionalmente aplicada, caso contrário, poderá consubstanciar-se como um instrumento de restrição absoluta, ou quase absoluta, dos direitos dos trabalhadores.

A instalação destes sistemas, em si mesma, não viola o direito à reserva e intimidade da vida privada. No entanto, o modo como o controlo irá ser concretizado, esse sim, poderá colocar em risco este direito.

Neste seguimento, a vigilância no local de trabalho deve ser genérica e não deverá estar directamente dirigida aos postos de trabalho ou ao campo de ação dos trabalhadores na medida em que estes não podem ser considerados como possíveis suspeitos da prática de qualquer infração, sendo este o objecto primacial da vigilância destes meios.

O que é facto é que o sistema anterior ao RGPD se revelava mais benéfico e protetor uma vez que a CNPD emitia as autorizações e alertava os interessados para os

¹²²MOREIRA, TERESA, *Every Breath You Take*, op. cit., p.17.

¹²³Ac. TRL de 03.05. 2006 (Isabel Tapadinhas).

¹²⁴Ac. STJ de 08.02.2006 (Fernandes Cadilha).

limites da videovigilância. Hoje em dia, o controlo passa a ser feito *a posteriori*, o que significa uma maior facilidade na instalação, aumentando, todavia, o risco de incumprimento das normas relativas à protecção de dados.

Assim, admitindo que os trabalhadores, através deste tipo de controlo, não se sentem livres, ainda que estejam conscientes da sua existência, defendemos que qualquer decisão sobre a realização de controlo à distância deve ser ajuizada, ou seja, os benefícios que o empregador pretende obter, nomeadamente, a protecção de pessoas e bens, não devem ser desproporcionais em relação ao grau de lesão que se vai fazer sentir diretamente na privacidade dos trabalhadores.

3.6 Validade probatória dos ilícitos disciplinares detetados através de sistemas de vigilância à distância

De modo a proceder a um apuramento de quais os meios de prova permitidos e aqueles que são ilícitos e inadmissíveis, há que efetuar uma viagem por várias fontes, sendo a primeira paragem no Código Civil, que, no artigo 341.º e seguintes, para além de conter disposições gerais sobre prova, elenca as que existem, nomeadamente, a presunção, a confissão, a prova documental, a prova pericial, a prova por inspeção e a prova testemunhal.

O Código de Processo Civil, no artigo 417.º relativamente ao dever de cooperação para a descoberta da verdade material, menciona que todas as pessoas devem colaborar para a descoberta da verdade, exceto se isso implicar uma intromissão na vida privada ou familiar de alguém.

Já o Código de Processo Penal, refere, no artigo 126.º, que são nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada.

O óbice da questão, a qual pautada por um extraordinário interesse prático, prende-se com a possibilidade dos registos dos meios de vigilância à distância, autorizados para a prossecução de uma determinada finalidade, poderem constituir prova admissível em sede disciplinar ou judicial.¹²⁵

No caso concreto, e atendendo ao tema em estudo, a jurisprudência tem apontado claramente no sentido da legalidade da utilização dos registos do GPS no processo disciplinar, aduzindo para o efeito que, o poder de direção do empregador, enquanto realidade inerente à prestação laboral e à liberdade de empresa, inclui os poderes de vigilância e controle, pelo que, não teria lógica que o empregador pudesse ditar ordens e instruções ao abrigo do seu poder diretivo e depois não pudesse verificar se estas foram ou não bem cumpridas e, em caso negativo, não pudesse instruir um processo disciplinar com base nesses registos.¹²⁶

¹²⁵Inclusivamente saber se um trabalhador pode ser punido disciplinarmente com base em imagens captadas por um sistema de videovigilância de um terceiro (por exemplo um cliente do empregador onde estejam a prestar a sua actividade). Cfr. GOMES, JÚLIO, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, p.329, nota 887.

¹²⁶Neste sentido, o Ac.STJ de 13.11.2013 (Mário Morgado). Em sentido contrário, o Ac. TRP de 05.12.2016 (Domingos Morais), que entendeu que os dados recolhidos através do GPS que violem a reserva e intimidade da vida privada do trabalhador não podem ser utilizados como meio de prova em sede de procedimento disciplinar.

Chegados à matéria da videovigilância, área mais trabalhada pelos nossos Tribunais (sobretudo pelos da Relação), considerou-se, numa primeira fase, que, sendo a videovigilância exclusivamente utilizada para a protecção de pessoas e bens, por maioria de razão, não poderia ser utilizada como prova em processo disciplinar, ainda que se detetasse que o trabalhador tinha cometido atos que justificassem um despedimento por justa causa.¹²⁷

Porém, recentemente a jurisprudência das Relações tem vindo a admitir a licitude das imagens captadas por sistema de videovigilância como meio de prova em processo disciplinar e na subsequente ação judicial, desde que sejam observados os pressupostos que decorrem da legislação sobre a protecção de dados e, concomitantemente, se conclua que a finalidade da sua colocação não foi exclusivamente a de controlar o desempenho profissional do trabalhador, constituindo-se esta como uma questão controversa que irá depender da convicção de cada julgador.¹²⁸

Na doutrina, a questão não é unânime. Há autores que entendem que o trabalhador não beneficia, só por sê-lo, de uma especial protecção, defendendo, por isso, a utilização da videovigilância como meio de prova, desde que estejam preenchidos os pressupostos legais de utilização.¹²⁹

Para outros, em caso algum este meio poderá ser considerado como uma prova lícita, uma vez que o artigo 20.º do CT é assertivo em proibir o controlo do desempenho da actividade profissional através de meios de videovigilância à distância.¹³⁰

Há ainda quem defenda uma posição mitigada ou intermédia, admitindo a utilização em sede disciplinar quando aquilo que se descobre, acidentalmente, são factos particularmente gravosos.¹³¹

¹²⁷Veja-se, nesta senda, o Ac. TRL de 03.05.2006 (Isabel Tapadinhas), que afirmou que não é admissível, no processo laboral e como meio de prova, a captação de imagens por sistema de videovigilância, envolvendo o desempenho profissional do trabalhador, incluindo os atos disciplinarmente ilícitos por ele praticados. No mesmo sentido Ac. TRL de 19.11.2008 (Ramalho Pinto) e Ac. TRP de 09.05.2011 (Paula Carvalho).

