



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

As Novas Tecnologias e a Privacidade dos Trabalhadores

Jurema Keila Cafaia Agostinho

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientadora:

Doutora Maria Luísa Teixeira Alves, Professora Auxiliar Convidada,
ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Outubro, 2018



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

As Novas Tecnologias e a Privacidade dos Trabalhadores

Jurema Keila Cafaia Agostinho

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas e do Trabalho

Orientadora:

Doutora Maria Luísa Teixeira Alves, Professora Auxiliar Convidada,
ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Outubro, 2018

*“Provai e vede que o Senhor é bom;
bem-aventurado o homem que Nele confia”.*

Salmos 34:8

Agradecimentos

Agradeço à minha mãe pelo apoio e pelas orações. Sem ti, tudo teria sido muito mais difícil.

Ao David, pelas palavras de motivação, paciência e carinho. Sempre acreditaste em mim, mesmo quando parecia que estava tudo perdido.

À Professora Maria Luísa Alves, por tão gentilmente ter aceitado ser minha orientadora e ter se mostrado disponível para me ajudar ao longo da dissertação.

Aos meus amigos.

Resumo

O desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação melhoraram o método de trabalho, permitindo um aumento de produtividade e eficiência da atividade prestada.

Porém, todo este avanço tecnológico levanta questões relevantes, relacionadas com a privacidade dos trabalhadores e o controlo do correio eletrónico e das redes sociais pelo empregador. As novas tecnologias permitem novas formas de controlo, controlo esse que pode ser permanente e abusivo, colocando em causa a privacidade dos trabalhadores.

É importante saber que limites devem ser estabelecidos para a proteção do direito à privacidade e do direito ao sigilo das comunicações que os trabalhadores têm direito no local de trabalho, questionando-se, ainda, se é lícito o empregador controlar todas as comunicações dos trabalhadores feitas através do correio eletrónico e das redes sociais.

Esta dissertação procura analisar o direito à reserva da intimidade da vida privada em Portugal e outros ordenamentos jurídicos e realçar a importância que este direito assume no local de trabalho, uma vez que com as novas tecnologias o poder de controlo do empregador tem se apresentado como um novo desafio para o Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Novas Tecnologias de Informação e Comunicação, Direito à Privacidade, Dignidade Humana, Poderes do Empregador, Correio Eletrónico, Redes Sociais

Abstract

The development of new information and communication technologies improved the working method, allowing an increase in productivity and efficiency of the activity provided.

However, all this technological advance raises relevant issues, related to the privacy of workers and the control of email and social networks by the employer. New technologies allow for new forms of control, which can be permanent and abusive, putting workers' privacy at risk.

It is important to know what limits should be established for the protection of the right to privacy and the right to confidentiality of communications that workers are entitled to at the workplace, and whether it is lawful for the employer to monitor all communications from workers made through electronic mail and social networks.

This dissertation seeks to analyze the right to privacy in Portugal and other legal systems and to emphasize the importance that this right takes in the work place, since with the new technologies the power of control of the employer has been presented as a new challenge for Labor Law.

Key-words: New Information and Communication Technologies, Right to Privacy, Human Dignity, Powers of the Employer, E-mail, Social networks

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - A TUTELA DA PRIVACIDADE	2
1. O Direito à privacidade: breves considerações	3
2. As NTIC e o impacto na sociedade de informação	7
3. A tutela da privacidade no ordenamento jurídico português	9
3.1. A tutela da privacidade na Constituição	11
3.2. A tutela da privacidade na relação jurídica laboral	16
3.3. A tutela da privacidade no direito civil	20
3.4. A tutela da privacidade no direito penal: breve referência	24
4. Instrumentos da tutela da privacidade	25
4.1. Instrumentos de Direito Internacional	25
4.2. Instrumentos de Direito Europeu	27
5. O direito à privacidade no direito comparado	30
5.1. A proteção da privacidade nos EUA	31
5.2. A proteção da privacidade em França	35
5.3. A proteção da privacidade em Espanha	37
5.4. A proteção da privacidade em Itália	38
5.5. A proteção da privacidade na Alemanha	39
CAPÍTULO II - O PODER DE CONTROLO DO EMPREGADOR	41
1. Os poderes do empregador	42
2. O poder de controlo	48
3. As condições de exercício do poder de controlo do empregador	51
4. Os limites ao poder de controlo do empregador	53

CAPÍTULO III – AS NOVAS TECNOLOGIAS E NOVAS FORMAS DE TRABALHAR	567
1. As comunicações eletrónicas no contexto laboral.....	57
2. As comunicações eletrónicas do trabalhador – o correio electrónico	61
3. O controlo do correio electrónico no ordenamento jurídico português	65
4. A admissibilidade do controlo do correio electrónico	72
5. As redes sociais online e o direito à reserva de intimidade da vida privada do trabalhador.....	76
CONCLUSÃO	801
BIBLIOGRAFIA	83

Glossário de siglas

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código de Trabalho

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

NTIC – Novas Tecnologias de Informação e Comunicação

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

PIDPC – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

INTRODUÇÃO

Vivemos numa sociedade de informação, onde as novas tecnologias fazem parte do quotidiano das pessoas. O tema das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (as NTIC) e da privacidade dos trabalhadores incide sobre vários aspetos da relação laboral tornando-se numa análise complexa. Este trabalho não fará um desenvolvimento pormenorizado desta temática, deixando de fora questões como a utilização de dados biométricos para o controlo dos trabalhadores ou o controlo através de telemóveis, por exemplo. A problemática decorrente da relação entre as NTIC e a privacidade dos trabalhadores nos conduzirá ao estudo e análise dos limites do poder de controlo do empregador quanto a utilização do correio eletrónico e as redes sociais, nomeadamente o Facebook, no trabalho.

A evolução tecnológica tem alterado as relações laborais, levantando novas questões, procurando-se saber se é possível a entidade empregadora controlar as comunicações eletrónicas do trabalhador ou se as mensagens privadas dos trabalhadores, assim como as publicações, através das redes sociais, estão tuteladas pela privacidade. Estamos perante um conflito do direito à privacidade do trabalhador e o legítimo poder de controlo do empregador, tornando necessário aferir qual a extensão da proteção da privacidade.

Neste sentido, começamos por analisar o direito à privacidade, a sua relevância na vida do indivíduo e de que forma a utilização crescente das novas tecnologias tem impulsionado a sua redefinição. O direito à privacidade é essencial para todas as pessoas e é-lhe conferida tutela internacional e europeia.

Dos vários poderes do empregador, destacamos o poder de controlo que lhe permite verificar se a prestação do trabalho está a ser realizado conforme as suas ordens. Alertamos para o facto de que, embora este poder seja abordado como um poder autónomo do empregador, o que entendemos é que este poder se encontra inserido no poder de direção. A razão pela qual damos uma atenção especial a este poder inserido no poder diretivo resulta da necessidade de se compreender de que forma este poder de controlo tem vindo a ganhar um papel relevante, enquanto uma especificidade do poder de direção do empregador.

As novas tecnologias permitem um controlo mais incisivo e intrusivo das comunicações do trabalhador, pelo que a determinação dos limites desse poder deve ser feita de acordo com o princípio da proporcionalidade, da boa fé e da transparência.

Por fim, será analisado as comunicações eletrónicas do trabalhador, assim como a utilização das redes sociais, nomeadamente o Facebook. A utilização da informática no contexto laboral trouxe inúmeras vantagens nas comunicações, justificando-se uma exploração detalhada do correio eletrónico e das redes sociais.

CAPÍTULO I - A TUTELA DA PRIVACIDADE

1. O Direito à privacidade: breves considerações

Definir o conceito de privacidade tem-se revelado uma tarefa difícil por se tratar de um conceito vago, profundamente ligado aos modos e aos costumes da sociedade em que se insere, estando sujeito a constantes mudanças de geração em geração. Mais, o conceito de privacidade ganha um significado diferente consoante a pessoa em causa e a situação em concreto¹. O direito à privacidade está relacionado com a dignidade humana e interliga-se com outros direitos fundamentais, particularmente o direito à intimidade da vida privada, pessoal e familiar, a liberdade ideológica e religiosa e o direito à honra e à liberdade de expressão.

A pessoa tem um duplo interesse, sendo que enquanto indivíduo tem interesse numa existência livre e, como cidadão tem interesse no livre desenvolvimento da sua vida. Nesse sentido, o direito à privacidade encontra-se relacionado com estes dois interesses².

Vários ordenamentos jurídicos reconhecem o direito à privacidade. As legislações internacionais e nacionais protegem este direito e, dentro das normas nacionais este direito tem uma tutela constitucional.

Embora seja difícil delimitar o conceito de privacidade, devido a sua volubilidade, a verdade é que não podemos deixar de lhe dar a devida importância. Este direito é essencial para a manutenção de uma sociedade democrática, razão pela qual a sua diminuição na privacidade do indivíduo é preocupante³. A privacidade é um direito que

¹ MARIE-THÉRÈSE MEULDERS-KLEIN, *Vie privée, vie familiale e droits de l'homme*, in RIDC, n° 4, 1992, p. 770, disponível em https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1992_num_44_4_4572, indica que “de todas as gloriosas ambiguidades no catálogo dos direitos e liberdades fundamentais, o respeito da vida privada parece ser o mais desconcertante tanto pelo seu aspeto nebuloso indistinto, como pelo extraordinário imbróglgio das suas fontes”.

² TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*, Almedina, Maio 2010, p. 106.

³ RITA AMARAL CABRAL, *O direito à intimidade da vida privada – breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil*, in *Separata dos Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1998, p. 14, entende que o direito à privacidade constitui “um dos principais, senão o mais importante direito

permite o livre desenvolvimento de ideia dos indivíduos e incentiva a sua autonomia. A privacidade sempre foi uma necessidade inerente à pessoa humana. Nesse sentido, ANTONINO CATAUDELLA⁴, indica que “a fruição de período de isolamento, material e psicológica, é uma exigência biologicamente inerente ao homem”.

Historicamente, o reconhecimento do direito à privacidade remonta a tempos antigos e, podemos encontrar referências a esse direito na Bíblia, no Corão, nas leis judaicas, no budismo, nas culturas chinesas e hindus⁵.

Na Grécia antiga, a vida em comunidade era de tal forma valorizada que se tornava tarefa difícil distingui-la da vida privada. ARISTÓTELES entendia que a esfera da vida privada – a *oikos* – estava ligada à casa de cada pessoa, repugnando a intromissão nesta esfera privada. Mais, o autor relacionou a privacidade e a liberdade referindo que um dos instrumentos utilizados pela tirania é procurar ter sempre “debaixo de olho” todos os que residem na cidade, dificultando a ocultação dos seus atos.

O Édito de Milão, de 313, dado pelos Imperadores Constantino e Lucínio, atribuiu a todas as pessoas a liberdade de professar a sua religião. Este Édito de Milão, constituiu um importante passo, se entendermos a liberdade religiosa como uma manifestação da privacidade.

SANTO AGOSTINHO, na época pré-moderna, teorizou pela primeira vez acerca do direito à intimidade, afirmando na sua obra *Confessiones*, o direito à solidão e a liberdade do indivíduo perante o público. SÃO TOMÁS DE AQUINO, no século XIII, defendeu que a intimidade só podia ser valorada pelos outros quando tornada pública e, nas situações em que a intimidade era revelada em segredo a terceiros, este teria que respeitá-la⁶.

regulado autonomamente pelo Código Civil – há quem diga que, nos nossos dias, sem ele a liberdade é destituída de significado”.

⁴ “Riservatezza (diritto alla)”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 27, Roma, Itália, 1991, p. 1, *apud* TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.* p. 109.

⁵ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.* p. 110.

⁶ GLÓRIA REBELO, *Teletrabalho - reflexões sobre uma nova forma de prestar trabalho subordinado*, in *PDT*, n° 67, 2004, p. 998.

Na Idade Média, a ideia de privacidade resultou da conjugação técnica do direito romano e do direito comum, o zelo germânico pela liberdade e a ideia cristã da dignidade humana⁷.

Na Idade Moderna, os dois marcos relevantes dessa época foi a separação do poder político e o reconhecimento normativo da inviolabilidade do domicílio e do segredo das comunicações, em alguns textos jurídicos.

No Renascimento foi desenvolvida a ideia de liberdade e autonomia, reconduzindo à ideia de privacidade. Esta época foi fortemente marcada por ideias individualistas, desenvolvidas com a reforma protestante e com o pensamento de filósofos ingleses.

JOHN LOCKE estabeleceu uma fronteira entre o âmbito da vida privada e a autoridade pública desenvolvendo, assim, a ideia de liberdade negativa, ligada a um certo âmbito de liberdade individual.

THOMAS HOBBES fez a distinção entre a esfera pública e a esfera privada, considerando que a esfera privada é tudo o que está fora do alcance público.

STUART MILL entendia que no âmbito da liberdade humana estava compreendida a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e a liberdade de sentimento. Para o autor só com estas condições de liberdade seria possível manter o individualismo.

Ainda que de uma forma restrita, estes autores conferiram ao indivíduo uma esfera de privacidade. Nesta altura a privacidade estava marcada pela relação entre o direito da pessoa e o direito de propriedade. Este direito de propriedade não era um direito de todos, mas um direito de classes privilegiadas, nomeadamente da burguesia.

Em 15 de dezembro de 1890, SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS publicaram um artigo intitulado por “*The right to privacy*”, na *Harvard Law Review*, onde se estabelecia o primeiro ensaio conceptual sobre o direito à reserva da intimidade da vida privada⁸. Deste modo, a doutrina entende que a origem do direito à privacidade decorre do artigo em causa.

⁷ CARLOS RUIZ MIGUEL, *La Configuración Constitucional del Derecho a la Intimidad*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid Madrid, 1992, disponível em <http://webs.ucm.es/BUCM/tesis/19911996/S/0/S0002101.pdf>, pp. 31-32.

⁸ SAMUEL WARREN sentiu a necessidade de escrever o artigo em causa por pertencer a uma família da alta sociedade que tinha por hábito organizar em sua casa festas e jantares elitistas com ementas sofisticadas. Estes jantares causaram uma curiosidade nos meios de comunicação locais, principalmente o *Saturday Evening Gazette*, que escrevia com detalhes, por vezes desagradáveis, sobre as pessoas de alta sociedade. ÚRIA MENÉNDEZ, *O Impacto das Novas Tecnologias no Direito do Trabalho e a Tutela*

No entanto, há quem reconduza o reconhecimento do direito à privacidade a uma sentença francesa de 1384, em que o réu foi condenado por ter atingido o batente da janela dos autores quando estes se recusaram, de madrugada, a vender-lhe vinho. Neste caso, o que estava verdadeiramente em causa era o direito de propriedade (“*privacy property*”) dos autores⁹ e não o direito à privacidade¹⁰.

Em 1893, no caso *Marks vs. Joffra*, a jurisprudência norte-americana reconhece o direito à “*privacy personality*”, decorrente de uma ação instaurada por um estudante de direito contra um jornal que publicou uma foto sua sem o seu consentimento. O tribunal não só achou que o autor tinha direito à sua imagem, como acrescentou que tinha “*the right to be alone*”.

Em 1902 e em 1905, o direito à privacidade passou a ser reconhecido, social e juridicamente, nos casos *Robertson vs. Rochester Folding Box C.O.*¹¹ e *Pavesick vs. New England Life Insurance Co.*¹², onde se discutiu a utilização da imagem e nome das pessoas em campanhas publicitárias. Na sequência destes dois casos, o direito à privacidade foi despertando progressivamente interesse na doutrina Norte Americana e na Europa.

dos Direitos de Personalidade do Trabalhador, Prontuário de Direito do Trabalho, nº 79/80/81, 2009, p. 3.

Disponível

em:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2242/documento/068apa.pdf?id=1948>.

⁹ DAVID OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho*, in Revista da Ordem dos Advogados, Vol. 1/2, Novembro 2004, p. 3.

Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45841&ida=47185.

¹⁰ O mesmo verificou-se no caso ocorrido no século XIX, entre o Prince Albert vs. Strange (1849).

¹¹ A Sra. Robertson pretendia ser indemnizada pelo facto de sua imagem ter sido utilizada sem o seu consentimento numa campanha publicitária destinada a promover uma marca de farinha, com a legenda “a flor da família”. A Court of Appeals de Nova Iorque julgou improcedente o pedido da Sra., o que levou a uma reação negativa da opinião pública. Consequentemente, os juízes do caso elaboraram um artigo onde justificavam a sua decisão no caso e indicavam que posteriormente fossem incluídas disposições na Lei de Direitos Civis do Estado de Nova Iorque, determinando a ilicitude do uso do nome ou de retrato em campanhas publicitárias sem autorização escrita da pessoa visada. DAVID OLIVEIRA FESTAS, última *op. cit.*, p. 3.

¹² A companhia de seguros *New England Life Insurance Co.* foi condenada, pelo Supremo Tribunal do Estado de Geórgia, a pagar uma indemnização ao Sr. *Pavesick*, por usarem abusivamente sua imagem numa folha publicitária.