¹²⁸Seguem esta posição, por exemplo os acórdãos: Ac. STJ de 09.11.1994 (Sá Nogueira); Ac. TRP de 20.09.1999 (Sousa Peixoto); Ac. TRE de 09.11.2010 (Gonçalves Rocha); Ac. TRL de 16.11.2011 (Paula Sá Fernandes); Ac. TRE de 07.12.2012 (Paula Paço); Ac. TRL de 08.10.2014 (Jerónimo Freitas); Ac. TRP de 09.02.2015 (Isabel Soeiro) e o Ac. TRP de 19.10.2015 (Rui Penha).

¹²⁹No mesmo sentido, FESTAS, DAVID, *O Direito à Reserva*, op. cit., p.452.

¹³⁰CATARINA CASTRO admite a licitude da vigilância à distância para fins de segurança, acrescentado que, nesses casos as imagens não podem ser utilizadas para qualquer outro fim incluindo para controlar a produtividade do trabalhador ou para puni-lo disciplinarmente com base nas imagens recolhidas. Cfr. *A Protecção dos Dados Pessoais*, op. cit., p.145. No mesmo sentido, DRAY, GUILHERME, *Justa Causa*, op. cit., pp.82-85.

¹³¹MOREIRA, TERESA, *A Privacidade dos Trabalhadores*, op. cit., pp.577-579. Na mesma linha de pensamento, vide a deliberação n.º 61/2004 da CNDP relativa a “Princípios sobre o tratamento de dados por videovigilância”, que, entre outras coisas, afirma que as imagens só são pertinentes quando ocorrer um

A primeira posição apoia-se na ideia de que a utilização para efeitos disciplinares dos elementos recolhidos através da videovigilância implicaria necessariamente um controlo do desempenho do trabalhador.

A segunda posição funda-se na equiparação do trabalhador à das demais pessoas entendendo que, sendo a videovigilância instalada e utilizada para a protecção e segurança de pessoas e bens, estranho seria se não pudesse proteger pessoas e bens, não apenas contra atos ilícitos de terceiros, mas também de trabalhadores.

A terceira posição, por sua vez, apenas admite a utilização dos dados recolhidos como meio de prova quando estejam em causa atos penais de relevo e desde que a imagem não constitua a única prova. Além disso, o princípio da finalidade não pode proteger os trabalhadores que nele se refugiam para cometer ilícitos, nem lesar o direito do empregador de ser protegido dos prejuízos que poderão derivar das ações ilícitas.

Pela nossa parte, entendemos que o artigo 20.º do CT proíbe, não só a utilização das gravações obtidas como forma de controlo da actividade do trabalhador, como também o seu posterior aproveitamento para um procedimento disciplinar uma vez que os trabalhadores não podem ser considerados como potenciais suspeitos da prática de uma qualquer infração, nem podem ser vistos como o objecto primacial da vigilância destes meios.

O tratamento das imagens de videovigilância está sujeito ao princípio da compatibilidade e da finalidade, o que impede que o empregador possa lançar mão deste tipo de dados para uso diverso da finalidade originária, não sendo assim possível um uso multifuncional dos dados recolhidos.

O facto de a videovigilância ter como finalidade a protecção de pessoas e bens e não o controlo do desempenho profissional do trabalhador, justifica a não utilização deste meio em contexto de procedimento disciplinar contra o trabalhador.

No entanto, isso não invalida todo o processo porque poderão existir outros meios de prova válidos.¹³²

facto com relevo para a investigação criminal, pelo que, detetada a prática de uma infração penal, o empregador deve, com a respetiva participação, enviar ao órgão de polícia criminal ou à autoridade judiciária as imagens recolhidas, não havendo qualquer justificação para a visualização das imagens pelo responsável pelo tratamento, disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/DEL61-2004-VIDEOVIGILANCIA.pdf>.

¹³²O Ac. TRP de 26.06.2008 (Albertina Pereira), decidiu que a utilização de equipamentos de videovigilância eletrónica, fora dos casos em que é admitida, não inquina a validade da prova dos factos através de outros meios de prova.

Não aderimos à tese peregrina, que defende a suspensão do procedimento disciplinar laboral quando o comportamento for criminalmente relevante, para evitar a possibilidade de ocorrência de situações manifestamente contraditórias, o que, materialmente, a nosso ver, consubstanciaria uma violação do artigo 29.º, n.º 5 do CP, visto que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

Porém, admitimos a utilização como prova em situações graves do foro criminal, em que é impossível para a entidade empregadora manter a relação de confiança que está na base do contrato de trabalho e em que a única prova lícita no âmbito penal é a videovigilância.

Nestes casos, o controlo, ainda que indireto, incidirá na actividade do trabalhador constituindo-se como um mal necessário, sob pena de deixar sem efetiva tutela o direito de ação do empregador.

A nosso ver, esta é a solução mais equilibrada, embora longe de constituir posição pacífica ou sequer maioritária. Sobre o tema, reconhecemos que este é muito controverso uma vez que não é passível de aferição, como se de uma fórmula matemática se tratasse, em que momento é que as gravações estão a ser utilizadas de forma lícita ou, contrariamente, como meio de controlar o trabalhador. Por este motivo, impõe-se uma análise casuística.

3.7 Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação

A crescente utilização dos computadores no local de trabalho proporcionou ao empregador a aquisição de um vasto leque de informações, tendo este a oportunidade de traçar, por si só, um perfil do trabalhador através da instalação de *softwares* nos computadores da empresa.¹³³

Esta é de facto uma das grandes problemáticas que tem surgido no seio das empresas, em resultado do desenvolvimento dos novos processos de comunicação, visto que, os empregadores podem aceder a todos os dados armazenados ou editados nos computadores dos trabalhadores, caso pretendam saber se o trabalhador dedica as suas horas de trabalho à prestação da actividade, ou, pelo contrário, se desenvolve atividades extra-laborais que o afastam dos objetivos pretendidos pela empresa, sem que estes disso estejam conscientes.

No artigo 22.º do CT, o legislador português consagrou um regime específico para a protecção da confidencialidade de mensagens e acesso a informação. No âmbito deste preceito legal, o trabalhador é titular, não apenas do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal, como também do direito de acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente, através do correio electrónico.¹³⁴

Sobrevém que este preceito não tem como desígnio a defesa incondicional dos direitos de personalidade dos trabalhadores, visto que a reserva da vida privada não prejudica a faculdade do empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação manuseados na empresa.