2. As NTIC e o impacto na sociedade de informação

Nos finais do século XIX e no século XX, o desenvolvimento das novas tecnologias fizeram com que surgissem novas realidades relacionadas com estas inovações. Os avanços e invenções tecnológicos trouxeram riscos para as liberdades dos indivíduos e uma preocupação acentuada quanto a necessidade de se “democratizar os direitos de personalidade¹³”, nomeadamente o direito à privacidade. Daqui resulta a necessidade de um direito à privacidade autonomizado que permitisse excluir do conhecimento público a esfera mais reservada do indivíduo.

A proteção dessa esfera privada não teria mais como fundamento o direito à propriedade privada, mas o direito de inviolabilidade da personalidade. Nesta altura, o objetivo da tutela da privacidade estava relacionado com os perigos da atividade desenvolvida pela imprensa. A evolução da tecnologia torna a esfera privada mais frágil, mais exposta a terceiros e, conseqüentemente mais propensa a violações. Tudo isso evidencia a necessidade de se repensar e reformular o que se entende como direito à privacidade. Esta necessidade patente de se reforçar a proteção jurídica do direito à privacidade e de se alargar o seu conceito, resulta do desenvolvimento da informática e das novas tecnologias de informação.

O conceito de privacidade, *lato senso*, traduz-se num direito de impedir o acesso a informações relativas à vida privada – dimensão negativa – e num direito de proibir que estas informações sejam divulgadas – dimensão positiva. Esta dupla perspetiva¹⁴ do direito à privacidade resulta do entendimento de que o facto de alguém consentir que outrem tome conhecimento de informações relativas à sua vida privada, não torna lícito a divulgação dessas informações a terceiros, sem que haja um consentimento que se estenda de igual modo à divulgação desses mesmos dados.

¹³ ÚRIA MENÉNDEZ, última *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ DAVID OLIVEIRA FESTAS, última *op. cit.*, refere que o direito à reserva da intimidade da vida privada deve ser observado sob uma perspetiva estrutural, teleológica e substancial.

A teoria das três esferas¹⁵ teve um papel fundamental na construção e delimitação do âmbito de proteção do direito à privacidade. Segundo esta teoria, o direito à privacidade compreende uma esfera íntima, privada e pública¹⁶.

A esfera íntima abrange todas as informações cuja natureza é de tal forma reservada que, em regra, nunca serão acessíveis a terceiros. Na esfera íntima incluem-se aspetos relativos à vida sentimental, estado de saúde ou de gravidez, vida sexual, convicções políticas e religiosas, etc. Relativamente à esfera privada, a sua extensão é variável consoante a pessoa em causa. Abrange informações sobre hábitos de vida, factos relativos ao domicílio, que o titular partilha apenas com um número restrito de indivíduos, e cujo conhecimento tem interesse de reservar. Por fim, a esfera pública, que abrange as informações do indivíduo suscetíveis de serem conhecidas por todos, sem existir qualquer tipo de reserva.

Em Portugal, esta teoria tem sido objeto de críticas, nomeadamente quanto à relevância da distinção entre a esfera íntima e a esfera privada. Há autores que se pronunciam a favor da teoria das três esferas, outros que rejeitam a distinção entre a esfera íntima e a esfera privada e, ainda, outros autores que entendem que na ordem jurídica portuguesa a proteção cinge-se apenas a esfera íntima.

Estes últimos autores¹⁷ defendem que a adaptação da teoria das três esferas implica uma desproteção da esfera privada. Os artigos 26º, nº 1 da CRP, 80º, nº1 do CC e 16º do CT referem-se à proteção da “reserva da intimidade da vida privada”, pressupondo a exclusão de determinados aspetos da esfera privada que, por não serem da intimidade, não mereciam tutela.

Apesar da doutrina encontrar dificuldade em estabelecer a diferença e delimitação de conteúdo entre a esfera íntima e a esfera privada, não me parece que se deva concluir que há uma exclusão desta última esfera no ordenamento jurídico português.

¹⁵ Esta teoria deve-se fundamentalmente à literatura jurídica alemã, “*Sphärentheorie*”.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, refere a existência de cinco esferas: uma esfera íntima, uma esfera secreta, uma esfera privada, uma esfera individual social e uma esfera pública. MENEZES CORDEIRO, *Tratado De Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas*, Almedina, 2004, p. 199-204.

¹⁷ Neste sentido, MOTA PINTO, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, BFDUC, 69, 1993, p. 530-531.

As duas esferas encontram acolhimento na legislação portuguesa, ainda que em graus distintos. O direito à reserva da vida privada que não seja íntima pode mais facilmente ceder perante direitos de terceiros ou interesses públicos.

Quanto ao conceito do direito à privacidade, cabe referir que a tutela da vida privada pode ser encarada de duas perspetivas. A primeira estabelece um princípio de admissibilidade no acesso à vida privada e familiar de outrem (aqui falamos da esfera íntima e privada). A segunda perspetiva, a que parece ser a mais consentânea, consiste no princípio da inadmissibilidade no acesso à vida privada e familiar de outrem, tornando-se lícitas as intromissões apenas nos casos expressamente previstos.

O direito à privacidade está ligado “à capacidade e ao direito dos indivíduos controlarem a informação que lhe diz respeito¹⁸”. Isto confere ao indivíduo a possibilidade de controlar a informação que lhe diz respeito, independentemente dessa informação ser íntima ou não. Deste modo, resulta a ideia de que, além do indivíduo ter direito a ser “deixado só”, também tem um direito a manter um controlo sobre a própria informação. O conceito de privacidade abrange o direito à autodeterminação, que diz respeito a proteção de dados pessoais e é considerado um direito que permite o controlo sobre a recolha e divulgação da informação sobre a vida privada do indivíduo.

O exercício dos direitos fundamentais, nomeadamente do direito à privacidade, contribui para o livre desenvolvimento da pessoa e para a existência de uma sociedade plural e diversificada.

3. A tutela da privacidade no ordenamento jurídico português

A relação laboral significa para o trabalhador uma compressão dos seus direitos enquanto indivíduo, não só porque se obriga a uma prestação de natureza pessoal, mas também pela existência de uma subordinação jurídica, decorrente do contrato de trabalho.

Na relação jurídico-laboral, o trabalhador, por norma, é a parte mais fraca. Em regra, o rendimento do trabalho constitui a sua única fonte de subsistência e está psicologicamente condicionado na reivindicação dos seus direitos, liberdades e garantias.

¹⁸ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, p. 124.

O enfoque sobre os direitos fundamentais do trabalhador no âmbito da relação laboral, resultou da ideia de que o trabalhador não perde o direito à individualidade por estar integrado numa empresa. Surge, assim, o conceito de “cidadania na empresa¹⁹” que se traduz no entendimento de que apesar da celebração do contrato de trabalho e da subordinação aos poderes do empregador, os trabalhadores não alienam a sua condição de cidadão, devendo o direito assegurar e estabelecer limites que permitam tutelar a sua dignidade humana e livre desenvolvimento da sua personalidade²⁰. E Portugal, o direito à privacidade está tutelado na Constituição, no Código Civil, no Código Penal e no Código de Trabalho²¹.

O Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, introduziu pela primeira vez na legislação laboral portuguesa, um conjunto de normas dedicadas aos direitos de personalidade do trabalhador.

A Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, trouxe alterações ao Código de Trabalho e, tais direitos passaram a constar essencialmente dos artigos 14.º a 22.º. Apesar da inovação, a verdade é que a proteção da privacidade já era tutelada pelo Código Civil de 1966, através da consagração autónoma da “reserva sobre a intimidade da vida privada” e, mais tarde, pela Constituição da República Portuguesa de 1976 que estabeleceu direito à intimidade sobre a vida privada e familiar (artigo 26.º), assim com a tutela da autodeterminação informativa (artigo 35.º).

Os direitos de personalidade do trabalhador encontravam tutela na Constituição da República Portuguesa, por via do reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Embora exista uma coincidência entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, a verdade é que não devem ser confundidos²².

¹⁹ “... princípio que convoca para a qualidade de vida no trabalho e no emprego, à qual se alia a necessidade de criar uma zona de imunização do trabalhador contra os riscos invasivos resultantes da utilização das novas tecnologias de informação e comunicação na empresa, potenciadoras de múltiplas e variadas agressões à personalidade”. MARIA REGINA REDINHA, in *Escritos Jurídicos-Laborais, para Jorge Leite*, p. 822 e 823.

²⁰ ÚRIA MENÉNDEZ, última *op. cit.*, p. 2.

²¹ Ver MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Almedina, 17ª Edição, Junho de 2014, pp. 81-84, sobre as fontes internas.

²² Tem se levantado a problemática da eficácia civil dos direitos fundamentais, no sentido de se saber se as entidades privadas se encontram vinculadas pelos direitos, liberdades e garantias constantes de normas constitucionais preceptivas. Quanto a esta problemática da eficácia civil dos direitos fundamentais, a

3.1.A tutela da privacidade na Constituição

Os direitos fundamentais nasceram com o objetivo de assegurar a posição e os direitos dos cidadãos face ao Estado e encontram-se expressamente previstos na Constituição da República Portuguesa e noutros instrumentos legislativos. Os direitos de personalidade são anteriores e independentes de qualquer regime político. Por se tratar de direitos inatos, estes direitos podem merecer tutela jurídica independentemente da sua consagração legal.

A Constituição consagra, no artigo 1º, a dignidade da pessoa humana, clarificando que o poder do Estado deve basear-se neste princípio. A dignidade não é um conceito invariável, nem abstrato e está na base e na essência de vários direitos fundamentais. O direito à intimidade da vida privada está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade. A Constituição consagra o direito à privacidade, assim como outros direitos fundamentais e de personalidade que permitem o livre desenvolvimento do indivíduo.

O artigo 26º da CRP protege a reserva da intimidade da vida privada e da vida familiar e no nº 2, a lei estabelece garantias efetivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. A qualificação da reserva da intimidade da vida privada como um direito fundamental implica que lhe seja aplicado o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, em especial o disposto no artigo 18º da CRP, quanto à sua restrição. Segundo GOMES CANOTINHO e VITAL MOREIRA²³, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar analisa-se em dois direitos menores: o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; e o direito a que ninguém

propósito do artigo 18º, nº 1 da CRP, conforme explica DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, última *op. cit.*, nota de rodapé nº 22, há autores que defendem que os direitos fundamentais aplicam-se imediatamente às relações entre particulares, outros que entendem que a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais apenas às relações entre particulares e, por último, os que defendem uma tese intermediária – a aplicabilidade dos direitos fundamentais deverá ser efetuada distinguindo-se as relações jus-privatísticas em que interagem sujeitos tendencialmente iguais, das relações jus-privatísticas em que se encontra um elemento de domínio, como na relação laboral. No entendimento destes autores, neste último tipo de relação se justifica a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

²³ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 4ª edição revista, 1993, p. 467.

divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. De acordo com estes autores, o critério constitucional que permite traçar a linha divisória entre a vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o campo que é mais aberto à publicidade deve ser o conceito de *privacidade*, previsto no parte final do n° 1, do artigo 26º, e o conceito de dignidade humana – artigo 26º, n° 2 – para que se definisse um “conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea”. Nesse sentido, o direito fundamental à reserva da vida privada e familiar deve ser limitado com base num conceito de vida privada que tenha em conta: o respeito dos comportamentos, do anonimato e da vida em relação²⁴.

ORLANDO DE CARVALHO²⁵, distinguiu três círculos de proteção da pessoa: a esfera privada que abrangia aspetos pessoais e aspetos relacionados com fotografias de residência; a esfera pessoal; e a esfera do segredo que pode ser diferenciada entre coisas naturalmente secretas e coisas secretas por determinação da pessoa.

Segundo JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²⁶, a rigidez dos conceitos da teoria das três esferas não permite obter resposta para os vários casos que a tutela da privacidade pode originar. De acordo com a opinião de PAULO MOTA PINTO²⁷, a distinção principal está entre a informação sobre a vida privada e a informação sobre a vida pública das pessoas. Este autor entende que estão excluídos da proteção prevista no artigo 26º todos os atos que o indivíduo não guarde do conhecimento de terceiros.

O âmbito de aplicação do artigo 26º, n° 1 deve abranger aspetos ligados à vida profissional quando estes estejam relacionados com a vida privada e aspetos relacionados com os acontecimentos que ocorram em locais públicos, mas que integrem a vida privada.

O Tribunal Constitucional definiu pela primeira vez o conteúdo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, através do Acórdão n° 128/92²⁸, onde entendeu que

²⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, última *op. cit.*, p. 468.

²⁵ *Apud*, PAULO MOTA PINTO, última *op. cit.*, p. 525.

²⁶ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra 2005.

²⁷ PAULO MOTA PINTO, *A Proteção da Vida Privada e a Constituição*, in B.F.D.U.C, n° 76, 2000, p. 162.

²⁸ Neste sentido PAULO MOTA PINTO, última *op. cit.* p. 157. Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920128.html>. Este acórdão é respeitante à denúncia de um contrato de arrendamento, tendo como fundamento a prática de prostituição no imóvel arrendado.

o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada se trata “do direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. É a *privacy* do direito anglo-saxónico (...) Este *direito à intimidade* ou à *vida privada*, este direito a uma esfera própria e inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respetivo titular compreende: a) a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; b) o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante a autorização do interessado”.

A definição de direito à privacidade estabelecida pelo Tribunal Constitucional, no referido acórdão, foi mais abrangente por incluir na definição a ideia de autonomia que abarcava os aspetos da informação sobre a vida privada e a liberdade da vida privada. Mais tarde, o Tribunal Constitucional limitou o conceito de intimidade da vida privada às situações em que estava em causa a informação sobre esta e excluiu do âmbito deste direito a liberdade da vida privada²⁹. Esta posição do Tribunal Constitucional parece ter sido reforçada através da consagração constitucional do artigo 26º, nº 1. Este artigo parece distinguir uma dupla dimensão do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada: a proteção da personalidade tendo como fundamento o indivíduo, e a proteção de um direito geral de liberdade, cujo bem protegido é a livre decisão sobre o comportamento do titular³⁰.

Importa destacar o acórdão nº 368/2002³¹, onde o Tribunal Constitucional chamou atenção para o facto de o direito à intimidade da vida privada não ser um direito

Este acórdão teve importância por estabelecer o conteúdo da vida privada com precisão, referindo que “no âmbito desse espaço próprio inviolável engloba-se a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (v.g. a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio) e, bem assim, os meios de expressão e de comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.)”.

²⁹ É de excluir neste caso o acórdão nº 561/95, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950561.html>, por ter negado que a punição de práticas sexuais com deficientes, prevista no artigo 202º, nº 1 do CP, constituísse a violação do direito à liberdade e ao respeito da vida privada. Tratou-se de uma exceção, como referiu PAULO MOTA PINTO, última *op. cit.* p. 158.

³⁰ Como refere PAULO MOTA PINTO, última *op. cit.* p. 160.

³¹ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020368.html>.

absoluto, podendo ceder perante outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos, atendendo o princípio da proporcionalidade.

Os artigos 34º da CRP, respeitante ao sigilo das telecomunicações e o 35º da CRP, relativo à proteção de dados pessoais, funcionam como garantes do direito à reserva da intimidade da vida privada.

O artigo 34º da CRP determina a inviolabilidade do domicílio e da correspondência e de outros meios de comunicação privada, onde estão incluídas as mensagens trocadas por e-mail e as comunicações por telemóvel³².

Por outro lado, o artigo 35º da CRP consagra o direito à autodeterminação informativa, que se traduz na faculdade do titular de dados pessoais aceder livremente aos mesmos, bem como retificá-los, atualizá-los e conhecer a finalidade de tratamento a que os mesmos estejam sujeitos³³.

O desenvolvimento dos meios tecnológicos tornou cada vez mais importante a proteção contra o tratamento e utilização abusiva de dados pessoais informatizados. O direito à autodeterminação está intimamente ligado ao direito sobre a intimidade da vida privada, à dignidade da pessoa e ao desenvolvimento da personalidade.

O nº 3 deste preceito proíbe o tratamento informatizado de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica. Estes são considerados como *dados sensíveis* e, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a esfera da vida privada inclui informações referentes à vida familiar, à vida sexual, à saúde, etc. Contudo, a Constituição permite que o tratamento dos dados sensíveis possa ser feito, mediante autorização expressa do titular desses dados pessoais sensíveis ou através de

³² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, última *op. cit.*, p. 544, afirmam no comentário ao artigo 34º que “o conteúdo do direito ao sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada abrange toda a espécie de correspondência de pessoa (cartas, postais, impressos), cobrindo mesmo as hipóteses de encomenda que não contêm qualquer comunicação escrita, e todas as comunicações (telefone, telegrama, telefax, etc.). A garantia do sigilo abrange não apenas o conteúdo da correspondência, mas o tráfego como tal (espécie, hora, duração, intensidade de utilização). No âmbito normativo do art. 34º cabe o chamado correio eletrónico, porque o segredo da correspondência abrange seguramente as correspondências mantidas por via das telecomunicações. O envio de mensagens eletrónicas de pessoa a pessoa (e-mail) preenche os pressupostos da correspondência privada.”