São várias as questões que se colocam relativamente à utilização do correio electrónico no âmbito da relação laboral. Desde logo, se o empregador poderá ou não impedir os trabalhadores quanto à utilização a sua conta de correio electrónico para fins não profissionais? Não existindo qualquer referência relativamente ao carácter pessoal ou

¹³³Como refere TERESA MOREIRA existem softwares que permitem “a reconstrução de todas as passagens, fases, operações, números de erros cometidos, tempo utilizado nas actividades e pausas realizadas”. Cfr. *A Privacidade dos Trabalhadores*, op. cit., p.575.

¹³⁴ROMANO MARTINEZ em anotação ao artigo 22.º do CT refere que tanto é protegida a confidencialidade das tradicionais cartas, como a das informações enviadas ou recebidas através da utilização de tecnologias de informação e comunicação, nomeadamente do correio electrónico. No mesmo sentido, os sítios da internet que hajam sido consultados pelo trabalhador e as informações por ele recolhidas gozam da protecção do presente artigo, bem como as comunicações telefónicas que haja realizado a partir do local de trabalho. Neste contexto, retira-se do preceito sob anotação que o empregador ou quem o represente não pode aceder as mensagens de natureza pessoal que constem da caixa de correio electrónico do trabalhador. Cfr. *Código do Trabalho Anotado*, 4ª Edição, Almedina, 2005, p.116.

profissional do correio electrónico, poderá o empregador controlar o seu conteúdo? Em que termos? Por que meios? Para que finalidades? Quais as formalidades a observar?

A utilização das novas tecnologias no local de trabalho vem suscitar conflitos de direitos na medida em que, por um lado, o empregador é titular do direito de propriedade sobre os meios de comunicação, competindo-lhe, no âmbito do seu poder de direção, fixar as regras de utilização dos mesmos. Por outro lado, existe a tutela do direito à privacidade e à confidencialidade da correspondência do trabalhador.¹³⁵

De facto, os meios informáticos que são colocados à disposição dos trabalhadores servem eminentemente para a execução da prestação laboral. No entanto, não é por se encontrarem no local de trabalho que os trabalhadores deixam de ser considerados seres sociais, que, pela sua condição, necessitam de comunicar com outras pessoas, estando estas, muitas vezes, fora do ambiente de trabalho.

Relativamente à primeira questão, revela-se essencial que os empregadores estabeleçam regras sobre esta matéria, devendo os trabalhadores ser informados de como, quando e de que forma este controlo é realizado e ainda se poderão utilizar estes meios para fins privados, dando cumprimento ao princípio da transparência.

O poder de direção conferido ao empregador traduz-se na possibilidade de, sem violar os direitos do trabalhador, estabelecer regras de utilização, nomeadamente, através do regulamento interno¹³⁶, relativamente aos bens que se encontram à disposição dos trabalhadores.

É ainda essencial que o regulamento interno preveja mecanismos a utilizar em situações de ausência dos trabalhadores, em caso de férias ou de suspensão do contrato, em que pode ser necessário que o empregador aceda ao correio electrónico, sob pena de informações importantes não poderem ser recebidas em tempo útil.

Sendo disponibilizada ao trabalhador uma conta de correio electrónico profissional, mas sem definição das regras quanto à sua utilização, não pode o empregador aceder ao conteúdo dos emails e dos seus anexos, enviados ou rececionados nessa conta, mesmo

¹³⁵FESTAS, DAVID, *O Direito à Reserva*, op. cit., p.47. No mesmo sentido, o Ac. TRP de 15.12.2016 (Paula Carvalho), que afirmou que a introdução e disseminação das novas tecnologias no mundo laboral veio suscitar delicados problemas no âmbito da compatibilização entre, por um lado, os direitos de personalidade do trabalhador, mormente quanto aos direitos de privacidade e ao sigilo das comunicações, nesta se incluindo as comunicações eletrónicas, e, por outro lado, o poder diretivo do empregador e os direitos à empresa e iniciativa privada.

¹³⁶CATARINA CASTRO refere que “o dever de informação prévia deveria constar dos regulamentos internos da empresa, os quais deveriam enunciar as condições de monitorização”. Cfr. *A Protecção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores*, op. cit., pp.141-142.

que não estejam marcados como pessoais ou dos seus dados externos não resulte que sejam pessoais.¹³⁷

É igualmente aceite que os empregadores devam e possam disciplinar o uso do correio electrónico e o acesso à Internet, através da implementação de regras sobre a utilização das contas de correio electrónico, definindo as condutas permitidas e proibidas, os horários para a sua utilização, entre tantas outras coisas que entenda, de acordo com as circunstâncias concretas, adequadas à salutar utilização daqueles meios, não devendo pura e simplesmente proibir a sua utilização para fins pessoais.¹³⁸

Ademais, como refere Teresa Moreira, “Numa economia cada vez mais interdependente, são as ideias, as inovações e a inteligência que se tornam factores-chave para o sucesso das empresas e, por isso, parece preferível uma utilização comedida destes meios a uma proibição total que pode levar à desmotivação dos trabalhadores e até à quebra da sua produtividade”.¹³⁹

A CNPD, na orientação de 29 de outubro de 2002¹⁴⁰, no seguimento da posição adotada pela maioria da doutrina, entendeu que é ilógico, irrealista e contraproducente que, no contexto da relação laboral, se proíba de forma absoluta a utilização do correio electrónico e o acesso à internet para fins que não sejam estritamente profissionais”.

Da nossa parte, também entendemos que o empregador não deve proibir os trabalhadores de utilizarem a sua conta de correio electrónico para fins não profissionais, desde logo porque não é possível interpretar o artigo 22.º, n.º 2 do CT isoladamente, desconsiderando o seu n.º 1, que prevê o direito à confidencialidade das mensagens de natureza pessoal e o direito de acesso à informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico.

Por outro lado, a atual flexibilização da relação jurídica laboral, deve ser entendida de duas formas na medida em que, tanto o trabalhador está disponível fora do horário de trabalho para qualquer eventualidade, como, no horário de trabalho, deve o empregador legitimar a utilização dos meios disponibilizados, para uso pessoal sempre que se revele necessário.

¹³⁷Ac. TRP de 15.12.2016 (Paula Carvalho).

¹³⁸Alguns autores na doutrina têm entendido que esta proibição genérica não é admissível, porque configuraria um retrocesso no conceito de cidadania na empresa.