³³ Portugal foi o primeiro país europeu a reconhecer na sua Constituição de forma expressa um direito à proteção de dados pessoais.

autorização legal com garantias de não discriminação. Estes mesmos autores defendem o direito ao conhecimento dos dados pessoais, considerando que “é uma espécie de direito básico nesta matéria de *habeas data*³⁴” que se desdobra em vários direitos: “a) o *direito de acesso*, ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registos informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados); b) o *direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como o direito ao esclarecimento sobre a finalidade dos dados*; c) o *direito de contestação*, ou seja, direito à retificação dos dados e sobre a identidade e endereço do responsável; d) o *direito de atualização* (cujo escopo fundamental é a correção do conteúdo dos dados em caso de desatualização); e) finalmente, o *direito à eliminação* dos dados cujo registo é interdito³⁵”. Para que estes direitos estejam protegidos é necessário que se obedeça ao princípio da publicidade, da justificação social, da transparência, da especificação de finalidades, da limitação da recolha, do princípio da fidelidade, da limitação da utilização, das garantias de segurança, da responsabilidade, do princípio da política de abertura e do princípio de limitação no tempo desses dados pessoais³⁶.

Já o nº 4 proíbe o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei, o que sucede nos artigos 17º e 19º do Código do Trabalho. Esta proibição demonstra o perigo que decorre da informática para a esfera privada, podendo resultar numa perda de controlo total dessas informações que podem vir a ser usadas de forma errada e para fins que o titular dos dados não conhece e não tem a possibilidade de intervir. A Constituição admite exceções quanto a essa proibição, sendo-lhes aplicado as restrições dos direitos, liberdades e garantias – artigo 18º da CRP.

No entendimento de TERESA COELHO MOREIRA³⁷, o direito à autodeterminação tem uma dupla perspetiva: a primeira – perspetiva objetiva – impõe que o Estado adote medidas de defesa contra terceiros. A segunda perspetiva – subjetiva – entende que os titulares usufruem de posições jurídicas que lhes permite defenderem-se dos abusos do Estado quanto à utilização da informação pessoal.

³⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, última *op. cit.*, p. 551.

³⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, última *op. cit.*, p. 552.

³⁶ Para mais desenvolvimento, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, última *op. cit.*, pp. 552-553.

³⁷ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, p. 301.

Cabe ainda dizer que, os artigos 24º (*direito à vida*), 25º (*direito à integridade pessoal*) e 27º (*direito à liberdade e segurança*) – todos da Constituição – também assumem importância na proteção da intimidade da vida privada dos cidadãos porque possibilitam o livre desenvolvimento da personalidade e asseguram a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, tem sido notória a necessidade de se dar prevalência aos direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores enquanto cidadãos. As novas tecnologias têm levantado muitas questões e desafios no que toca à necessidade de se estabelecer limites e proteção dos direitos de personalidade dos trabalhadores, nomeadamente do direito à privacidade.

Numa análise dos direitos consagrados aos trabalhadores na CRP verifica-se que, por razões históricas, é conferida uma particular atenção aos direitos coletivos dos trabalhadores do que aos seus direitos individuais.

Numa situação jurídica laboral o direito fundamental da reserva à intimidade da vida privada também abrange os trabalhadores. Os direitos fundamentais são importantes também no âmbito do Direito do Trabalho por permitirem que sejam asseguradas as condições de vida dignas, compatíveis com o desenvolvimento da personalidade humana e garantir o gozo efetivo dos direitos de liberdade³⁸. O trabalho assume relevância no que toca à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade. Tendo em mente a ideia de que o trabalhador é a parte mais frágil da relação laboral e que o mesmo não deixa de ser cidadão por estar inserido numa organização, entendo que também a ele se aplicam os direitos e valores fundamentais consagrados na Constituição.

3.2. A tutela da privacidade na relação jurídica laboral

O direito à privacidade é um direito ligado à dignidade da pessoa humana e, por isso, justifica-se a sua consagração no Direito do Trabalho. O contrato de trabalho pressupõe o reconhecimento da dignidade do trabalhador. A execução das obrigações

³⁸ JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 108.

decorrentes do contrato de trabalho deve respeitar os direitos fundamentais que o trabalhador tem enquanto pessoa.

O Código do Trabalho regula especificamente a matéria dos direitos de personalidade dos trabalhadores nos artigos 14º a 22º, aplicável quer na fase pré contratual, quer na fase de execução do contrato de trabalho. As questões suscitadas no plano laboral, relativo aos direitos de personalidade dos trabalhadores, eram resolvidas através da aplicação direta das normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais ou aplicando-se o regime geral de tutela dos direitos de personalidade, designados nos artigos 70º e seguintes do CC.

Hoje, estão consagrados no CT direitos como a liberdade de expressão e de opinião pública (artigo 14º), o direito à integridade física e moral (artigo 15º), o direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 16º), o direito à proteção de dados pessoais (artigo 17º), o direito à tutela dos dados biométricos do trabalhador (artigo 18º), direitos relativos à realização de testes e exames médicos ao trabalhador (art. 19º), o direito do trabalhador à reserva na projeção específica dos meios de vigilância à distância (artigos 20º e 21º) e o direito à confidencialidade das mensagens e acesso a informação (art. 22º).

A consagração dos direitos de personalidade no CT assumiu uma particular importância ao dar resposta as novas realidades que colocam o trabalhador numa posição mais frágil. Referimo-nos ao desenvolvimento tecnológico, a utilização e manuseamento de tecnologias de informação e comunicação, a realização de exames médicos e a utilização de técnicas de captação de imagens e de dados pessoais.

Ao longo da execução do contrato de trabalho a prestação do trabalho ganha um carácter indeterminado, tornando-se difícil estabelecer a fronteira entre a pessoa do trabalhador e a prestação do trabalho por este realizado. Esta situação também contribui para que os direitos de personalidade dos trabalhadores estejam mais vulneráveis. Assim, o CT consagra no artigo 126º, nº 2 que o empregador deve colaborar “na promoção humana, profissional e social do trabalhador” na execução do contrato.

Na relação laboral o trabalhador está subordinado aos poderes do empregador, o que coloca os sujeitos em posições desiguais, podendo dar lugar a situações de violação

dos direitos de personalidade do trabalhador. Situações essas que nem o direito civil, nem o direito constitucional eram capazes de dar uma resposta suficiente³⁹.

O reconhecimento da cidadania no emprego está intimamente ligado a preocupação crescente pela qualidade na vida pessoal e profissional no emprego. Neste sentido, MARIA REGINA REDINHA, entende que a isso alia-se “(...) a necessidade de criar uma zona de imunização do trabalhador contra os riscos invasivos resultantes da utilização das novas tecnologias de informação e comunicação na empresa, potenciadoras de múltiplas e variadas agressões à personalidade⁴⁰”.

O artigo 16º, nº 1 do CT prevê o direito à reserva da intimidade da vida privada, referindo que “o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada” e no nº 2 do mesmo artigo estipula que “o direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”.

O Código do Trabalho não faz uma distinção quanto aos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, abordando este tema de forma igualitária. No contexto laboral, os direitos de personalidade dos trabalhadores carecem de uma proteção acrescida, por este estar sujeito ao poder do empregador e por envolver a sua personalidade no vínculo laboral.

Com isto, não se quer dizer que a tutela dos direitos de personalidade do empregador deve ser descuidada. Na verdade, o empregador quando celebra o contrato de trabalho em nada altera a sua situação estatutária, nem vê a sua disponibilidade limitada, ao contrário do que acontece com o trabalhador. Em regra, o trabalhador por estar numa posição de subordinação jurídica não se encontra em condições de violar os direitos de

³⁹MARIA REGINA REDINHA, *Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: atualidade e oportunidade da sua inclusão*, in *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 161, refere que “esta tutela geral nem sempre se revelou suficientemente plástica e dirigida para as especificidades da relação laboral (...), por isso é benéfico este enriquecimento”. Disponível em: <https://www.cije.up.pt/download-file/218>.

⁴⁰MARIA REGINA REDINHA, *Direitos de personalidade*, CT, artigo 16º anotado. Disponível em: <https://www.cije.up.pt/download-file/198>.

personalidade do empregador. MARIA PALMA RAMALHO⁴¹ refere que a tutela dos direitos de personalidade do empregador é suficientemente assegurada pelo regime geral dos direitos de personalidade, constantes no artigo 70º e ss. do CC. O que se pretende é um equilíbrio entre a tutela da esfera jurídica do trabalhador e o princípio da liberdade de gestão empresarial.

O artigo 16º, nº 2 do CT condena o acesso e a divulgação de informações relativas à esfera pessoal e íntima das partes. Elenca a vida familiar, afetiva e sexual, o estado de saúde e as convicções políticas e religiosas, a título exemplificativo. Neste sentido, pode entender-se que aspetos como gostos pessoais, hábitos de vida, assim como práticas pessoais e familiares do dia-a-dia que o indivíduo queira manter privado podem incluir-se na proteção que este artigo confere.

A determinabilidade do conceito de reserva da intimidade da vida privada varia de acordo com a posição da pessoa em causa, dependendo da notoriedade do sujeito, exposição pública, atividade profissional, funções desempenhas e os limites traçados pelo indivíduo para a sua privacidade⁴². Através da análise do nº 2 do artigo 80º do CC, podemos dizer que a reserva da intimidade da vida privada não é uniforme, devendo ser definida conforme a natureza, sendo legítima a aplicação de diferentes concretizações de acordo com o tipo de atividade laboral e o grau de subordinação do trabalhador.

O trabalhador envolve a sua personalidade na execução do contrato de trabalho, resultando numa limitação da sua esfera privada. Atualmente, as tecnologias podem gerar comportamentos abusivos de controlo, consubstanciando-se numa grave violação do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador. Desta forma, é importante que se procure uma maior proteção dos trabalhadores face à utilização e desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação.

⁴¹ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho. Breves notas*, intervenção no VI Colóquio do Supremo Tribunal sobre Direito do Trabalho, 2014, p. 6, nota 10.

⁴² MARIA REGINA REDINHA, *Direitos de personalidade*, CT, art. 16º anotado.

3.3. A tutela da privacidade no direito civil

O Código Civil também atribuiu uma especial atenção aos direitos de personalidade. Assim, os artigos 70º a 81º consagram os direitos de personalidade.

Segundo TERESA MOREIRA, os direitos de personalidade “são aqueles sem os quais as pessoas não são tratadas como tais, sendo direitos que são exigidos pela iminente ligação à dignidade humana, constituindo fundamento ontológico da personalidade e da dignidade humana⁴³”. Os direitos de personalidade são entendidos como direitos essenciais do homem, tendo por base a dignidade da pessoa humana⁴⁴. Portanto, o reconhecimento destes direitos equivale a aceitar a própria personalidade e identidade⁴⁵.

Ao ser reconhecido automaticamente o direito da personalidade, o sujeito passa a ser titular de situações jurídicas de personalidade atinentes à sua pessoa, nomeadamente, a sua vida, integridade física e moral, honra, bom nome, privacidade e imagem. Quando se fala em direitos de personalidade consequentemente falamos de *direitos pessoais* (direito à vida, direito à integridade física ou direito ao nome); de *direitos pessoalíssimos* (por serem intransmissíveis), de *direitos absolutos* (devendo ser respeitado por todos, independentemente da relação jurídica), de excecional *dignidade ética* (que justifica a tutela reforçada), de *direitos inatos* (decorrem da própria existência humana, não necessitam de consagração legal expressa), de *direitos gerais* (tem como titulares todos os seres humanos), e de *direitos perpétuos* (cessam com a morte do sujeito).

Os direitos de personalidade também se caracterizam por serem *direitos indisponíveis*, ou seja, não são alienáveis ou renunciáveis. No entanto, o titular deste direito pode voluntariamente limitar os seus direitos de personalidade através do consentimento do lesado, nos termos do artigo 81º do CC. Mas esse consentimento não se traduz na extinção do direito, apenas permite que um destinatário beneficie dos efeitos desse consentimento. A limitação voluntária do exercício desses direitos tem

⁴³ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, p. 305.

⁴⁴ MÁRIO RAPOSO, *Sobre a Proteção da Intimidade da Vida Privada*, in ROA, 1973, p. 6.

⁴⁵ PEDRO ORTINS DE BETTENCOURT, *Controle Patronal e Limitação dos Direitos de Personalidade*, in Minerva – Revista de Estudos Laborais, Ano I, nº 1, 2002, p. 130.

que respeitar os princípios da ordem pública. O consentimento deve ser legal, resultar de uma vontade esclarecida e deve ser prestado de forma expressa.

O Código Civil elenca um conjunto de direitos de personalidades em especial, designadamente, o *direito ao nome* (dos artigos 72º a 74º), *direito à confidencialidade de cartas-missivas* (artigo 75º a 77º), *direito à imagem* (artigo 79º) e *direito à reserva da intimidade da vida privada* (artigo 80º). Este elenco não é taxativo e também não constitui o núcleo essencial destes direitos de personalidade. Estes direitos estão tipificados pela necessidade de se dissipar todas as dúvidas quanto à sua qualificação. Os direitos de personalidade constitucionalmente consagrados, os previstos em Tratados Internacionais – *Declaração Universal dos Direitos do Homem* –, assim como os que decorrem de legislação especial – artigo 14º e seguintes do CT –, embora não estejam tipificados no Código Civil, também merecem a proteção que o Código Civil lhe confere. Os direitos de personalidade – apesar de serem absolutos e de terem eficácia *erga omnes* – são atípicos porque não dependem de uma previsão legislativa para que sejam atendidos⁴⁶.

O nº 1 do artigo 70º do CC tem como epígrafe “*tutela geral da personalidade*”⁴⁷. Este artigo enuncia um princípio geral de direitos de personalidade dos indivíduos que a lei deve proteger contra a ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. O nº 2 do mesmo artigo, diz que “independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou

⁴⁶ GUILHERME DRAY, *O Princípio da Proteção do Trabalhador*, Almedina, Março de 2015, p.174.

⁴⁷ A doutrina tem discutido quanto a esta questão da tutela geral da personalidade, que no entender de alguns autores (GUILHERME DRAY, última *op. cit.*, p. 177; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I*, 4ª Edição, Reformulada e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 80-82; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil, Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, os Bens*, Coimbra, Volume I, Coimbra Editora, 2002, pp. 78-80) não deve ser confundido com o direito geral de personalidade. Na medida em que os direitos de personalidade têm a natureza de direitos subjetivos e assentam em permissões normativas que se dirigem aos seus titulares. Nesse sentido, não se justifica aludir a um pretense direito geral de personalidade. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO acrescenta que a figura do direito geral da personalidade implicaria que o homem aparecesse como objeto de si mesmo, o que seria uma impossibilidade lógica. Contra, no sentido de defesa de um direito geral de personalidade, CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pp. 513 e ss.; e JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O Problema da Salvaguarda da Privacidade Antes e Depois do Computador*, *Boletim do Ministério de Justiça*, 319, 1982, pp. 28 e ss.

atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. Segundo GUILHERME DRAY, a tutela civil referida no nº 2 do artigo 70º, é concretizada em três vetores⁴⁸: 1ª) a tutela *repressiva*, através da responsabilidade civil, perante uma ofensa já concretizada; 2ª) a tutela *preventiva*, cujo propósito é evitar a consumação de uma ameaça efetiva e eminente de violação de um direito de personalidade, podendo ser imposto deveres de omissão da conduta em causa, e; 3ª) a tutela *atenuante*, com vista a atenuar os efeitos de uma ofensa já consumada ou que já iniciou, através da cessação e determinadas atividades em curso ou da aplicação de sanções pecuniárias compulsórias.

O artigo 80º do CC, consagra o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, proclamando que “todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem” e que “extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”. Este artigo traduz-se em dois direitos menores: por um lado, no direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; por outro lado, no direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem⁴⁹.

No entendimento de GUILHERME DRAY, o teor e o reconhecimento do direito consagrado no artigo 80º varia consoante a natureza do caso e a condição das pessoas, razão pelo qual defende que este artigo faz um apelo a um “*sistema móvel*”⁵⁰. Deste modo, considera que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada não é “absoluto em todos os casos e relativamente a todos os domínios, havendo que atender à contraposição do interesse do indivíduo em obstar à tomada de conhecimento ou à divulgação de informação a seu respeito e dos interesses de outros em conhecer ou revelar a informação conhecida⁵¹”, podendo esses interesses ganhar maior peso se também forem interesses públicos.

Assim, em primeiro lugar, o autor procura saber o que se entende por vida privada, distinguindo do conceito de vida pública. Chega a conclusão de que a vida privada cessa onde começa a vida pública, cabendo na vida privada a vida doméstica, familiar, sexual,

⁴⁸ GUILHERME DRAY, última *op. cit.*, p. 177.

⁴⁹ GUILHERME DRAY, *Direitos de Personalidade – Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, in *RDC*, Ano II (2017), nº 3, Almedina, p. 677.

⁵⁰ GUILHERME DRAY, última *op. cit.*, p. 678.

⁵¹ GUILHERME DRAY, última *op. cit.*, p. 678.

afetiva ou informações respeitantes ao estado de saúde. Trata-se de factos que o titular partilha apenas com aqueles que lhe são mais próximos, resguardando da vida pública.