¹³⁹MOREIRA, TERESA, *Esfera Privada do Trabalhador e Novas Tecnologias*, in Revista de Estudos Laborais, Ano III, n.º 4, 2004, Instituto Lusíada de Direito do Trabalho, pp.38-39.

¹⁴⁰Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/orientacoes/PRINCIPIOS-controloe-mails-telefonos-Internet.pdf>.

Relativamente à segunda questão, importa perceber qual a posição que o empregador pode adotar e que meios tem à sua disposição, no sentido de verificar se os instrumentos de trabalho estão ou não a ser utilizados em conformidade com as regras estabelecidas.

Ao empregador é concedido o direito de, esporadicamente, visualizar o correio eletrónico e as páginas de internet consultadas. Contudo, a dificuldade está em saber como distinguir uma mensagem de natureza pessoal de uma mensagem de natureza profissional, sem desvendar o seu conteúdo e, com isto, ferir o direito à confidencialidade.¹⁴¹

A doutrina indica como método de diferenciação a visualização direcionada ao assunto, à data e hora do envio, sendo que, este controlo reveste particular acuidade, devendo ser realizado de forma pontual, aleatória e não persecutória, global e não individualizada, na presença do trabalhador que pode qualificar certos e-mails como pessoais, ficando o empregador inibido de os ler.

O empregador jamais poderá utilizar as possibilidades de controlo que as novas tecnologias lhe oferecem, sem respeitar os princípios da lealdade, transparência, pertinência e proporcionalidade, caso contrário, a informação além da finalidade pretendida entra claramente na esfera de violação do direito de reserva e confidencialidade.

Importa ainda ter em consideração que a titularidade dos meios não justifica um controlo desmesurado das comunicações eletrónicas realizadas através da empresa, assim como a simples circunstância do trabalhador se referir a aspectos da empresa, não torna, por si só, a natureza da comunicação profissional.

É de salientar que a prova obtida com violação do direito de confidencialidade será considerada nula, nos termos do artigo 32.º, n.º 8 da CRP, não podendo o conteúdo de tal mensagem constituir objecto de um despedimento disciplinar, sendo que, não são apenas as comunicações relativas à vida familiar, afectiva, sexual, saúde, convicções políticas e religiosas do trabalhador mencionadas no artigo 16.º, n.º 2 do CT que revestem a natureza de comunicações de índole pessoal.¹⁴²

¹⁴¹Tem de ser permitida, com alguma liberdade, a visualização do correio electrónico pelo empregador. Só essa visualização permite assegurar, não apenas o controle da qualidade da prestação laboral, como também que informações sigilosas da entidade empregadora não sejam impunemente divulgadas. Cfr. FESTAS, DAVID, *O Direito à Reserva*, op. cit., p.50. Como refere ainda o Ac. STJ de 05.11.2007 (Mário Pereira), “A definição da natureza particular da mensagem obtém-se por contraposição à natureza profissional da comunicação, relevando para tal, antes de mais, a vontade dos intervenientes da comunicação ao postularem, de forma expressa ou implícita, a natureza profissional ou privada das mensagens que trocam”.

¹⁴²Ac. STJ de 05/11/2007 (Mário Pereira).

Analisada a jurisprudência a respeito da admissibilidade do controlo do correio electrónico pelo empregador, depreendemos que a mesma não é consensual, existindo decisões que reprovam a utilização do correio electrónico para fins privados, defendendo até situações de justa causa de despedimento e outras que propugnam pela privacidade do trabalhador na utilização do correio electrónico para fins pessoais, mesmo durante a prestação da actividade laboral.

No nosso modesto entendimento, o correio electrónico nos dias de hoje consubstancia-se como um dos principais meios de obtenção de informação e de comunicação, revelando-se extremamente benéfico para o desenvolvimento e produtividade da empresa. No entanto, caso não seja prudentemente utilizado pelos trabalhadores, pode transfigurar o seio empresarial constituindo uma verdadeira ameaça.

Daí que, só com uma ponderação casuística conseguiremos determinar se as regras de utilização são ou não admissíveis, sendo certo que, o que importa realmente assinalar é que as regras de utilização estabelecidas devem respeitar o núcleo essencial do direito à confidencialidade.

Sabemos que o controlo do correio electrónico, por si só, não lesa os direitos do trabalhador, apesar de que nenhum trabalhador se sentir, por certo, livre, sabendo que o seu *e-mail* pode ser escortinado. Neste sentido, uma possível solução passaria pela instalação de um *Software* que procedesse a uma pesquisa com base em determinadas palavras-chaves, pela criação de pastas de carácter pessoal e profissional dentro da conta de correio, ou até mesmo pela criação de duas contas com finalidades distintas.

IV. A RELEVÂNCIA DISCIPLINAR DAS CONDUTAS EXTRALABORAIS

4. Justa Causa de Despedimento

Em primeiro lugar, cabe referir que o contrato de trabalho pressupõe uma relação de poder, em que o trabalhador está numa situação jurídica passiva de subordinação em relação ao dever de obediência e às ordens e instruções do empregador.

Na verdade, o contrato de trabalho, mais do que qualquer outra relação jurídica, assenta numa estrutura desequilibrada, através da qual o trabalhador disponibiliza o seu tempo ao empregador, de tal modo que a sua vida privada acaba por sofrer influência pela sua vida profissional.

Nestes casos, não se questiona que a entidade empregadora, através da faculdade de determinação da actividade laboral, se intrometa licitamente na vida do trabalhador, que, por sua vez, aceitou submeter a sua esfera privada a determinadas restrições com a celebração do contrato de trabalho. Porém, até onde vai a intromissão necessária? Até onde vai a intromissão permitida pelo próprio trabalhador? Até onde vai a intromissão permitida pelo direito?

O dogma da separação radical entre a vida privada e a vida profissional não pode ser aceite porque, como já se demonstrou, não existe uma barreira intransponível entre estas duas realidades que necessariamente têm de coexistir.

A regra será claramente a da não ingerência do empregador na vida privada do trabalhador. No entanto, por mais importante que seja o direito e a sua tutela reforçada, nenhum direito tem carácter absoluto, impondo-se-lhe sempre algumas restrições, as quais devem ser sempre necessárias, proporcionais e adequadas.¹⁴³

No cerne desta dogmática, a questão que se coloca é a de saber se determinados comportamentos da vida privada do trabalhador podem assumir relevância laboral, por se repercutirem de alguma forma no normal funcionamento da entidade empregadora, se podem ou não ser sancionados, designadamente, se serão passíveis de subsunção no conceito de justa causa de despedimento.¹⁴⁴

¹⁴³RAMALHO, PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho*, op. cit. p.960.