Em segundo lugar, o autor levanta a questão de saber se o direito à intimidade da reserva da vida privada é o mesmo que vida privada, podendo traçar-se uma linha que separa a esfera privada e familiar que goza de reserva de intimidade e a que se mostra mais aberta à publicidade e intromissão alheia⁵². Quanto a esta questão, alguma doutrina nacional tem tentado distinguir várias esferas, falando-se em esfera íntima, privada e pública. A esfera íntima corresponde a todos os factos que devem ser inacessíveis a terceiros (vida familiar, comportamentos sexuais, convicções religiosas), e em princípio esta esfera é absolutamente protegida. A esfera privada abarca todos os factos cujo conhecimento o titular tem interesse em guardar para si, nomeadamente aspetos da vida profissional ou hábitos de vida. Esta esfera é relativamente protegida, podendo ceder nos casos de conflito de direitos ou interesse público. A esfera pública abrange todas as situações de conhecimento público podem ser conhecidos e divulgados.

O artigo 80º, nº 1 refere-se à “intimidade da vida privada” e não à vida privada. Conforme já referimos, embora pareça que o interesse do legislador seja o de proteger apenas a intimidade, não podemos considerar que a utilização da palavra “intimidade” tenha por intuito excluir da tutela da lei a vida privada ou os factos que ocorram em público, partindo-se do princípio de que não se pode rejeitar a ideia de que podem ocorrer factos íntimos em lugares públicos⁵³.

Segundo TERESA MOREIRA, para se destringir qual o círculo de reserva da intimidade da vida privada, “deve partir-se do princípio de que toda e qualquer ingerência é inadmissível, sendo lícitas, apenas, algumas intromissões⁵⁴” quando justificadas por determinados interesses superiores. Desta forma, a reserva da

⁵² GUILHERME DRAY, *Direitos de Personalidade – Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 55.

⁵³ PAULO MOTA PINTO, *O Direito à Reserva Sobre a Intimidade da Vida Privada*, in BFDUC, 1987/1988, 1993, pp. 530-532.

⁵⁴ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, p. 316.

privacidade deve ser considerada regra e não a exceção, por ser um direito de personalidade e ter consagração constitucional⁵⁵.

Por fim, impõe-se saber se o direito à intimidade da vida privada apenas proíbe a divulgação de informações sobre a vida privada ou familiar ou, se impede o acesso de estranhos a informações sobre esta⁵⁶. A luz do artigo 80º, a doutrina tem entendido, unanimemente, que a divulgação ou o acesso de aspetos da vida privada não autorizado é ilícito. Mais, ainda que a pessoa em determinados casos dê o seu consentimento quanto à tomada de conhecimento de certos aspetos da sua vida privada, continua a recair sobre a outra parte o dever de não divulgar a terceiros.

3.4. A tutela da privacidade no direito penal: breve referência

Os artigos 190º a 198º do CP consagram uma proteção abrangente no que toca ao direito à privacidade. Embora estes direitos não se dirijam especificamente a trabalhadores, estas normas conferem uma tutela e dignidade penal à reserva da intimidade da vida privada.

O art. 192º com a epígrafe “*Devassa da vida privada*” penaliza quem, devasse com intenção e sem consentimento a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual, através de gravação, utilização, transmissão ou divulgação de conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio eletrónico, captação, filmagem e divulgação de imagens de pessoas, objetos ou espaços íntimos, etc. Este artigo condena certas situações que podem ser concretizadas através da utilização abusiva das novas tecnologias.

Igualmente, é de salientar o regime das escutas telefónicas, previsto nos artigos 187º a 190º do CPP, que estabelece a admissibilidade da interceção, gravação de conversas ou comunicações telefónicas apenas para certos tipos de crime e mediante autorização ou ordem judicial. O artigo 189º estabelece que as regras instituídas nos artigos 187º e 188º se aplicam às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, nomeadamente o correio eletrónico.

⁵⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Proteção de Dados Pessoais e Direito à Privacidade*, in direito da Sociedade da Informação, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra 1999, p. 250.

⁵⁶ GUILHERME DRAY, *Direitos de Personalidade (...)*, p.678.

O artigo 193º do CP criminaliza a devassa da vida privada por meio de informática e o artigo 194º tipifica o crime de violação de correspondência ou telecomunicações.

4. Instrumentos da tutela da privacidade

Todas as Constituições do Estados-membros da U.E. têm como fundamento comum o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio é irreversível e beneficia da proteção do retrocesso.

O direito à vida privada tem ganhado cada vez mais peso no direito constitucional. Deste modo, há Constituições que reconhecem de forma expressa a proteção da vida privada, como em Portugal e Espanha, outras regulam apenas certos aspetos deste direito, como a italiana e a alemã, e outras a reconhecem de forma implícita, como os E.U.A. Apesar destas diferenças, o direito à vida privada continua a ser protegido.

Atualmente, é importante que as Constituições protejam a vida privada na sua vertente positiva e negativa, afim de garantir a sua proteção e estabelecer limites.

4.1. Instrumentos de Direito Internacional

PAULO MOTA PINTO defende que o direito à vida privada resultou de diferentes condições, “incluindo a afirmação do individualismo com mudanças no ambiente social, o aumento em larga escala da circulação de informação e a evolução tecnológica”⁵⁷. A combinação destas condições fez com que no plano internacional o direito à intimidade da vida privada ganhasse uma enorme importância. Só a partir do fim da II Guerra Mundial, devido às violações de que foi objeto, é que surge um real interesse em regular e proteger o direito à privacidade. Este direito foi consagrado como um direito do homem e reconhecido por diversas convenções internacionais.

Assim, em 2 de Maio de 1948 foi aprovada a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, em Bogotá, na IX Conferência Internacional Americana. O artigo

⁵⁷ PAULO MOTA PINTO, *A Proteção da Vida Privada e a Constituição*, in B.F.D.U.C, nº 76, 2000, p. 153.

5º declara que “Toda a pessoa tem direito à proteção da Lei contra os ataques abusivos à sua honra, reputação e à vida privada e familiar”.

Algum tempo depois, em 10 de Dezembro de 1948, em Paris, a Assembleia Geral da Nações Unidas aprova a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Passa-se a reconhecer um conjunto de direitos importantes para a vida privada do Homem em sociedade e para o desenvolvimento da sua personalidade.

O artigo 12º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* estipula que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem o direito à proteção da lei”. Este preceito serviu de inspiração para posteriores diplomas internacionais, nomeadamente a *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais*⁵⁸, aprovada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e o *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*, subscrito em Nova Iorque em 16 de Dezembro de 1966. Importa salientar que neste *Pacto*, o artigo 17º, nº 1, dispõe que “ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”.

A DUDH, o PIDCP e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, foram designados por “Carta Internacional de Direitos⁵⁹”. Esta *Carta Internacional* não consagra um direito absoluto à privacidade e visa proteger as pessoas contra intromissões arbitrárias nos seus direitos fundamentais, só podendo tais intrusões ocorrer quando autorizadas por Lei.

Desta forma, a pessoa passou a ter reconhecidos e assegurados os seus direitos fundamentais. As descobertas científicas e os desenvolvimentos tecnológicos acabaram por suscitar novos problemas e na Conferência Internacional dos Direitos do Homem, em Maio de 1968, a resolução aprovada recaiu sobre o respeito da privacidade perante as técnicas de registo e sobre as utilizações eletrónicas que possa afetar os direitos das pessoas, estabelecendo limites para a sua utilização.

A Assembleia Geral da Nações Unidas, em 14 de Dezembro de 1990, através da resolução nº 45/94, aprovou os princípios básicos referentes ao tratamento de dados

⁵⁸ Disponível em: https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4103.htm.

⁵⁹ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, p. 127.

personais. Este foi o primeiro texto a regular a matéria de proteção de dados, ainda que sem carácter obrigatório.

Salientamos, ainda, que as *Linhas Diretrizes Regulamentadoras da OCDE da proteção da vida privada e dos fluxos de dados pessoais*, de 23 de Setembro de 1980 e a *Convenção do Conselho da Europa para a proteção de Dados Pessoais Automatizados*, de 28 de Janeiro de 1981, tiveram particular importância nas orientações acerca da proteção da privacidade e dos dados pessoais.

4.2. Instrumentos de Direito Europeu

O Conselho da Europa foi criado em 1949, para proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais e promover uma maior unidade entre os diferentes países europeus. Em 1950, foi elaborado a *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*⁶⁰, cuja finalidade era a proteção de determinados direitos e liberdades fundamentais, sendo o primeiro texto a consagrar a tutela da privacidade. Esta *Convenção*⁶¹ tem um lugar cimeiro entre outros instrumentos de proteção dos direitos humanos por ser dotado de obrigatoriedade e por estabelecer várias garantias judiciais internacionais para o controlo do respeito desses direitos. Portanto, quanto ao âmbito da proteção dos direitos humanos, este diploma é particularmente eficaz para os Estados subscritores. A CEDH consagra no artigo 8º o direito ao respeito pela vida privada, declarando que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada, familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. A *Convenção* também significou progresso por consagrar de forma expressa o direito ao respeito pela vida privada, através do artigo 8º, por distinguir a proteção da vida privada da honra, por permitir em certos casos a legitimidade de ingerências de autoridades públicas no exercício do respeito pela vida privada⁶², desde que esteja prevista na lei e sejam necessárias.

⁶⁰ Ver MONTEIRO FERNANDES, última op. cit., pp. 63-80.

⁶¹ Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

⁶² “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar económico do país, a

O surgimento dos primeiros computadores e a constante evolução tecnológica trouxeram à tona a necessidade de se evitar a obtenção ilícita e o uso ilegal de dados pessoais. Desta forma, em 1967, foi criada uma Comissão para o estudo das tecnologias da informação e o perigo que representava para os direitos das pessoas. Em 1968, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa adotou a Recomendação nº 59 sobre “os direitos humanos e as novas descobertas científicas e técnicas”. O *Comité de Ministros do Conselho da Europa*, em 1971, designou o Comité sobre a Proteção da Vida Privada face aos Bancos de Dados Eletrónicos, para que elaborassem projetos para a defesa das liberdades, principalmente da privacidade, perante os perigos das novas tecnologias e da informática. Este *Comité* elaborou várias Resoluções e, em 1976, criou um comité para preparar uma Convenção para a proteção da privacidade. Desta forma, em 28 de Janeiro de 1981, surge a Convenção do Conselho da Europa nº 108, o primeiro documento internacional com vista a garantir o direito à liberdade informática ou ao direito à autodeterminação informacional. O surgimento de uma sociedade mais informatizada e de novas formas de organização, gestão e produção dos tratamentos de dados fez com que o Conselho da Europa elaborasse várias Recomendações, para adaptar-se a esta nova realidade, destacando-se a Recomendação nº R (89) 2, de 18 de Janeiro, sobre a proteção de dados de carácter pessoal para fins de emprego. Este Documento proclama, no artigo 2º, o respeito pela privacidade e pela dignidade dos trabalhadores e reconhece a possibilidade de exercer relações individuais e sociais no posto de trabalho.

A União Europeia também criou várias normas para a proteção da privacidade⁶³. Em 7 de Dezembro de 2000, surge a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* que contém um catálogo de direitos fundamentais, aplicáveis a quase todos⁶⁴. A *Carta*, no artigo 7º, no capítulo II, consagra o respeito pela reserva da vida privada,

defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros” – artigo 8º, nº 2 da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*.

⁶³ Chamamos atenção para a Carta Social Europeia que antecipou muitos dos direitos fundamentais individuais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Da Carta Social Europeia, destacamos o artigo 26º sobre a dignidade no trabalho, embora também trate de outros assuntos relevantes como uma remuneração justa. Veja-se a tese de doutoramento de Luísa Teixeira Alves, disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/61909527.pdf>.

⁶⁴ O que estava em causa era o princípio da universalidade, aplicando-se a *Carta* aos cidadãos dos Estados membros, residentes legais e ilegais e as pessoas que estavam de passagem nesses Estados membros.

estabelecendo que “toda a pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e das suas comunicações”. O artigo 8º, sob a epígrafe “proteção dos dados de carácter pessoal” estabelece que toda a pessoa tem direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhe dizem respeito, devendo estes dados ser tratados apenas para fins determinados e com o consentimento da pessoa em causa.

Atualmente, é o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016⁶⁵, que estabelece a proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais e também quanto à circulação desses dados, revogando assim a Diretiva 95/46/CE. Com a entrada em vigor do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, em 25 de Maio de 2018, passou a existir um conjunto único de regras de proteção de dados para todas as empresas ativas na UE, independentemente da sua localização. Este Regulamento estabelece o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, aplica-se a todas as pessoas singulares, identificadas ou identificáveis, quanto ao tratamento de dados pessoais, com o devido consentimento do titular dos dados. Este tratamento de dados deve ser feito de forma lícita, equitativa, transparente, adequada, pertinente e as duas finalidades devem ser explícitas, legítimas e determinadas, devendo ser conservadas durante o tempo necessário. O Regulamento também tem um regime próprio quanto ao tratamento de dados pessoais sensíveis.

Também destacamos a Diretiva 2002/58/CE⁶⁶, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, referente à proteção do direito à privacidade e ao tratamento de dados pessoais no setor das comunicações eletrónicas, a Diretiva (EU) 2016/680⁶⁷, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares quanto ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais, e à livre circulação desses dados e, ainda a Diretiva (EU)

⁶⁵ Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/3e485e15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1>.

⁶⁶ Alterada pela Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 a 15 de Março de 2006 e pela Diretiva 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009.

⁶⁷ Disponível em: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/182703d1-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1/language-pt>.

2016/681⁶⁸ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, respeitante à utilização de dados de registos de identificação dos passageiros para efeitos de prevenção, deteção, investigação e repressão das infrações terroristas e da criminalidade grave.

5. O direito à privacidade no direito comparado

A regulação e o entendimento do direito à privacidade modificam consoante o ordenamento jurídico em que se está inserido. Enquanto nos Estado Unidos da América o conceito de privacidade é abrangente, está pautado pela liberdade dos cidadãos e deriva do conceito de propriedade, na Europa a proteção da privacidade está intimamente ligada a dignidade da pessoa humana e a doutrina dos direitos de personalidade, no âmbito do direito privado⁶⁹. Além disso, não podemos esquecer, opinião quase unânime, que a génese da tutela jurídica do direito à privacidade surgiu nos Estados Unidos da América, no século XIX, enquanto o conceito de privacidade surgiu apenas em alguns países europeus após a II Guerra Mundial.

Os EUA constituem um modelo de referência, tendo em conta a forma como as novas tecnologias penetraram na população e revolucionaram a sua cultura, nomeadamente nas relações interpessoais, hábitos comerciais ou ainda o aumento da aquisição de informação.

Os países europeus, nomeadamente Portugal, têm manifestado uma grande preocupação em reforçar a proteção dos direitos fundamentais e o respeito da privacidade, através da criação de instrumentos internacionais e harmonização da interpretação e significado de privacidade.

⁶⁸ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0681>.

⁶⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Edição Atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001, p. 544.

5.1.A proteção da privacidade nos EUA

O aparecimento da privacidade nos EUA está relacionado com a ideia de liberdade individual e a liberdade de expressão. A construção deste direito está tradicionalmente ligada a invasão deste direito pelos *media*, pela agressividade do jornalismo sensacionalista existente no fim do século XIX e o avanço tecnológico.

A privacidade surge enquanto direito autónomo no ano de 1890, com a obra de WARREN e BRANDEIS⁷⁰, vinculado à tutela da dignidade da pessoa humana⁷¹. O artigo escrito por estes autores decorreu da necessidade de determinar se a *common law* tutelava a proteção do indivíduo e a inviolabilidade da pessoa humana. Os dois juristas entendiam que o que estava na base deste direito era a pessoa e a sua intimidade devendo ser tutelado não só os efeitos que a invasão havia causado na sua reputação, mas principalmente nos seus próprios sentimentos. Razão pela qual os autores entendiam que se estava perante um “dano subjetivo, ou espiritual, impossível de valorar com critérios normalmente utilizados⁷²”. Na construção do direito à privacidade apresentaram dois elementos que podem conduzir a limites deste direito: o direito da coletividade e o consentimento do indivíduo.

O aparecimento de fotografia instantânea trouxe muitas questões quanto a proteção da vida privada e domésticas das pessoas. Não era mais necessário que as pessoas posassem para que se conseguisse uma foto, sendo possível obter de forma oculta, sem o consentimento e o controlo da informação privada pela pessoa fotografada. Toda essa situação fez com que os autores defendessem que a lei deve proteger a privacidade e assegurar que cada indivíduo tem o direito de determinar até onde quer que se conheça e se divulgue quanto a sua vida privada. WARREN e BRANDEIS defenderam um direito geral à privacidade, ao pensamento, emoções e sensações. Este direito confere ao indivíduo o poder de controlar os limites da difusão sobre si mesmo. O direito geral à privacidade, defendido pelos autores, não é um direito absoluto, pode ceder a tudo o que seja de interesse público e permite a divulgação de tudo aquilo que não seja privado.

⁷⁰ SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, Volume IV, nº 5, 1890, pp. 193-210. Disponível em: <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

⁷¹ A dignidade da pessoa humana está profundamente ligada ao direito à privacidade, constituindo um dos valores fundamentais da privacidade.

⁷² TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *op. cit.*, p. 140.

Hodiernamente, perante as inovações tecnológicas, continua a ser necessário que se estabeleçam limites e meios de proteção dos direitos fundamentais contra eventuais atos ou condutas que possam violar estes direitos.