¹⁴⁴A justa causa como conceito indeterminado põe “em crise o método de subsunção”, isto é, “a sua aplicação nunca pode ser automática, antes requerendo decisões dinâmicas e criativas que facultem o seu preenchimento com valorações”, uma vez que correspondem a “figurações vagas polissémicas que não comportam uma informação clara e imediata quanto ao seu conteúdo”, ou seja, a determinação mais exata do conceito há-de se procurar por aproximações, precedendo um adequado preenchimento com valorações.

Quanto ao nosso ordenamento jurídico, este é bastante exigente no que toca ao apuramento da justa causa no local de trabalho,¹⁴⁵ pelo que, estando em causa condutas extralaborais da vida privada do trabalhador, o juízo de apuramento deve ser ainda mais rígido, por duas ordens de razões.

A primeira, pelo facto de não ser fácil descortinar o dever contratual violado e, sem esse requisito, não será possível acionar o poder disciplinar do empregador

A segunda, mesmo sendo possível imputar ao trabalhador a violação contratual, a mesma deverá ser de tal forma grave que justifique a compressão do direito à reserva da vida privada à luz do artigo 335.º do CC.¹⁴⁶

Importa notar que o direito à reserva da vida privada apenas poderá ceder quando os factos e circunstâncias sejam suscetíveis de colocar em causa a subsistência da relação laboral.¹⁴⁷

Sobrevém que, não basta que ocorra um comportamento ilícito do trabalhador e que este afete o bom nome, a imagem, o prestígio ou a credibilidade do empregador, ou que comprometa o bom ambiente de trabalho ou de alguma forma cause perturbações no funcionamento da empresa, tornando-se ainda necessário que esse comportamento crie uma perturbação relacional insuperável e insuscetível de ser sanada com recurso a medidas disciplinares não extintivas.¹⁴⁸

Para que a conduta laboral seja suscetível de conduzir ao despedimento, tem ainda de se verificar um nexo de causalidade entre o comportamento do trabalhador e a inviabilidade de manutenção do contrato de trabalho, devendo essa causalidade ser apurada nos termos do artigo 563.º do CC, ou seja, por forma a demonstrar que, se não fosse praticada a conduta ilícita, continuaria a ser possível a execução do contrato.

Cfr. CORDEIRO, ANTÓNIO, *Justas Causas de Despedimento in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. II, Almedina, 2001, p.12.

¹⁴⁵A lei perfilha, no artigo 351.º do CT que “Constitui justa causa de despedimento o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”, e é com base nestes pressupostos que se define o seu tratamento legal. Porém, como refere MENEZES CORDEIRO, a sua aplicação nunca poderá ser automática, requerendo decisões criativas que preencham o conceito, remetendo assim o autor para os casuísmos. Cfr. *Justas Causas de Despedimento*, op. cit., p.12.

¹⁴⁶NOBRE, DIOGO, *A Relevância dos Comportamentos Extra-laborais em Sede de Justa Causa de Despedimento*, disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B0ed743d5-05f2-4e82-a849-193f24d0f516%7D.pdf>.

¹⁴⁷Vide Ac. TRL de 02.11.2016 (Manuela Fialho); Ac. TRG de 04.05.2017 (Vera Sottomayor); Ac. STJ de 22.02.2017 (Ferreira Pinto); Ac. STJ de 01.03.2018 (Ribeiro Cardoso).

¹⁴⁸Não é a conduta extralaboral que pode, em si, constituir justa causa de despedimento, mas o seu reflexo na relação laboral.

A inexigibilidade do vínculo¹⁴⁹ pressupõe um juízo de prognose sobre as condições mínimas de suporte de uma vinculação duradoura que envolve intensos contactos entre os sujeitos, pelo que, a gravidade do comportamento deve ser apreciada na perspetiva de um *bonus pater familias*, orientado por critérios de objetividade e razoabilidade.¹⁵⁰

Ainda no que concerne aos reflexos negativos da conduta ilícita do trabalhador, tem-se discutido se, para efeitos de determinação de justa causa, se exigirá a ocorrência de um dano concreto ou se, pelo contrário, bastará a verificação de um perigo de lesão dos interesses da empresa.

A maioria da doutrina acolheu a tese do perigo de lesão sustentando que qualquer comportamento do trabalhador, ocorrido dentro ou fora do horário e local de trabalho, pode consubstanciar uma justa causa de despedimento, desde que seja culposo e concretize um perigo objetivo e imediato, de uma futura violação iminente e intensa, de certos deveres laborais a que o mesmo trabalhador se obrigou, independentemente de terem existido reflexos diretos e efetivos na relação laboral.¹⁵¹

A jurisprudência dos tribunais portugueses tem estudado esta questão e entendido que, nos casos em que é possível estabelecer a existência de um nexo entre os atos pertencentes à vida privada do trabalhador e o incumprimento dos deveres laborais, pode o empregador fazer cessar o contrato de trabalho, demonstrando-se que do comportamento ilícito resultaram directamente prejuízos ou riscos graves para a empresa.¹⁵²

Pela nossa parte, concordamos com a tese que tem sido perfilhada pelos nossos julgadores uma vez que o critério do perigo de lesão é demasiado vago, podendo, no

¹⁴⁹“A ideia de impossibilidade de subsistência da relação laboral, não pode ser tomada à letra e não assenta em elementos naturalísticos: enquanto houver trabalhador e entidade patronal a relação laboral é, naturalmente, sempre possível, independentemente do seu grau de deterioração. Por isso, do que se trata é de impossibilidade jurídica, que atende ao limite do exigível em termos de normalidade social. E de uma impossibilidade jurídica futura, que exige desse modo a realização de juízo de probabilidade sobre a viabilidade da relação de trabalho após a prática de uma infracção disciplinar grave por parte de um trabalhador”. Cfr. VENTURA, RAÚL, *Extinção da Relação Jurídica de Trabalho*, in *Revista Ordem dos Advogados* n.º 2, 1950, p.306.

¹⁵⁰Sendo este o entendimento vertido na jurisprudência, nomeadamente nos acórdãos: Ac. STJ de 13.01.2010 (Vasques Dinis); Ac. TRP de 08.09.2014 (Maria Pinto); Ac. TRL de 15.06.2016 (Eduardo Azevedo) e o Ac. TRL de 11.20.2017 (Celina Nóbrega).

¹⁵¹PARREIRA, ISABEL, *A Quebra de Confiança como Critério de Concretização da Justa Causa de Despedimento*, Almedina, 1998, p.275.

¹⁵²Veja-se em sentido favorável à tese do dano concreto: Ac. TRL de 20.06.2016 (Paula Fernandes); Ac. TRP de 23.04.2018 (Rita Romeira); Ac. STJ de 27.11.2018 (Júlio Gomes); Ac. do STJ 31.03.2018 (Júlio Gomes); Ac. TRL de 08.11.2017 (Albertina Pereira). Em sentido contrário, o Ac. STJ de 31.06.1986, BMJ, 360, 1896, p.468.

limite, possibilitar condenações incruentosas e desafiadoras do equilíbrio e proporcionalidade. Sendo assim, a nosso ver, a tese do dano é aquela que melhor compatibiliza e salvaguarda os direitos dos sujeitos da relação laboral.

De facto, fora do tempo e local de trabalho, o trabalhador é livre na execução dos seus comportamentos, o que, regra geral, não determina uma infração disciplinar por comportamentos externos à empresa ainda que estes comportamentos possam ser errados ou socialmente imorais.

Porém, existem comportamentos privados do trabalhador, ainda que realizados fora do local de trabalho, que, pela sua gravidade, se refletem inevitavelmente na execução da relação laboral.¹⁵³

Assim sucederá, por exemplo, nos casos em que o trabalhador adote comportamentos que violem os deveres a que está adstrito, nomeadamente, o dever de lealdade de respeito e urbanidade, de não concorrência, de sigilo, ou seja, todos os deveres acessórios autónomos que não dependem da prestação principal para subsistir.

Os tribunais portugueses têm sido chamados à colação a fim de se pronunciarem sobre este tema cada vez mais atual, tendo considerado, por exemplo, como justa causa de despedimento dois trabalhadores que, no local de trabalho, ainda que fora do tempo de trabalho, adotaram comportamentos de intimidade sexual¹⁵⁴; a trabalhadora da Santa Casa da Misericórdia que participou num programa televisivo e afirmou que o provedor se aproveitava dos meios da instituição para construir a sua casa¹⁵⁵; o caso do trabalhador que agrediu um colega fora do local de trabalho¹⁵⁶; o caso do piloto de aviação que, horas antes do voo, se alcoolizou fortemente no hotel em vez de estar a repousar¹⁵⁷; a venda de estupefacientes feita por um trabalhador a colegas de trabalho, ainda que os atos de tráfico das drogas ocorram fora do local de trabalho¹⁵⁸. Ou ainda o caso do piloto de aviação que, fora do horário de trabalho, comete os crimes de sequestro e tentativa de roubo.¹⁵⁹

As situações que elencámos na presente dissertação, como justa causa de despedimento, não devem fazer-nos esquecer que a regra é a da não ingerência do

¹⁵³GUILHERME DRAY refere que “determinados aspectos da vida profissional do trabalhador podem ter reflexo na sua vida privada, também determinados comportamentos do trabalhador ainda que praticados ou assumidos fora do tempo e local de trabalho podem ter relevância laboral, na medida em que afetem o normal funcionamento da relação jurídico - laboral”. Cfr. *Justa Causa*, op. cit. p.56.

¹⁵⁴Ac. TRP de 09.03.1981, CJ, 1981, II, p.143.

¹⁵⁵Ac. STJ de 10.04.1991, BMJ, 406, p.447.

¹⁵⁶Ac. STJ de 11.05.1994, BMJ, 437, p. 335.

¹⁵⁷Ac. STJ de 7/12/1994, CJ, 1994, III, p.303

¹⁵⁸Ac. TRE de 15.01.2008, CJ, 2008, I, p. 268.

¹⁵⁹Ac. TRL de 08.11.2017. (Albertina Pereira).

empregador na vida privada do trabalhador¹⁶⁰, sendo, por isso, em princípio, irrelevantes os atos privados do trabalhador que não possuam relevo autónomo para a relação profissional, a menos que prejudiquem as obrigações laborais e o princípio da boa fé a que se vinculou o trabalhador aquando da celebração do contrato de trabalho.

Qualquer reflexo negativo na relação laboral terá de ser casuisticamente ponderado, tendo em conta não só os direitos conflitantes mas também o grau de lesão dos interesses da empresa e o impacto que esse ato ilícito assumiu no funcionamento desta, sendo claro que, se o empregador não conseguir estabelecer o nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e a impossibilidade de subsistência da relação laboral, devem os nossos tribunais, salvo melhor opinião, considerar que não estão preenchidos os requisitos essenciais para um despedimento fundado em justa causa.

¹⁶⁰Note-se que, também os atos praticados pelo empregador, ainda que no âmbito da sua vida privada, podem assumir relevância para efeitos de justa causa, sendo exemplo disso o Ac. TRP de 27.04.2015. No presente acórdão a trabalhadora veio requerer ao tribunal a resolução do contrato por justa, uma vez que mantinha uma relação amorosa, que culminou em insultos e agressões com o único sócio e gerente da sociedade onde prestava os seus serviços. O tribunal decidiu que, embora o comportamento tenha sido praticado em contexto familiar, este violou deveres de conduta indissociáveis da relação laboral, que constituem justa causa para a resolução do contrato de trabalho, concluindo que a resolução foi adequada e proporcional a tal comportamento.

V. CONCLUSÃO

Ao longo desta dissertação, apurou-se, no âmbito do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, que este sofreu um processo gradual de evolução, processo esse decorrente de diversas transformações ocorridas no domínio social, político e ideológico. Ainda hoje se traduz num conceito indeterminado que acolhe e engloba aspectos de cada um de nós, os quais não devem, pela sua particular sensibilidade, ser objecto de curiosidade alheia.

Em relação ao reconhecimento dos direitos de personalidade do trabalhador no âmbito da relação laboral, embora estes só tenham sido consagrados expressamente no CT, já anteriormente se entendia que os direitos consagrados na CRP e no CC gozavam de aplicação plena e direta uma vez que a celebração do contrato de trabalho não implica a privação dos direitos anteriormente reconhecidos a qualquer cidadão.