A privacidade perspetivada por WARREN e BRANDEIS foi criticada por PROSSER⁷³, que defendeu que a privacidade não constituía um único direito, consubstanciando-se em quatro *torts*: a intrusão na vida privada; a difusão pública de factos privados; a informação que dá uma imagem falsa da vítima perante os olhos do público e a apropriação em benefício próprio da imagem ou nome alheios⁷⁴. Os quatro tipos de danos correspondem a invasão de quatro interesses distintos, tendo apenas em comum o facto de que cada uma representa uma interferência no direito da pessoa lesada. Este autor referiu que, ainda que cada um destes casos possa ocorrer individual ou conjuntamente, sucedem sobre um único conceito – a privacidade.

BLOUSTEIN⁷⁵ respondeu às teorias de PROSSER, referindo que este reduzia a privacidade a uma “*mera aplicação da tradição legal em matéria de danos mentais, difamação e apropriação indevida*”⁷⁶. Este autor entende que a essência da liberdade pessoal e da dignidade humana integra o direito a estar livre de determinado tipo de invasão e ter um certo controlo sobre o que nos rodeia. Por outro lado, BLOUSTEIN entendia que nos casos de apropriação da imagem ou nome alheios em benefício próprio⁷⁷ ou de exposição pública de factos da vida privada ocorria uma violação contra a dignidade da pessoa. O que estava em causa não era apenas um interesse patrimonial, mas antes a preservação da dignidade individual. Razão pela qual defendeu que o

⁷³ WILLIAM L. PROSSER, *Privacy*, *California Law Review*, Volume 48, nº 3, pp. 383-423. Disponível em:

<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=californialawreview>.

⁷⁴ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador*, Almedina, Maio 2010, p. 142.

⁷⁵ Autor do artigo “*Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser*”, in *New York University Law Review*, vol. 39, 1964, pp. 962-1007.

Disponível em: <http://courses.ischool.berkeley.edu/i205/s10/readings/week11/bloustein-privacy.pdf>.

⁷⁶ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *op. cit.*, p. 143.

⁷⁷ Os casos judiciais, *Robertson v. Rochester Folding Box Co.*, de 1902, e *Pavesick v. England Life Insurance Co.*, de 1905, foram relevantes por trazerem à tona a necessidade de se discutir sobre a natureza da privacidade.

conceito de privacidade é analogicamente aplicável à IV Emenda Constitucional que proíbe revistas e buscas arbitrárias por violar direitos constitucionalmente reconhecidos, como a liberdade da pessoa. Portanto, esta Emenda não só protege contra eventuais danos intencionais causados, como também tutela a perante um ataque à dignidade ou à personalidade⁷⁸.

Autores como WESTIN e MILLER, debruçaram-se sobre as questões colocadas pelas novas tecnologias e as consequências das mesmas no âmbito da privacidade. Deste modo, WESTIN⁷⁹, através da análise de diferentes problemas que surgiram no ordenamento jurídico dos EUA formulou a sua teoria baseada na autodeterminação individual, cujo entendimento era de que a pessoa pretende sempre ter o controlo – embora não absoluto⁸⁰ – material da informação pessoal que lhe diz respeito, podendo determinar quando, como, e em que medida a informação sobre si pode ser utilizada ou comunicada a terceiros pelos meios de comunicação.

ARTHUR MILLER⁸¹ defende que as soluções de PROSSER não conseguiram responder aos atentados - visíveis e invisíveis - à privacidade permitidos pelas inovações tecnológicas. Os vários fluxos de informação facilmente esbatiam a barreira entre a vida privada e a vida pública, tornando-se necessário encontrar uma solução legal que compatibilizasse a privacidade e a tecnologia informática.

Apesar dos avanços, continuava a questionar-se se as categorias existentes na *common law* eram ou não adequadas para responder aos novos problemas jurídicos. O surgimento de uma *sociedade de comunicação*⁸² e da *informação*⁸³, teve um grande impacto na privacidade das pessoas e, este fenómeno foi acentuado pelo

⁷⁸ BLOUSTEIN, *op. cit.*, pp. 994.

⁷⁹ ALAN F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nova Iorque, 1970.

⁸⁰ Trata-se de um controlo material que não é absoluto porque tem que estar em harmonia com as normas sociais e com a vontade de comunicação e de participação.

⁸¹ ARTHUR R. MILLER, *The Assault on Privacy – Computers, Data Banks and Dossiers*, Ann Arbor, 1971.

⁸² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sociedade de Informação*, In *Sociedade de Informação*, vol. I, Coimbra Editora, Outubro de 1999, p. 167.

⁸³ AMADEU GUERRA, *A Privacidade No Local De Trabalho, As Novas Tecnologias e o Controlo dos Trabalhadores Através de Sistemas Automatizados as Alterações do Código do Trabalho*, Almedina, Maio de 2004, p. 9.

desenvolvimento da Internet. Tudo isto, resultou na necessidade de uma atualização do conceito de privacidade e dos meios usados para o proteger.

Embora a Constituição americana não reconheça expressamente o direito à privacidade, em 1965 o Supremo Tribunal reconheceu um direito constitucional à privacidade – *right to privacy* –, com o caso *Griswold v. Connecticut*. Neste caso decidiu-se a inconstitucionalidade de uma lei do Connecticut que proibia com sanções penais a distribuição, detenção e venda de contraceptivos. Deste modo, é reconhecido o poder de deduzir da Constituição a garantia de direitos individuais, conferindo-lhes grande extensão.

A Constituição americana não tem uma enumeração taxativa de direitos, mas tem a Nona Emenda, que desempenha um papel relevante por se tratar de uma cláusula aberta que incluir novos direitos. Por outro lado, a Décima Quarta Emenda consagra que todos os cidadãos não podem ser privados da vida, liberdade ou propriedade, sem a existência de um processo legal, dando ao Supremo Tribunal o argumento processual para analisar casos que estejam relacionados com a privacidade. Apesar de não estar constitucionalmente previsto o direito à privacidade, este pode ser inferido através das Emendas da Constituição, demonstrando a intenção do legislador Constituinte em estabelecer determinadas expectativas de privacidade.

Os acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 resultaram numa considerável redução da importância alcançada na proteção da privacidade e, conseqüentemente, num ponto de viragem para as organizações de defesa de direitos civis e da privacidade. Deste modo, surgiu o *USA Patriot Act*⁸⁴ com o objetivo de reformar as normas processuais afim de facilitar a ação do Estado na luta contra o terrorismo e assuntos relacionados com a segurança nacional. Este diploma permite uma maior facilidade no acesso e controlo (oculto) de informações pessoais, através de interceção das comunicações eletrónicas. O *USA Patriot Act*, criou novos poderes do Estado e novas formas de vigilância do Estado americano em relação aos seus cidadãos e estrangeiros, razão pela qual foi duramente criticado pelas organizações de defesa dos direitos civis.

A análise da doutrina e jurisprudência dos E.U.A. demonstra que o direito a privacidade pode ser concebido como um direito aberto. Esta conceção aberta do *privacy* permite resolver diferentes problemas, nomeadamente os avanços tecnológicos

⁸⁴ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act.*

e o seu rápido desenvolvimento, permitindo que este direito se molde e receba novas questões, a fim de encontrar as soluções adequadas para proteger o direito à privacidade.

5.2. A proteção da privacidade em França

A Constituição francesa não consagra de forma expressa a dignidade da pessoa humana, tendo, por decisão do Conselho Constitucional, em 27 de Julho 1997, sido elevada a princípio de valor constitucional.

O princípio da dignidade não estabelecia uma proibição absoluta aos atentados à pessoa humana, mas proíbe que se coloque a dignidade em risco. No ordenamento jurídico francês a vida privada também não é protegida por nenhuma norma constitucional.

O legislador decidiu consagrar expressamente o direito à reserva da vida privada, no artigo 9º do CC francês e através desta norma foi instituído um direito subjetivo ao respeito pela vida privada. Deste modo, ao criar a Lei nº 70-673, de 17 de Julho de 1970, o legislador francês permitiu a proteção eficaz da vida privada recorrendo a sanções civis e penais.

As principais causas para o desenvolvimento da noção da vida privada surgiram após a segunda Guerra mundial e, segundo FRANÇOIS RIGAUX⁸⁵ este direito abrange três categorias de situações, nomeadamente: as técnicas de reprodução de imagem do som e da imagem, o surgimento de uma sociedade de massas e o livre consentimento do indivíduo na utilização e apropriação da sua personalidade.

A jurisprudência francesa teve um papel importante na proteção do direito à vida privada. Começou por consagrar um direito ao segredo das cartas confidenciais e, posteriormente, o direito da pessoa sobre a sua imagem. Na verdade, o direito ao respeito pela vida privada inicialmente foi confundido com o direito à imagem, sendo um dos primeiros casos o *Rachel*, uma atriz a quem foram tiradas fotografias ilícitas no leito de morte, em meados do século XIX. O respeito pelo direito à vida privada e a sua tutela desenvolveu-se a partir de 1955 e, após 1965, surgiram vários casos que

⁸⁵ FRANÇOIS RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bibliothèque de la Faculté de Droit de L'Université Catholique de Louvain, 1990, pp. 724-725.

defendiam o respeito pela vida privada de pessoas conhecidas. Deste modo, determinou-se os elementos constitutivos do direito à vida privada, os limites que separam o direito ao respeito pela vida privada e o direito do público à informação e a liberdade de imprensa e as condições para a sua salvaguarda.

Dois casos nesta época contribuíram para a formação e caracterização do direito o respeito pela vida privada. O primeiro caso foi em 16 de Março de 1955, onde o Tribunal de Paris julgou a publicação das memórias da atriz Marlene Dietrich, discutindo-se a oposição entre a vida pública e a vida privada de alguém. O segundo caso, em 6 de Julho de 1965, também julgado pelo Tribunal de Paris, decorre de um livro de memórias *Vivre avec Picasso*, escrito por uma antiga companheira do pintor de Pablo Picasso, François Gilot, onde relata aspetos da sua vida privada.

Atualmente, os tribunais continuam a defender que as pessoas conhecidas, assim como um simples particular, têm direito à sua vida privada. Neste sentido, só pode ser divulgado sem o seu consentimento a sua vida pública ou profissional. As tecnologias de informação e comunicação permitem e facilitam a violação do direito à privacidade. Face aos novos perigos criados pelas NTIC, tornou-se necessário que se criasse respostas a estas situações.

O Conselho Constitucional, na decisão de 18 de Janeiro de 1995, relativa à videovigilância, confirmada pela decisão de 23 de Julho de 1999, passou a abranger estas matérias e os problemas que poderiam trazer. A Lei nº 78-17, de 6 de Janeiro de 1978⁸⁶⁻⁸⁷, relativa à informática, aos ficheiros e às liberdades, permite garantir uma proteção contra a utilização e divulgação inapropriada de dados pessoais.

O Decreto-Lei nº 2005-1309, de 20 de Outubro de 2005⁸⁸, modificado pela última vez em 4 de Agosto de 2018, também aborda esta questão referente à proteção dos

⁸⁶Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006052581&dateTexte=20180812>

⁸⁷ Alterado pelo Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Disponível em: https://www.cncs.gov.pt/content/files/regulamento_ue_2016-679_-_protecao_de_dados.pdf.

⁸⁸ Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000241445&categorieLien=ci d.>

direitos dos cidadãos e do direito a serem informados sobre as questões relativas à aplicação da informática e à influência desta quanto aos seus dados pessoais.

A Constituição francesa não aborda estas questões de direito ao respeito pela vida privada de forma expressa, mas o Conselho Constitucional, conforme já foi referido, elevou este princípio a um direito constitucionalmente protegido.

5.3. A proteção da privacidade em Espanha

O direito à intimidade, assim como o direito à honra e à própria imagem estão expressamente consagrados no artigo 18º, nº1 da constituição espanhola. A definição deste direito permite delimitar e salvaguardar a intimidade pessoal e familiar do indivíduo, protegendo-o de intromissões ilegítimas nas áreas da sua vida que queira manter reservada.

Perante a falta de descrição legal do conteúdo da esfera privada, o Tribunal Constitucional tem vindo a resolver eventuais conflitos entre o direito à intimidade e à própria imagem e o direito à informação, através da atribuição mais ampla ou mais restrita consoante a pessoa em causa.

Este Tribunal incluiu a intimidade corporal ou o pudor como uma das componentes do direito à intimidade pessoal, proibindo toda a indagação ou pesquisa feita sobre o corpo de outra pessoa sem o seu consentimento. O Tribunal Constitucional também defendeu que a sexualidade pertence ao âmbito da intimidade pessoal.

Embora o direito à intimidade, o direito à honra e à própria imagem estejam tratados conjuntamente, cada um deles apresenta as suas particularidades. Desta forma, quando falamos do direito à honra referimo-nos a tutela do bom nome, da reputação e do reconhecimento que as pessoas têm do titular do direito. O direito à imagem engloba o direito de dispor e decidir sobre o uso da sua imagem. Já o direito à intimidade protege a esfera íntima do conhecimento público.

O nº 2 do artigo 18º da Constituição consagra que o domicílio é inviolável. O artigo 18º, nº 3 tutela o segredo das comunicações. O nº 4 do mesmo artigo consagra o direito à intimidade informática que pode ser entendida como um direito de controlo sobre os dados pessoais, tendo este assunto sido abordado pela primeira vez na sentença 254/1993, de 20 de Julho e consolidada nas sentenças de 290/2000 e de 292/2000, ambas de 30 de Novembro.

O Tribunal Constitucional, na sentença 110/1984, de 26 de Novembro, entendeu que intromissão que por qualquer meio, nomeadamente tecnológicos, possam afetar áreas reservadas da vida de alguém deve ser abrangida pelo direito à intimidade.

No que toca a proteção de dados pessoais, a Lei Orgânica de Proteção de Dados de Carácter Pessoal (LOPD 15/1999⁸⁹) protege e garante as liberdades públicas e os direitos fundamentais, especialmente o direito à honra e o direito à intimidade pessoal e familiar.

No ordenamento jurídico espanhol o direito à intimidade encontra-se diretamente tutelado na Constituição.

5.4. A proteção da privacidade em Itália

Na Constituição italiana não encontramos consagrada de forma explícita o direito à vida privada. Contudo, o Tribunal Constitucional entende que o fundamento de proteção do direito à vida privada encontra-se no artigo 2º da lei fundamental e que o artigo 3º, nº 2 também está relacionado com o direito à intimidade.

Este direito relaciona-se ainda com a proteção da liberdade pessoal (inclui a liberdade corporal e a salvaguarda da integridade física e moral), com a proteção do domicílio (artigo 14º), com a correspondência e outras formas de comunicação (artigo 15º) e com a livre manifestação do pensamento (artigo 21º).

As primeiras decisões jurisprudenciais em matéria de proteção da vida privada foram em 22 de Dezembro de 1956, decisão *Caruso* e em 24 de Abril de 1963, o caso *Petacci v. Palazzi e Tofanelli*⁹⁰.

Porém, só com a sentença *Soraya Esfandiari v. Rusconi*, de 27 de Maio de 1975, é que o Supremo Tribunal reconheceu um direito à proteção da vida privada em todos os casos em que é impossível existir um consentimento ou quando há um interesse geral de tomar conhecimento da notícia.

Em 1996 surge a Lei nº 675, de 31 de Dezembro, que regulou a proteção da vida privada e dos dados de carácter pessoal, conferindo-lhe autonomia do direito à honra, à

⁸⁹ Que transpôs a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Julho de 1995, revogada pelo Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016, e derogou a Lei Orgânica nº 5/1992.

⁹⁰ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, p. 102.

imagem e ao nome. Com esta lei, o direito à *riservatezza* é reconhecido formalmente e valorado como um direito fundamental do indivíduo.

Desta forma, este reconhecimento subjetivo do direito à vida privada deve ser compreendido quer como um direito negativo – direito a não receber um tratamento de dados pessoais sem ter dado o seu consentimento, – e como um direito positivo – o direito de ser informado do tratamento de dados e poder intervir sobre tais informações, tendo a possibilidade de as modificar ou apagar⁹¹.

5.5. A proteção da privacidade na Alemanha

A necessidade de se reforçar a proteção do direito à reserva da vida privada resulta não só como consequência das alterações significativas causadas pela II Guerra Mundial, mas também como meio de resposta aos perigos que o rápido desenvolvimento dos meios de comunicação acarretava para o respeito pela vida privada, na segunda metade do século XX. Até ao final da II Guerra mundial, o direito à reserva da vida privada era protegido indiretamente, através de institutos como o direito à imagem e o direito ao nome.

A Constituição federal alemã não prevê expressamente o direito à reserva da vida privada, mas consagra quer o segredo da correspondência, dos correios e das telecomunicações – artigo 10º –, quer a inviolabilidade do domicílio – artigo 13º.

A Lei Federal da República Federal da Alemanha, a *Grundgesetz*, tem como ponto de partida a dignidade da pessoa humana para a proteção da vida privada do indivíduo. Na primeira parte do artigo 1º diz que “a dignidade da pessoa humana é intangível” e, como tal, o Estado está obrigado a respeitá-la – atitude passiva – e a protegê-la – atitude ativa –, de forma a assegurar que se repitam os crimes nazis praticados no passado. O princípio da dignidade humana como direito fundamental, encontra-se reforçada no parágrafo 3 do artigo 79º, considerando-se inadmissível a modificação da Lei Fundamental se afetar este princípio⁹².

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 2º, no primeiro parágrafo, é entendido como um direito geral de ação e deve ser interpretado

⁹¹ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, p. 104.

⁹² Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>.

à luz da dignidade da pessoa humana. No entanto, este direito ao livre desenvolvimento da personalidade é limitado, uma vez que o mesmo não deve atentar “contra os direitos dos demais, a ordem constitucional ou moral⁹³”.

Tendo por base os artigos 1º e 2º da Lei Fundamental, em 25 de Maio de 1954, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu o direito geral de personalidade. O direito pela dignidade e pelo livre desenvolvimento da personalidade passa a ser um direito que protege não só os indivíduos contra o Estado, como também contra toda a pessoa física ou moral. Desta forma, passou-se a reconhecer que a vítima de um atentado ao seu direito passa a ter a faculdade de obter uma indemnização pelos danos patrimoniais e/ou danos morais que lhe foram causados⁹⁴.

Esta proteção do direito geral de personalidade estende-se ao direito da vida privada, a proteção da honra e da imagem. O acórdão de 15 de Dezembro de 1983, conferiu valor constitucional ao direito à autodeterminação informacional, tendo como fundamento o primeiro parágrafo do art. 1º e o primeiro parágrafo do art. 2º.

A jurisprudência alemã reconheceu a existência de um direito à proteção da privacidade, cuja base é o direito geral de personalidade, consagrada no artigo 2º da Constituição. Desta forma, esta proteção passa a tutelar também o segredo e a liberdade da vida privada. Em 2 de Março de 2006, o Tribunal Constitucional incluiu no âmbito do segredo das comunicações dos dados de tráfego e de conteúdo, relacionando estes dados com os dados pessoais. Tendo em conta a importância dos dados pessoais e o avanço da tecnologia, foram aprovadas várias leis de proteção de dados na Alemanha, destacando-se: a Lei do *Land de Hesse*, em 1970, referente aos ficheiros dos organismos públicos; a Lei de Proteção de Dados da Baviera, também de 1970; a *Rheinland-Pfalz*, de 1974, que reconheceu constitucionalmente o direito à proteção de dados; a *Datenschutzgesetz*, em 1978, cujo objetivo era evitar que os dados fossem usados de forma incorreta; a *Bundesdatenschutzgesetz*⁹⁵, ainda em vigor, tem o objetivo de proteger a pessoa perante a manipulação dos seus dados pessoais, protegendo a sua privacidade e, por fim, o *Telekommunikationsgesetz*, cujo propósito era salvaguardar os interesses dos utilizadores das telecomunicações. A Lei fundamental – no artigo 10º – também protege as telecomunicações, nomeadamente quanto ao segredo da

⁹³ Artigo 2º, primeiro parágrafo, parte final, da Lei Fundamental.

⁹⁴ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, p. 86.

⁹⁵ Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/BJNR209710017.html.

correspondência, dos correios e das telecomunicações, incluindo o correio eletrônico. O artigo 13º do mesmo diploma protege o domicílio e o direito de as pessoas terem um espaço próprio.

Em suma, podemos verificar que ordenamento jurídico alemão reconhece um direito à proteção da privacidade, tendo por base o direito geral de personalidade. Este reconhecimento fortalece a tutela do direito à privacidade e permite dar resposta aos novos desafios colocados a este direito.

CAPÍTULO II - O PODER DE CONTROLO DO EMPREGADOR

1. Os poderes do empregador

A utilização das novas tecnologias na relação laboral tem causado inúmeras alterações nas empresas, nomeadamente na organização do trabalho, refletindo-se no processo de produção e na gestão empresarial.

Na gestão empresarial podem surgir várias violações dos direitos fundamentais e de direitos de personalidade do trabalhador, como é o caso da dignidade da pessoa humana e o da à intimidade da vida privada. Razão pela qual, estes direitos têm uma projeção muito importante no contrato de trabalho.

Os contraentes – trabalhador e empregador – não dispõem da mesma liberdade no momento da celebração do contrato ou da estipulação das cláusulas contratuais⁹⁶. Além disso, a celebração do contrato de trabalho coloca o trabalhador numa posição de subordinação face o empregador. Há quem entenda que é na fase de acesso ao emprego – fase pré-contratual – que o trabalhador se encontra mais fragilizado, considerando-a a fase onde as violações da lei e dos direitos fundamentais dos trabalhadores podem ser mais flagrantes⁹⁷. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO realça que “na construção dogmática do contrato de trabalho, um dos elementos de maior singularidade deste contrato reside no envolvimento da personalidade do trabalhador no vínculo, que decorre da dificuldade de estabelecer uma delimitação clara entre a prestação de trabalho e a pessoa do prestador⁹⁸”. Esta dificuldade pode tornar os direitos de personalidade, bem como os direitos fundamentais do trabalhador, mais vulneráveis durante a vigência do contrato. Portanto, é necessária a proteção destes direitos não só na fase pré-contratual como também na fase de execução do contrato de trabalho.

Nos termos do artigo 11º do CT, “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou

⁹⁶ Ao longo da dissertação a referência ao contrato de trabalho e ao trabalhador, remete apenas para a relação jurídica subordinada, distinta do caso dos trabalhadores independentes e de outras figuras afins a este contrato de trabalho subordinado.

⁹⁷ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A privacidade (...)*, p. 148.

⁹⁸ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Novembro de 2016, 6ª Edição, p. 294.

outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas”. Do vínculo laboral resultam dois binómios⁹⁹: a *atividade de trabalho/remuneração* – critério objetivo – e, a *subordinação jurídica/poderes laborais* – critério subjetivo. Mais uma vez, através deste critério subjetivo podemos verificar que as partes ocupam no vínculo laboral posições desiguais, não só porque têm direitos e deveres diferentes, mas principalmente porque o empregador tem um conjunto de poderes que o colocam numa posição de superioridade em relação ao trabalhador.

A doutrina tem uma visão tripartida dos poderes do empregador, entendendo que existe um poder diretivo, um poder disciplinar e um poder regulamentar.

O artigo 97º do CT, atribui ao empregador o poder de direção, dando-lhe competência para “estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem”. Neste sentido, segundo a visão de LEAL AMADO, através do poder de direção, o empregador passa a deter a faculdade de determinar em concreto a função do trabalhador, o poder de conformar a prestação de trabalho e ainda poderes de vigilância e de controlo sobre a atividade desenvolvida pelo trabalhador¹⁰⁰.

LOBO XAVIER defende a visão tripartida dos poderes, tal como a doutrina tradicional, entendendo que “ao empregador estão deferidos importantes poderes que têm a ver com a própria gestão do contrato de trabalho e ainda com a posição dominante que assume relativamente à organização de pessoas e bens em que se analisa a empresa¹⁰¹”. Dentro do poder diretivo, distingue o *poder determinativo de função*, que permite ao empregador atribuir ao trabalhador uma função ou posto de trabalho na empresa¹⁰²; do *poder conformativo da prestação*, apoiado no artigo 97º do CT, que resulta na faculdade do empregador dar ordens, instruções e indicações, de forma contínua, para que o trabalho seja prestado de forma adequada, tendo em conta os fins da empresa.

⁹⁹ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, última *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁰ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, Noções Básicas*, Almedina, Abril de 2018, 2ª Edição, p. 182.

¹⁰¹ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, Março de 1999, 2ª Edição, pp. 324-325.

¹⁰² Esta ideia decorre do artigo 118º, nº 1 do CT.

Quanto ao poder de regulamentar, trata-se de mais uma manifestação da posição de supremacia do empregador. Nestes termos, o artigo 99º do CT confere-lhe o poder de “elaborar regulamento interno de empresa sobre a organização e disciplina do trabalho”. Deste modo, o empregador pode fixar, por escrito, regras sobre a organização e disciplina do trabalho na empresa. Decorrente do exercício desse poder, a lei reconhece aos representantes dos trabalhadores – no artigo 99º, nº 2 – o direito de audição no momento da elaboração do regulamento interno, devendo ser publicitado de forma adequada, para que os trabalhadores tenham um conhecimento pleno do mesmo, a todo o tempo (artigo 99º, nº 3, al. a)). Além disso, o regulamento interno só produz efeitos após o envio ao serviço com competência inspetiva do ministério responsável pela área do trabalho (artigo 99º, nº 2, al. b)).

Decorre do artigo 98º do CT que o empregador também dispõe do poder disciplinar¹⁰³ “sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho”. Este poder, embora tenha muita relevância para o Direito do Trabalho, constitui um desvio de dois princípios base do Direito. Primeiro, falamos do princípio da justiça pública, uma vez que as sanções disciplinares reconduzem a penas privadas, aplicadas pelo próprio empregador. Segundo, referimo-nos ao princípio da igualdade das partes, por este poder se traduzir numa posição de domínio contratual do empregador que se expressa através de um *poder punitivo privado*¹⁰⁴. O nº 1, do artigo 328º, do CT determina a forma como o empregador pode exercer o poder disciplinar, estabelecendo que no âmbito deste poder “o empregador pode aplicar as seguintes sanções: a) repreensão; b) repreensão registada; c) sanção pecuniária; d) perda de dias de férias; e) suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade; f) despedimento sem indemnização ou compensação”. A aplicação destas sanções deve respeitar os limites constantes no nº 3 e 4, do artigo 328º do CT. Mais, a aplicação da sanção disciplinar “deve ser proporcional à gravidade da infração e à culpabilidade do infrator” – artigo 330º, nº 1 do CT –, tendo em conta o princípio da proporcionalidade e, o empregador apenas pode aplicar as sanções previstas na lei ou nos instrumentos de

¹⁰³ Regulado no artigo 328º a 332º do CT.

¹⁰⁴ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho (...)*, p. 183, entende que estamos perante “um genuíno *poder punitivo privado*, através do qual um dos sujeitos do contrato de trabalho pode castigar o outro contraente, caso entenda que este cometeu uma qualquer infração disciplinar”.

regulamentação coletiva de trabalho¹⁰⁵. O exercício do poder disciplinar está sujeito ao controlo jurisdicional, podendo o trabalhador impugnar judicialmente a sanção a que tenha sido sujeito pelo empregador, nos termos do artigo 329º, nº 7 do CT.

Segundo ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES¹⁰⁶, a lei reconhece ao empregador um poder de organização, de controlo e de direção. Após a celebração do contrato de trabalho, o empregador passa a deter na sua posição jurídica, entre outros¹⁰⁷, um poder determinativo da função, um poder conformativo da prestação. Através do *poder determinativo da função*, o empregador atribui ao trabalhador o exercício de uma função – nos termos do artigo 115º – num determinado posto de trabalho na empresa¹⁰⁸. Com o *poder conformativo da prestação*¹⁰⁹, determina o modo de agir do trabalhador, tendo como limites os contornos da função previamente determinada. O poder determinativo da função e do poder conformativo da prestação são poderes genéricos do poder de direção. Além destes poderes, o autor também faz referência ao poder de regulamentar e poder disciplinar. Entende que poder regulamentar permite ao empregador emitir regras técnicas, de organização e disciplina na empresa. Já o poder disciplinar permite ao empregador controlar e apreciar o cumprimento dos deveres dos trabalhadores, assim como o comportamento destes, possibilitando-lhe aplicar sanções nas situações em que a conduta seja desconforme com as regras de disciplina da empresa.

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹¹⁰, reconduz os poderes do empregador a quatro manifestações essenciais: poder organizativo, poder diretivo, poder regulamentar e o poder disciplinar. A inserção do trabalhador na empresa

¹⁰⁵ Apenas através do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho é possível intervir quanto ao estabelecimento de novas sanções disciplinares, desde que os direitos e garantias do trabalhador não sejam prejudicados.

¹⁰⁶ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Almedina, Maio 2017, p. 357-358.

¹⁰⁷ Referimo-nos a um poder regulamentar e um poder disciplinar.

¹⁰⁸ Segundo ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, última *op. cit.*, p. 358, quando nos referimos ao poder determinativo da função “está-se no domínio da determinação do objeto do contrato, não no da direção do modo de execução do trabalho”.

¹⁰⁹ Este poder tem como correlativo um dever de obediência do trabalhador, nos termos do artigo 128º/1, e), beneficiando de tutela disciplinar.

¹¹⁰ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, Almedina, 1993, pp. 149-155.

justificou a autonomização do poder organizativo, ideia defendida sobretudo na doutrina italiana e francesa. A autonomização do poder organizativo tem fundamentação jurídica no princípio da livre iniciativa económica, consagrado no artigo 80º, c) da CRP. Este poder resulta na faculdade do empregador ordenar os meios necessários para a prossecução do objetivo ao qual se propôs. No entanto, a autora entende que não é possível a individualização do poder organizativo enquanto poder laboral, mas apenas do ponto de vista económico. O titular deste poder exerce-o na qualidade de agente económico¹¹¹ e não ainda como empregador, tendo em vista a estruturação de certos meios necessários para a concretização de fins económicos. Portanto, faltando a qualidade de empregador do titular do poder organizativo, não podemos falar de supremacia ou subordinação, razão pelo qual, do nosso ponto de vista, este poder não é laboral. O poder organizativo exprime-se através do exercício do poder de direção, por permitir ao empresário (que também é empregador) impor as consequências das suas decisões de gestão aos seus trabalhadores.

A doutrina é unânime quanto ao reconhecimento do poder diretivo, enquanto poder do empregador. Define este poder como a faculdade do empregador emitir ordens e instruções sobre a execução do trabalho. A este poder, conforme já referimos, corresponde o dever de obediência do trabalhador.

O poder disciplinar é definido como o poder de aplicar sanções. A doutrina divide-se quanto a extensão deste poder, sendo que para uns o poder disciplinar é exclusivamente o poder de punir e para outros ele inclui a faculdade de controlo ou de vigilância¹¹². No que se refere ao relacionamento entre o poder disciplinar e o poder diretivo, a doutrina não tem tido um posicionamento unânime. Há quem entenda que o poder de direção integra em si todos os poderes, incluindo o poder disciplinar¹¹³. Se partirmos do pressuposto de que o poder disciplinar não tem autonomia do poder de direção – e consequentemente não é um poder laboral do empregador autónomo –,

¹¹¹ Exerce o poder organizativo como empresário ou como um simples empreendedor.

¹¹² Esta posição colocaria em causa a natureza do poder de controlo, uma vez que o exercício do controlo é necessário e constante, verificando-se ou não a aplicação de sanções disciplinares.

¹¹³ Falamos das teorias contratualistas que na busca do fundamento do poder disciplinar laboral acabaram por diminuir a sua importância por considerar que este poder é um corolário do poder de direção. Esta construção acaba por não conseguir explicar as situações em que a aplicação da sanção disciplinar nada tem a ver com violações das ordens emanadas pelo poder de direção do empregador.

então teríamos que considerar que ele só faz sentido enquanto o poder de direção se mantiver efetivo. No entanto, parece-nos que este poder é autónomo, não tendo como função garantir o poder de direção. No ordenamento jurídico português, a lei reconhece este poder ao empregador, constituindo um elemento essencial do contrato de trabalho.

Cabe ainda fazer referência ao poder regulamentar, que permite ao empregador delimitar as regras de conduta do trabalhador na organização, regras essas que podem estabelecer diretrizes sobre a prestação do trabalho, disciplina e comportamento do trabalhador na empresa ou sanções disciplinares. Habitualmente este poder é reconduzido como uma manifestação do poder de direção ou então é considerado um poder laboral autónomo do empregador. No entanto, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO¹¹⁴, entende que embora não seja possível atribuir autonomia ao poder regulamentar, este também não pode ser integrado no poder de direção. Isto porque o poder regulamentar é a expressão não só do poder diretivo (através da delimitação dos horários, turnos, regras de higiene e segurança), como também do poder disciplinar, por incluir no seu conteúdo a determinação de infrações e sanções disciplinares¹¹⁵. Em suma, o regulamento interno manifesta um poder do empregador¹¹⁶ porque este estabelece as regras unilateralmente e o trabalhador lhes deve obediência, tendo a lei e o contrato de trabalho como limites (artigo 128º, nº 2)¹¹⁷. Por fim, a autora fala ainda de um poder de vigilância e controlo¹¹⁸. Este poder permite ao empregador direcionar em concreto o trabalhador no cumprimento da prestação e a avaliar o incumprimento do trabalhador, através da vigilância, justificando a aplicação de sanções disciplinares.

¹¹⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Novembro de 2016, 6ª Edição, pp. 555-559.

¹¹⁵ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Do Fundamento do Poder Disciplinar Laboral*, Almedina, 1993, pp. 176-183.

¹¹⁶ PEDRO MADEIRA DE BRITO, in *Código do Trabalho Anotado*, Almedina, Novembro de 2012, 9ª Edição, p. 279, entende que “o modo peculiar do exercício do poder regulamentar e a sua eficácia na situação jurídica laboral confere-lhe autonomia no âmbito dos poderes do empregador”.

¹¹⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Novembro de 2016, 6ª Edição, pp. 549-573.

¹¹⁸ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, última op. cit., pp. 554-555.

TERESA MOREIRA defende¹¹⁹ que os poderes do empregador devem ser observados numa perspetiva quadripartida, na medida em que para além dos poderes diretivo, disciplinar e regulamentar, também há o poder de controlo, autónomo dos demais poderes do empregador e decorrente das inovações tecnológicas.