A tutela geral do direito à privacidade encontra-se prevista no artigo 16.º do CT, preceito que deve ser acionado sempre que alguma área da intimidade da vida privada do trabalhador, ou até do empregador, esteja sob lesão ou ameaça. O legislador, através deste preceito, quis garantir e tutelar a posição de ambas as partes. Porém, entendemos que tal tutela e equiparação é desnecessária, visto que o contrato de trabalho se funda, na sua génese, numa relação assimétrica.

Tal como foi possível observar, a previsão normativa de certos direitos fundamentais vem naturalmente acompanhada de exceções, as quais, em alguns casos, dada a imprecisão dos seus contornos e dos termos jurídicos, comprometem a possibilidade de delimitar com rigor uma possível violação.

Numa perspetiva orientada para o futuro, cremos que, nos próximos anos, as questões atinentes aos direitos de personalidade dos trabalhadores vão passar a registar uma importância crescente. Pelo que, posições extremistas que não admitam qualquer restrição, ou, por outro lado, outras que sejam excessivamente permissivas, podem gerar um grave conflito entre os empregadores e os trabalhadores. Neste sentido, será da esfera de competência do legislador a adopção de medidas necessárias e harmoniosas, capazes de fazer face a esses potenciais conflitos.

No que diz respeito às novas tecnologias, é certo que ocupam lugar de relevo no mundo laboral, constituindo-se como um fator determinante para a modernização, a organização, o aumento da produtividade e competitividade das empresas.

Todavia, há que esclarecer que estas podem simultaneamente ser utilizadas para potencializar um maior controlo dos trabalhadores.

Por conseguinte, todos os meios tecnológicos devem ser regulados por instrumentos normativos, não cabendo aos trabalhadores ditar os limites da sua subordinação ou o empregador os limites do seu poder de controlo, numa área em que os trabalhadores não estão conscientes do poder de ingerência, nem os empregadores se consideram plenamente legitimados a controlar a actividade.

A verdade é que, o tratamento de dados pessoais deve ser efetuado de forma lícita e equitativa, devendo o responsável pelo tratamento dos dados alertar os titulares dos dados sobre os riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento, nomeadamente, o direito à informação, o direito à retificação, o direito ao apagamento, o direito à limitação do tratamento, o direito de portabilidade dos dados, o direito de oposição e o direito de retirar o consentimento.

No entanto, levando a cabo uma transposição para o plano real, apuramos que o tratamento dos dados pessoais é realizado por técnicas cada vez mais difusas e camufladas, pelo que o legislador português tentou limitar eventuais restrições através da criação de uma “zona de imunização”, prevista nos artigos 16.º a 22.º do CT.

No nosso modesto entendimento, o quadro legislativo atual é deficitário e indeterminado face à sociedade informatizada na medida em que deveria consagrar um dispositivo próprio para o GPS, um elemento cada vez mais utilizado pelas empresas, perfeitamente legítimo e importante para a melhoria da competitividade, da organização, e protecção de pessoas e bens.

Concluimos ainda que o artigo 20.º do CT deveria indicar, por questões de segurança jurídica, que o seu normativo legal é aplicável a todos os meios eletrónicos suscetíveis de realizar uma vigilância à distância. Por isso, revela-se urgente erguer melhorias nos níveis de clareza e o rigor desta redação, sob pena de ficar ao critério do empregador ou do julgador.

Relativamente à proposta de lei de execução do RGPD, esta contribuiu, de modo muito tímido e manifestamente insuficiente em termos de regulamentação das novas tecnologias, as quais parte integrante da prestação laboral, cabendo ao legislador a adoção de medidas que permitam tutelar e assegurar a dignidade da pessoa humana dos

trabalhadores e o livre desenvolvimento da personalidade, trabalhadores esses que, enquanto tais, não alienam a sua condição de cidadãos pelo simples facto de terem celebrado um contrato e de, conseqüentemente, estarem sujeitos às ordens do empregador.

A falta de regulamentação legal aplicável a algumas tecnologias coloca o trabalhador numa posição incómoda e complexa e, por isso, o nosso legislador tem ainda um longo caminho a percorrer dado que a defesa do trabalhador contra intromissões desnecessárias e injustificadas da entidade empregadora é feita com recurso a disposições demasiado genéricas que carecem, indubitavelmente, de uma melhor explicitação.

Em termos de processo de tratamento dos dados pessoais, foi possível concluir que este tratamento deverá ser efetuado de forma lícita e equitativa, devendo o responsável pelo tratamento alertar os titulares sobre os riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento, nomeadamente o direito à informação, o direito à retificação, o direito ao apagamento, o direito à limitação do tratamento, o direito de portabilidade dos dados, o direito de oposição e o direito de retirar o consentimento.

No que concerne à utilização dos dados biométricos, confirmamos que o controlo dos horários, da assiduidade ou do tempo de trabalho, através destes sistemas, tem de consubstanciar uma medida idónea para alcançar o fim proposto, não podendo existir outras medidas menos restritivas, tendo os benefícios têm de ser superiores aos danos verificados na esfera dos interessados.

Em matéria de exames médicos, o princípio geral é o de que o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos. Porém, este princípio é fortemente mitigado pelas diversas exceções indeterminadas aí previstas.

Entendemos, quanto aos testes de álcool e substâncias psicotrópicas, que é admissível a sujeição do trabalhador a testes de despistagem, admitindo que estes reduzem a produtividade e colocam em risco a segurança do trabalhador e de terceiros, uma vez que o seu efeito preventivo pode impedir o seu uso ou consumo, antes que este comportamento se converta efetivamente numa prática.

Sobre o correio electrónico, arguimos que este meio acabou por se tornar num elemento indispensável no local de trabalho, representando um conjunto variadíssimo de vantagens para as empresas sendo um meio de comunicação rápido, seguro e de baixo

custo, constitui não só uma ferramenta de trabalho por excelência, como também um importante e imprescindível meio de utilização pessoal e social.

Diante da velocidade da propagação das novas tecnologias, não nos parece razoável a proibição total ao trabalhador da utilização dos meios de comunicação da empresa para fins pessoais. Esta proibição teria como inevitável consequência o “enclausurar” dos trabalhadores no local de trabalho, prática que reveste contornos de violação do livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador.