2. O poder de controlo

A evolução tecnológica e a sua utilização como ferramentas de trabalho tem sido vantajosa para as empresas, mas também tem como consequências o aumento do poder de controlo do empregador. Este aumento de controlo, que confere ao empregador um poder de ubiquidade, pode trazer graves violações aos direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador, nomeadamente o direito à privacidade. É neste sentido, que entendemos que se deve se dar uma atenção especial a este a este poder de controlo, como uma especificidade do poder diretivo, falando-se eventualmente da necessidade de o tornar num poder autónomo.

O empregador, na fase de execução do contrato de trabalho, detém o poder de controlo e vigilância do trabalho prestado pelo trabalhador. Este poder representa um instrumento fundamental por atribuir ao empregador “a faculdade de controlar a correta execução da prestação de trabalho¹²⁰”. O facto de o empregador poder dar ordens e instruções aos trabalhadores ao abrigo do seu poder diretivo, confere-lhe também um poder de verificar se estas ordens e instruções são cumpridas.

Neste sentido, a doutrina entende, unanimemente, que o poder de controlo é inerente do contrato de trabalho. Mais, o princípio constitucional de liberdade da empresa e a definição do contrato de trabalho – do artigo 11º do CT – atribuem ao empregador a faculdade de controlar se os seus trabalhadores cumprem as suas obrigações, inerentes do contrato de trabalho. Relativamente a este poder, já mencionado anteriormente de forma sucinta, alguns autores consideram que o reconhecimento do poder de vigilância e controlo como um poder laboral autónomo não se justifica, na medida em que este

¹¹⁹ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, pp. 353-354.

¹²⁰ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, p. 320.

poder é uma manifestação do poder diretivo¹²¹. AMADEU GUERRA considera que para que o poder diretivo adquira um sentido “útil” e se revele eficaz, é inevitável “que a entidade patronal faça um controlo – quer inicial, quer continuado – sobre a atividade do trabalhador por forma a verificar e a valorar o cumprimento da prestação nos termos estabelecidos, a ajustar determinados procedimentos organizativos ou a modificar, de acordo com os limites legais ou do contrato, a forma da prestação de trabalho¹²²”. No entanto, o empregador tem direito e interesse em controlar as atividades prestadas pelo trabalhador durante o tempo de trabalho, a sua produtividade e, também de assegurar se esta atividade está a ser prestada de forma eficiente. Razão pela qual, este poder é considerado uma “faculdade permanente da organização produtiva enquanto instrumento indispensável para a coordenação e valoração da prestação do trabalho¹²³”. Trata-se de uma característica inerente da relação de trabalho subordinada, entendendo-se que o poder de controlo da atividade laboral prestada é um poder do empregador.

O poder de controlo tem uma relação estreita com o dever de subordinação do trabalhador que está inserido numa organização produtiva onde o empregador tem legitimidade para dar ordens, diretrizes, instruções e possibilidade de verificar se estas ordens são cumpridas. Desta forma, o poder de controlo é uma faculdade necessário, sendo inegável a sua configuração enquanto poder do empregador. O empregador detém a propriedade dos meios de produção e, deste modo, os utensílios laborais são da sua propriedade. Este direito de propriedade – que não deve ser entendido como um direito de propriedade sobre as pessoas, mas apenas sobre os bens¹²⁴ – também serve de fundamento para o poder de controlo do empregador.

Tradicionalmente, este poder de controlo configurava-se como uma manifestação do poder diretivo, na medida em que permitia ao empregador controlar se os

¹²¹ Neste sentido, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho (...)*, p.182; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II (...)*, p. 555 e JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho (...)*, pp. 320-321.

¹²² AMADEU GUERRA, *A Privacidade No Local De Trabalho, As Novas Tecnologias e o Controlo dos Trabalhadores Através de Sistemas Automatizados as Alterações do Código do Trabalho*, Almedina, Maio de 2004, p. 29.

¹²³ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, p. 369

¹²⁴ Como refere FABRICE FEVRIER, *Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet – les enjeux de la cybersurveillance dans l'entreprise*, 2003, in <http://leclainchentic.free.fr/pdf/cybersal.pdf>.

trabalhadores executavam a atividade laboral com diligência. Neste sentido, TERESA MOREIRA considerou que “a visão do poder de controlo tem em atenção o vazio em que se insere o poder diretivo sem a faculdade de controlar a atividade laboral¹²⁵”.

Atualmente, tendo em conta questões como o controlo do *e-mail* e das redes sociais ou a utilização dos computadores como instrumento de trabalho, assim como a vigilância de meios audiovisuais demonstram a complexidade que as novas tecnologias trouxeram para as empresas e que, possivelmente justifiquem a autonomia do poder de controlo. A introdução das novas tecnologias nas empresas tem transformado a sua organização e a sua estrutura produtiva, assim como a organização do trabalho. Estas alterações impulsionam o aparecimento de novas formas de controlo e de vigilância que podem levar o empregador a ter conhecimento de informações completas e detalhadas sobre seus trabalhadores. As novas tecnologias permitem armazenar e transmitir dados, reconstituir as atividades dos trabalhadores, criar os seus perfis ao ponto de se ter conhecimento quanto as suas crenças, preferências sexuais, opiniões políticas, entre outras informações mais íntimas. As NTIC propiciam um controlo intrusivo e permanente que podem resultar numa ameaça grave dos direitos fundamentais e de personalidade dos trabalhadores. Deste modo, é necessário que se assegure a proteção dos direitos dos trabalhadores perante o exercício poder de controlo do empregador.

O poder de controlo deve ter como finalidade comprovar o correto funcionamento da organização produtiva e o cumprimento contratual adequado com trabalhador. Para que o controlo seja lícito, secundando TERESA MOREIRA¹²⁶, o empregador deve controlar momentos, aspetos ou circunstâncias da atividade laboral. A finalidade e a adequação do meio utilizado servem como limites ao exercício do poder de controlo. O exercício das faculdades de controlo pode reger-se por diferentes critérios¹²⁷. Quanto ao momento do seu exercício, o poder de controlo poder ser realizado na fase de acesso ao emprego, durante a execução da prestação laboral e no momento da extinção. Este poder de controlo pode ser exercido diretamente pelo empregador ou pelas pessoas a quem delegue a competência, nomeadamente colegas de trabalho, representantes de trabalhadores ou pelos instrumentos de trabalho utilizados pelos trabalhadores, como o computador. Quanto ao âmbito objetivo, podemos falar de medidas de controlo sobre

¹²⁵ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, pp. 371-372.

¹²⁶ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, p. 377.

¹²⁷ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, p. 378.

o centro de trabalho, utensílios ou ferramentas de trabalho, sobre os armários e bens particulares dos trabalhadores ou sobre a doença ou acidente do trabalhador, por exemplo. Por último, quanto ao âmbito subjetivo de atuação, distinguimos entre meios de controlo sobre a integridade física e psíquica do trabalhador, através de controlos médicos e registos pessoais e corporais sobre os trabalhadores.

O empregador tem o poder de controlo sobre os trabalhadores, cuja finalidade é comprovar se os mesmos cumprem de forma adequada as obrigações laborais. Este poder de controlo deve sempre ser pautado pelo respeito à dignidade e à privacidade dos trabalhadores, evitando-se abusos e violações graves desses direitos.

3. As condições de exercício do poder de controlo do empregador

Conforme foi referido, o empregador tem o direito de verificar e controlar a atividade laboral dos trabalhadores, mas este poder deve ser orientado por exigências de proporcionalidade, transparência e boa-fé.

O princípio da proporcionalidade é condição indispensável para se garantir a regularidade das medidas de controlo que o empregador pretenda impor aos trabalhadores no local de trabalho. Este princípio atua como e, e trás uma solução de compromisso em que se dá prioridade a um dos princípios em conflito, sem anular o outro princípio, que deverá ser afetado o mínimo possível, respeitando o núcleo do direito em causa¹²⁸. Nas situações de dúvida, o princípio da proporcionalidade serve de critério de valorização dos interesses por permitir apurar em que medida um interesse legítimo deve ceder perante outro valor superior. Considera-se que o princípio da proporcionalidade está dividido em três subprincípios¹²⁹: o princípio da adequação ou da idoneidade que implica que o meio de controlo do empregador tem de ser adequado para a o fim visado; o princípio da necessidade significa que o meio de controlo tem que ser necessário, ou seja, não pode existir outro meio menos lesivo dos direitos dos trabalhadores; e, por fim o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, que exige que as formas de controlo e os fins por elas visados sejam equilibrados, tendo como

¹²⁸ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A privacidade (...)*, p. 382.

¹²⁹ Na mesma linha, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pp. 392-393 e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada (...)*, pp. 162-163.

objetivo impedir que sejam aplicadas medidas desproporcionadas ou excessivas em relação ao fim visado. Assim, as limitações ao direito à privacidade dos trabalhadores só se justificam quando se trate de dar respostas proporcionais a um fim legítimo pretendido pelo empregador.

O princípio da boa fé determina que os intervenientes do contrato laboral tenham a todo o tempo presente as regras de lealdade de informação e de cooperação, durante a celebração e execução da relação contratual. Na relação laboral, a boa fé visa encontrar o equilíbrio entre os direitos e os interesses das partes, por isso, tem uma natureza recíproca e serve como princípio que permite dirigir o poder de controlo do empregador para uma justa medida. O princípio da boa-fé deve estar presente no exercício do poder de controlo do empregador. Com isto quer-se dizer que o trabalhador deve ter conhecimento que está a ser controlado pelo empregado e, o desconhecimento dessa atividade pode resultar numa violação do princípio da boa fé.

O princípio da boa-fé está consagrado no artigo 102º do CT, quanto à formação do contrato de trabalho, sob a pena de as partes incorrem em responsabilidade resultante de *culpa in contrahendo* e, no artigo 126º do CT, relativamente a fase de execução do contrato de trabalho no que diz respeito ao cumprimento de deveres e ao exercício de direitos¹³⁰. Segundo ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES¹³¹, a boa-fé no contrato de trabalho está relacionada com duas particularidades da relação laboral: a implicação da pessoa do trabalhador – na medida em que ao cumprir a prestação laboral o trabalhador envolve-se pessoalmente – e o carácter tendencialmente duradouro da relação de trabalho. Este envolvimento pessoal do trabalhador não significa uma lealdade absoluta, exigindo-se apenas a vinculação do trabalhador na medida em que a execução do contrato exige a sua colaboração.

A boa fé impõe às partes um comportamento verdadeiro, respeitador e de confiança no momento da celebração e durante a execução do contrato de trabalho, pretendendo-se proibir controlos humilhantes que coloquem em risco os direitos fundamentais. O empregador, enquanto contraente e titular de um poder privado, deve reger-se pela boa-fé, com a finalidade de cumprir uma tripla função: interpretativa, integradora e

¹³⁰ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *última op. cit.*, p. 392.

¹³¹ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Reflexões Acerca da Boa Fé na Execução do Contrato de Trabalho*, in *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, (coord. António Moreira), Almedina, Coimbra, 2003, p. 110.

limitadora, servindo como critério de interpretação de cláusulas ou ordens, possibilitando integrar e completar lacunas e, implicitamente, supor um limite no exercício regular do poder de controlo. Tudo isto tem o objetivo de se evitar abusos de autoridade por parte do empregador¹³².

Entendemos que o princípio da transparência está concretizado no princípio da informação prévia dos trabalhadores. O princípio da transparência implica que os trabalhadores sejam previamente avisados sobre a efetivação do controlo por parte do empregador. Assim, nos termos do artigo 106º do CT, o empregador tem o dever de informar os trabalhadores sobre as condições de trabalho, devendo esta informação existir não só no momento da celebração do contrato, mas também durante a sua execução, para que a atividade seja realizada de forma correta. O dever de prestar informação implica que o empregador dê a conhecer aos trabalhadores quanto as técnicas e métodos de controlo a que estão sujeitos, os tipos de controlo, o tipo de informação que será recolhida e que uso será dado à essa informação. Esta obrigação de aviso prévio resulta do princípio de lealdade, previsto no artigo 128º, nº 1, alínea f) do CT, que deriva do princípio da boa-fé. Deve existir uma informação direta entre as partes, tanto na altura da celebração do contrato, como durante a execução do mesmo, com base no princípio da boa-fé, para que a atividade laboral seja realizada da forma correta. Também é possível transmitir a informação aos representantes dos trabalhadores, – chamamos de informação indireta – tendo como finalidade estabelecer-se o equilíbrio entre o controlo do empregador e a proteção dos direitos e liberdades dos trabalhadores. Ao conhecer as técnicas de controlo utilizadas pelo empregador, os representantes poderão garantir se certas restrições aos direitos dos trabalhadores são proporcionais e adequadas ao fim pretendido.

4. Os limites ao poder de controlo do empregador

A celebração do contrato de trabalho legitima o exercício do poder de controlo do empregador, colocando os intervenientes em posições assimétricas. De um lado, temos o empregador que dirige e orienta a atividade laboral dos trabalhadores e do outro lado, temos o trabalhador que aceita realizar a sua atividade num âmbito organizativo,

¹³² TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, p. 389.

estando sujeito a autoridade privada do empregador. O que está em causa são os limites da subordinação jurídica. A subordinação técnica e funcional do trabalhador não coloca em risco a sua dignidade humana. No entanto, algumas formas de controlo podem colocar em causa os direitos fundamentais do trabalhador. Ao celebrar o contrato de trabalho, o trabalhador não renuncia à sua liberdade enquanto pessoa e cidadão¹³³e, como tal, não está privado aos direitos que a Constituição lhe confere. O carácter pessoalíssimo do contrato de trabalho resulta da integração total físico e psíquico do trabalhador na empresa e, estando o mesmo submetido ao poder de controlo do empregador, significa que este poder também recai sobre a sua esfera pessoal e, consequentemente sobre os direitos que tem enquanto pessoa¹³⁴.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores têm aplicabilidade dentro da organização do empregador, embora possam ser comprimidos para que se compatibilizem com as exigências próprias da relação laboral. O contrato de trabalho gera um conjunto de direitos e obrigações recíprocas que podem condicionar o exercício dos direitos fundamentais. Na verdade, os direitos fundamentais do trabalhador não têm carácter absoluto ou ilimitado. A Constituição também tutela a liberdade de empresa dos empregadores e, por essa razão, o exercício dos direitos fundamentais do trabalhador não pode afetar a finalidade da empresa ou dificultar a execução do contrato. Neste sentido, para que haja uma compressão dos direitos fundamentais é necessário que seja indispensável, ponderada e proporcional, buscando satisfazer um interesse do empregador que mereça proteção e tutela. Perante a possibilidade e necessidade de se satisfazer o interesse do empregador, devem ser adotadas medidas que se mostrem menos lesiva para os direitos fundamentais do trabalhador, tendo em conta o princípio da proporcionalidade¹³⁵. Os direitos fundamentais dos trabalhadores funcionam como limites na relação laboral e, numa situação de conflito, devem prevalecer sobre os interesses organizativos e produtivos

¹³³ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e os Meios de Vigilância da Atividade do Trabalhador – Breves Considerações*, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Raúl Ventura*, Coimbra Editora, 2003, p. 816.

¹³⁴ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, pp. 404-405.

¹³⁵ Neste sentido, JOSÉ JOÃO ABRANTES, última *op. cit.*, pp. 809-810, entende que a cláusula geral da boa fé não só atua como limite genérico ao exercício dos direitos fundamentais, como também tem uma outra faceta, servindo para assegurar o equilíbrio entre os poderes patronais e os direitos fundamentais do trabalhador.

do empregador. Nestes termos, o poder de controlo do empregador não pode lesar o direito à dignidade e o direito à privacidade dos trabalhadores, assim como outros direitos fundamentais conferidos pela Constituição.

Também o contrato de trabalho surge como um limite ao poder de controlo, querendo com isto dizer que deve estar restrito a aspetos que tenham uma relação direta com o trabalho¹³⁶. O poder de controlo do empregador não pode ser exercido sobre a conduta extralaboral do trabalhador, exceto quando a sua conduta possa ter implicações negativas sobre o correto cumprimento da prestação laboral ou possa prejudicar interesses legítimos da empresa. Mesmo nestas situações, o controlo não deve incidir sobre o comportamento do trabalhador, mas apenas sobre a repercussão. Deste modo, o empregador apenas pode controlar a execução da prestação do trabalho e aplicar as sanções disciplinares referentes a condutas que tenham ocorrido durante o tempo e no local de trabalho. Neste sentido, entende-se que deve ter-se em consideração o princípio da irrelevância disciplinar do comportamento extraprofissional do trabalhador ou o princípio da irrelevância das matérias da esfera privada das partes para o trabalho¹³⁷. De acordo com JOSÉ JOÃO ABRANTES¹³⁸, “a regra deverá ser (...) a de que, em princípio o trabalhador é livre para tudo aquilo que não diga respeito à execução do seu contrato. É aquilo que pode ser designado por *presunção de liberdade*”, querendo isto dizer que “na empresa, as limitações à liberdade do trabalhador deverão revestir natureza absolutamente excecional não se justificando senão em obediência a princípios de proporcionalidade”.