Perante o elenco complexo de direitos e deveres decorrentes da celebração do contrato de trabalho, é certo que surgem limitações aos direitos fundamentais do trabalhador, nos quais se inclui o direito à reserva da intimidade da vida privada.

Por fim, inferimos que determinados comportamentos protagonizados pelo trabalhador, ainda que fora do horário e do local de trabalho, podem, mesmo assim, traduzir-se numa violação culposa dos deveres acessórios autónomos da prestação principal e, conseqüentemente, poderão desencadear um despedimento por justa causa. De sublinhar que destes comportamentos tem de resultar uma perturbação do normal funcionamento da empresa e essa perturbação tem de assumir contornos tais que torne impossível a subsistência do vínculo laboral.

VI. BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João - *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, 2005.

AMADO, João Leal - *Contrato de Trabalho*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira - *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MACHADO, Jónatas, *Reality Shows e Liberdade de programação* - Coleção *Argumentum* n.º 12, Coimbra Editora, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Artigos 1.º a 107.º, Coimbra Editora, 2010.

CASTRO, Catarina Sarmiento e - *A Protecção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores*, in *Questões Laborais*, ano IX, n.º 19, Coimbra Editora, 2002.

CORDEIRO, António Menezes - *Justas Causas de Despedimento*, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. II, Almedina, 2001.

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado do Direito Civil IV – Parte Geral*, 4ª Edição, Almedina, 2016.

DRAY, Guilherme Machado - *Justa Causa e Esfera Privada*, in *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Vol. II, Almedina, 2001.

DRAY, Guilherme Machado - *Comunicações Eletrónicas e Privacidade no Contexto Laboral*, in *Prontuário do Direito do Trabalho II*, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

FESTAS, David de Oliveira - *O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I e II, n.º 64, 2004.

GOMES, Júlio - *Direito do Trabalho*, Vol. I, *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Manuel Januário - *O Problema da Salvaguarda Antes e Depois do Computador*, in Boletim do Ministério da Justiça n.º 319, 1982.

GOUVEIA, Luís Manuel Borges - *Sociedade da Informação – Notas de contribuição para uma definição operacional*: disponível em: http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf.

GUERRA, Amadeu - *A Privacidade no Local de Trabalho*, Almedina, 2004.

HENRIQUES, Ana - *As Redes Sociais e o Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa de Lisboa, 2014.

JOÃO, António Augusto - *Santo Agostinho, Filosofia Confissões e Livre Arbítrio*, São Paulo, 1995.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *A Protecção dos Dados Pessoais no Contrato de Trabalho - A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004.

LIZARDO, João Palla - *Algumas Questões Quanto à Realização de Testes Respeitantes ao Estado Física do Trabalhador*, in *Prontuário de Direito do Trabalho* n.º 81, Centro de Estudo Judiciários, Dezembro de 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano - *Código do Trabalho Anotado*, 4ª Edição, Almedina, 2005.

MARTINEZ, Pedro Romano, MONTEIRO, Luís Miguel, VASCONCELOS, Joana, BRITO, Pedro Madeira de DRAY, Guilherme Machado, SILVA, Luís Gonçalves da - *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, 6ª Edição, 2008.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Tomo I, 2005.

MIRANDA, Jorge - *O Direito*, Ano 146.º, Vol. I, Almedina, 2014.

MOREIRA, António - *I congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, 1998.

MOREIRA, Teresa Coelho - *Esfera Privada do Trabalhador e Novas Tecnologias*, in *Revista de Estudos Laborais*, Ano III, n.º 4, Instituto Lusíada de Direito do Trabalho, 2004.

MOREIRA, Teresa Coelho - *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação; contributo para um estudo dos limites do poder de controlo do empregador*, Almedina, 2010.

MOREIRA, Teresa Coelho - *Every Breath You Take, Every Move You Make: A privacidade dos trabalhadores e o controlo através de meios audiovisuais*, Centro de Estudos Judiciários, in *Prontuário de Direito do Trabalho* n.º 87, Coimbra Editora, Dezembro, 2010.

MOREIRA, Teresa Coelho - *A Privacidade dos Trabalhadores e a Utilização de Redes Sociais Online*, in *Questões Laborais*, Ano XX, n.º 41, Coimbra Editora, 2013.

MORI, Amaury Haruo - *O Direito à Privacidade do Trabalhador no Ordenamento Jurídico Português*, Editora LTDA, 2011.

NASCIMENTO, André - *O Impacto das Novas Tecnologias no Direito do Trabalho e a Tutela dos Direitos de Personalidade do Trabalhador*, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, Janeiro - Dezembro, Coimbra Editora, 2008.

NOBRE, Diogo - *A Relevância dos Comportamentos Extra-laborais em Sede de Justa Causa de Despedimento*, disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B0ed743d5-05f2-4e82-a849-193f24d0f516%7D.pdf>.

PARREIRA, Isabel Ribeiro - *A Quebra de Confiança como Critério de Concretização da Justa Causa de Despedimento*, Almedina, 1998.

PINTO, Mota - *O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 64, 1993.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma - *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais em Matéria Laboral*, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra Editora, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, - *Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais*, 4ª Edição, Almedina, 2012.

REDINHA, Maria Regina - *Utilização de Novas Tecnologias no Local de Trabalho Algumas Questões*, in IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, 2002.

REDINHA, Maria Regina - *Os Direitos de Personalidade no Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004.

SILVA, Vasco Pereira da e SARLETT, Ingo Wolfgang - *Portugal, Brasil e o Mundo do Direito*, Almedina, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Protecção de Dados Pessoais e Direito à Privacidade*, in Direito da Sociedade de Informação I, Coimbra Editora, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Almedina 2017.

VASCONCELOS, Pedro Pais de - *Direito de Personalidade*, Almedina, 2017.

VASCONCELOS, Joana - *Testes médicos ao trabalhador*, in *Prontuário de Direito do Trabalho I*, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

VENTURA, Raúl - *Extinção da Relação Jurídica de Trabalho*, in *Revista Ordem dos Advogados* n.º 2, 1950.

VILELLA, Fábio - *O Genoma Humano e o Direito ao Trabalho a Realização de Testes Genéticos Preditivos no Âmbito da Contratação Laboral*, Dissertação de Mestrado, Faculdade Autónoma de Lisboa, 2018.

XAVIER, Lobo, GAMA, Bernardo da - *Iniciação ao Direito do Trabalho*, 2ª Edição, São Paulo, 1999.