O poder de controlo poderá eventualmente atingir factos praticados fora do ambiente do trabalho nas situações em tais comportamentos tenham repercussão na

¹³⁶ Como refere FABRICE FEVRIER, *Pouvoir de contrôle de l'employeur et droits des salariés à l'heure d'Internet – les enjeux de la cybersurveillance dans l'entreprise*, 2003, p. 40.

¹³⁷ Neste sentido, JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, Volume II, reimp., Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, p. 97 e M^a PALMA RAMALHO, *Tutela da Personalidade e Equilíbrio entre Interesses dos Trabalhadores e dos Empregadores no Contrato de Trabalho – Breves Notas*, p. 7.

Disponível em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2014/10/prof_maria_rosario_ramalho.pdf.

¹³⁸ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A Proteção da Personalidade do Trabalhador e a Regulamentação do Código de Trabalho – Breves Considerações*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Boletim da Faculdade de Direito, Volume I, Coimbra Editora, 2009, p. 24.

empresa, perturbando o seu bom funcionamento ou afetando o seu prestígio¹³⁹. Por fim, entendemos que a empresa deve ser vista como um lugar onde o trabalhador – enquanto pessoa e cidadão – realiza e desenvolve os seus direitos fundamentais.

As NTIC e a sua constante evolução podem ser uma ameaça aos direitos fundamentais dos trabalhadores, na medida em que podem ser utilizadas para um controlo intrusivo e prejudicial dos trabalhadores, colocando o seu direito à privacidade e o direito à dignidade em questão. Tudo isto leva-nos a perceber a urgência de se repensar na tutela destes direitos. Neste seguimento, partilhamos o pensamento de JOSÉ JOÃO ABRANTES¹⁴⁰ ao defendermos que a função social que hoje se exige do Direito do Trabalho é a garantia e tutela dos direitos de cidadania na empresa, através da proteção dos direitos dos trabalhadores não permitindo que estes se sujeitem a formas de controlo de atividade que sejam contrárias, por exemplo, à sua dignidade ou à intimidade da vida privada.

¹³⁹ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, pp. 411-412.

¹⁴⁰ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e os Meios (...)*, p. 817.

CAPÍTULO III – AS NOVAS TECNOLOGIAS E NOVAS FORMAS DE TRABALHAR

1. As comunicações eletrónicas no contexto laboral

Atualmente, as evoluções tecnológicas revestem uma grande importância para o Direito do Trabalho. Esta evolução tem influenciado as relações de trabalho e, a chegada da era informática e da *Internet* no mundo do trabalho tornou evidente a necessidade de se repensar nos problemas e desafios jurídicos que se repercutem no Direito Laboral.

As inovações tecnológicas colocam em conflito dois princípios: por um lado, o princípio da inviolabilidade da vida privada dos trabalhadores e as suas comunicações pessoais e, por outro lado, o princípio do livre exercício por parte do empregador do seu direito à propriedade privada e do seu poder de controlo¹⁴¹.

Faz sentido que empregador além de poder dar ordens e instruções também verifique se as suas diretrizes estão a ser devidamente cumpridas. Não está em causa a legitimidade do poder de controlo do empregador. A questão que se coloca é de se saber quais os limites do poder de controlo do empregador, procurando-se estabelecer um equilíbrio entre o legítimo poder de controlo e o direito fundamental à privacidade do trabalhador.

A introdução das novas tecnologias na empresa trouxe muitas vantagens no seu funcionamento interno, refletindo-se na produtividade e eficácia da atividade laboral prestada. Mas, também é verdade que a utilização destas tecnologias no trabalho permitiu que se criassem formas aprimoradas e permanentes do empregador controlar os trabalhadores.

Surge uma grande preocupação de proteger a privacidade e a dignidade dos trabalhadores, decorrentes da utilização da tecnologia que acabam por potencializar e aumentar o poder de controlo e de vigilância do empregador, tornando possível um

¹⁴¹ HANS-JOACHIM REINHARD, “*Vias de aplicación*”, in *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, (coord. MARK JEFFERY, JAVIER THIBAUT ARANDA e ÁNGEL JURADO), Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 349, *apud* TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.* p. 414.

controlo quase total de todos os movimentos da vida dos trabalhadores¹⁴². Este poder de controlo panótico gera incerteza para quem está a ser controlado, por ser exercido através da ilusão de se estar a ser observado permanentemente quando na realidade não está.

Alguns autores associam ao local de trabalho a ideia de prisão panótica, também conhecida como sociedade disciplinar ou panótica¹⁴³. Esta sociedade panótica permite ao controlador de forma oculta tudo ver e quem é controlado não sabe nunca quando é observado. Trata-se de um modelo panótico que confere ao empregador um novo poder de controlo, exercido através da “visão absoluta e da observação perfeita¹⁴⁴”. Este poder de controlo panótico gera incerteza para quem está a ser controlado, por ser exercido através da ilusão de se estar a ser observado permanentemente quando na realidade não está. Tal é a ilusão de se estar constantemente a ser vigiado que, á cautela os controlados inibem seus comportamentos desviantes e passam a adotar comportamentos que o controlador espera.

Hoje em dia, as novas tecnologias informáticas permitem ao empregador aceder a todos os dados armazenados num computador ou num sistema distribuído em rede sem que o trabalhador tenha conhecimento, isto porque “quando o trabalhador se senta em frente ao computador e observa o monitor, este, por seu lado, pode estar a observar o trabalhador”¹⁴⁵. Esta situação torna muito difícil a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador no âmbito da empresa, nomeadamente o direito à privacidade, liberdade e dignidade.

O registo das conexões através da Internet permite ao empregador ter conhecimento sobre os interesses pessoais e a forma de pensar dos seus trabalhadores e, assim, consegue traçar o perfil destes e a sua evolução. As novas tecnologias não só conferem ao empregador o poder de ubiquidade, como também é caracterizado pela sua

¹⁴² TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.* p. 417.

¹⁴³ Termo usado por JEREMY BENTHAM para uma prisão onde existia um edifício circular e no centro uma torre de vigilância.

¹⁴⁴ CARLOS CARDOSO, *A organização panótica e a polícia do amor: o argumento da produtividade e a reserva da vida privada em contexto de trabalho – Lição síntese*, Universidade do Minho, Braga, 2004, p. 18.

¹⁴⁵ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.* p. 422.

ambivalência: por outro lado permite a atividade produtiva, por outro é um mecanismo de controlo do trabalho executado pelo trabalhador.

Antigamente, a prestação da atividade laboral estava confinada ao local de trabalho. A entrada no local de trabalho e o “picar o ponto” permitiam fazer separação clara entre o tempo de trabalho e o tempo privado¹⁴⁶. Hoje, durante o tempo de trabalho, os trabalhadores podem usar as novas tecnologias, instrumentos de trabalho fornecidos pelo empregador, para usufruírem de tempo pessoal podendo, por exemplo, enviar e-mail versando sobre assuntos pessoais¹⁴⁷. A utilização das novas tecnologias como ferramenta de trabalho fornecido pelo empregador, para a realização das tarefas laborais, já não está confinado às instalações físicas da empresa, podendo ser usados em qualquer lado, inclusive em casa. O trabalhador pode realizar as tarefas em qualquer lado e a toda hora, resultando numa ideia de constante disponibilidade do trabalhador. Esta quase disponibilidade permanente do trabalhador torna cada vez mais difícil estabelecer a fronteira entre a vida profissional e a vida privada deste. Mas, é importante que se não nos esqueçamos, nunca, que o trabalhador tem um direito à *desconexão*¹⁴⁸, entendido como um direito a não ser constantemente incomodado na sua vida privada, tendo direito a isolar-se e a um repouso efetivo.

TERESA COELHO MOREIRA, entende que o aumento do poder de controlo pode não só resultar no desaparecimento quase total da privacidade dos trabalhadores, como também pode levar a um aumento da dimensão *desumana* do poder que pode colocar

¹⁴⁶ SÉVERINE LE LOARNE-LEMAIRE; PIERRE-YVESSANSÉAU; MARK SMITH, “Reconsidérer le débat sur le rapport vie professionnelle/vie privée en France pour le dépasser: Plaidoyer pour une approche relationnelle”, *RIMHE: Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, n° 11, 2014.

¹⁴⁷ JEAN-CHRISTOPHE SCIBERRAS, “L’irrigation de l’entreprise par les nouvelles technologies de l’information et de la communication: le point de vue d’un praticien”, in *Droit Social*, n° 1, Janeiro 2002, p. 95 refere que as ferramentas laborais eram utilizadas, tradicionalmente, para fins exclusivamente laborais, sendo que atualmente também são utilizadas para fins pessoais.

¹⁴⁸ No ordenamento francês, o artigo L2242-8, modificado pela Lei no 2016-1088 de 8 de Agosto de 2016, artigo 55(V), prevê o direito à desconexão. A alteração inclui a obrigação de, em empresas com mais de 50 trabalhadores, empregadores e trabalhadores negociarem o uso das NTIC, com o objetivo de assegurar o respeito pelo descanso e pelo período de férias. JON MESSENGER; OSCAR VARGAS LLAVE; LUTZ GSCHWIND; SIMON BOEHMER; GREET VERMEYLEN; MATHIJN WILKENS, *Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work*, Organização Internacional do Trabalho, 2017, p. 50.

em risco a saúde física e psíquica dos trabalhadores, por saberem ou sentirem-se permanentemente vigiados¹⁴⁹. É urgente que se encontre um equilíbrio entre o tempo de trabalho e o tempo privado. Se, por força das novas tecnologias o trabalhador está constantemente disponível, tal significa que este não usufrui do seu direito ao descanso ou da sua vida privada¹⁵⁰.

O artigo 59º, b) da Constituição garante a todos os trabalhadores a “organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar”. Deste artigo decorre o princípio da conciliação da vida profissional com o direito ao descanso e com a vida privada e familiar¹⁵¹.

H. JONAS¹⁵², filósofo alemão, defendeu que “nem tudo o que é tecnicamente possível é forçosamente sustentável”. Embora as NTIC contribuam para o aumento da produtividade ou eficácia das tarefas laborais, a utilização desses recursos colocado à disposição dos trabalhadores não podem se sobrepor ao direito de privacidade e à dignidade destes. É normal que durante o trabalho o trabalhador tenha contacto com áreas da sua vida privada, por exemplo, através do envio de um *e-mail* com assuntos pessoais. Mas também já referimos, anteriormente, que o trabalhador pode ver o seu tempo privado invadido pelos assuntos profissionais. Por vezes, torna-se difícil e desafiante encontrar de forma clara a fronteira entre o que estará abrangido pela vida profissional e pela vida privada, assim como tempo que se dedica a cada um. O envio

¹⁴⁹ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.* p. 428, refere que alguns estudos reportam impactos consideráveis, tanto a nível físico como psicológico, por utilização de sistemas de controlo eletrónico muito intrusivos da privacidade dos trabalhadores.

¹⁵⁰ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *As Novas Tecnologias de Informação e Comunicação e o Poder de Controlo Eletrónico do Empregador*, in *Scientia Iuridica*, nº 323, Tomo LIX, Julho/Setembro, 2010, pp. 572-573, esclarece que muitas das vezes não há uma ordem direta do empregador para que o trabalhador trate de assuntos profissionais quando está a usufruir da sua vida privada. Por norma, são os próprios trabalhadores que levam de forma voluntária o trabalho para casa, por não conseguirem estabelecer a separação entre a vida profissional e a vida privada. A autora também entende que esta voluntariedade do trabalhador nos leva a um novo tipo de escravatura que será muito mais difícil de erradicar. *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 222.

¹⁵¹ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *Interrogações Sobre o Poder de Controlo do Empregador e a Esfera Privada do Trabalhador*, in *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, nº 3, 2003 – ano II, p. 61.

¹⁵² *Apud* TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.* p. 429.

e receção do correio eletrónico, independentemente de se tratar de um assunto profissional ou privado, é realizado nas mesmas condições e o acesso à *Internet* opera-se da mesma forma, seja qual for o *site* ou o motivo da consulta. Deste modo, apercebemo-nos como se torna complexa a tarefa de se separar a vida privada da vida profissional, na medida em que as NTIC permitem entrelaçar estes dois campos.

No entanto, é importante a distinção entre o que é profissional e o que é pessoal, uma vez que no contexto das comunicações eletrónicas do trabalhador, a questão essencial de que nos vamos ocupar é a de saber se o empregador tem legitimidade para aceder a mensagens privadas do trabalhador, contidas no endereço eletrónico profissional. A implementação do correio eletrónico na empresa coloca problemas relacionados com a proteção de certos direitos fundamentais, nomeadamente o direito a privacidade e do segredo das comunicações tutelados constitucionalmente.

2. As comunicações eletrónicas do trabalhador – o correio electrónico

Atualmente, as novas tecnologias mudaram a forma como os trabalhadores se comunicam dentro da empresa. O acesso à *Internet*¹⁵³ permite o uso de variados meios de comunicação, nomeadamente o *Messenger*, o *Whatsapp*, as redes sociais e o correio eletrónico ou *e-mail*¹⁵⁴. Através destes meios de comunicação os trabalhadores podem

¹⁵³ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e a Utilização de Redes Sociais Online: Algumas Questões*, in *Questões Laborais*, no 41, Janeiro/junho 2013 – ano XX, Coimbra Editora, pp. 98-101, distingue dois tipos de serviços oferecidos pela *Internet*. Podemos, então, falar em dois grupos. O primeiro grupo (serviços de comunicação) abrange o *e-mail*, os *newsgroups* e ainda a comunicação em tempo real entre os utilizadores, como é o caso dos *chats*. O segundo grupo (serviços de utilização conjunta de informação) insere-se o emprego de computadores remotos, como é o caso da *telnet*, e a transferência e obtenção de informação através da *world wide web – www*. Desta forma, é importante salientar que não se pode confundir *Internet* com *www*. A utilização dos serviços de comunicação é tutelada pelo direito fundamental ao sigilo da correspondência, uma vez que as mensagens do *e-mail* se integram dentro do conceito de comunicação. Em relação aos serviços de informação, particularmente a busca e a transferência de informação através da *www*, não se pode defender a mesma proteção que é conferida aos serviços de informação, pois esta não se configura como um meio de comunicação.

¹⁵⁴ Como refere TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, nota de rodapé nº 2473, p. 704, Ray Tomlinson criou o correio eletrónico em 1971. A versão original do *e-mail* era composta por um programa chamado SNDMSG que enviava mensagens a outro programa chamado

se comunicar quase instantaneamente, libertando-os das barreiras espaço-temporais que antigamente limitavam as comunicações. O *e-mail* permite o envio de diferentes mensagens, com diversos conteúdos, a um custo baixo, permite a transferência de ficheiros e, ao mesmo tempo, incrementa relações interpessoais entre pessoas que partilham interesses comuns.

O uso do *e-mail*, no trabalho tem adquirido grande importância ao longo dos tempos, tornando-se num dos principais instrumentos de comunicação que mais tem revolucionado a estrutura das empresas e as relações laborais. Esta ferramenta de trabalho tornou-se indispensável não só por melhorar a produtividade e a eficácia, mas também por tornar a comunicação mais fácil e rápida.

A lei nº 41/2004, de 18 de Agosto, alterada pela última vez em Agosto de 2012, no artigo 2º, nº 1, alínea b), define correio eletrónico, o *electronic mail*, como “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que possa ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até que este a recolha”. O *e-mail* é um meio de comunicação protegido pelo direito fundamental do sigilo das comunicações previsto no artigo 34º da CRP, independentemente de ser utilizada para comunicações internas ou externas, com carácter habitual ou residual na empresa.

A caixa de correio eletrónico permite a transmissão rápida de mensagens pelas redes de comunicações – demora apenas alguns segundos – tendo como agentes principais o remetente da mensagem e o destinatário da mensagem. O envio e receção de uma mensagem eletrónica tem um resultado prático por permitir armazenar ou apagar o correio eletrónico. Apagar um *e-mail* não significa necessariamente que o mesmo seja eliminado do sistema eletrónico. Esta natureza permanente do *e-mail* conduz a implicações relacionadas com o direito à privacidade, uma vez que um outro utilizador do computador em causa ou alguém com acesso ao sistema de rede pode facilmente recuperar a mensagem apagada.

Do ponto de vista de gestão da empresa, a utilização do *e-mail* traz benefícios para o empregador, através do aumento da produtividade e competitividade da empresa, a um custo reduzido. O correio eletrónico é um instrumento de trabalho rápido, eficaz e de fácil utilização que permite uma interação mais ativa entre o remetente e o recetor e

README, que os recebia. O arroba (@) permitia diferenciar o nome do utilizador. os números, símbolos ou letras à esquerda do @ identificam o utilizador e o que está à direita designa o domínio.

possibilita uma comunicação mais direta entre os trabalhadores. Pode-se dizer que, além de constituir um instrumento de trabalho, o *e-mail* também tem um uso social. Mas, não podemos deixar de referir que a utilização do *e-mail* pode provocar a perda de tempo de trabalho¹⁵⁵ e uma possível responsabilidade do empregador¹⁵⁶. Realmente, a utilização do *e-mail* no trabalho tem inúmeras vantagens, tratando-se de uma mais-valia para as empresas.

Este instrumento de trabalho, na perspetiva do empregador, pode trazer alguns inconvenientes. Desta forma, também pode ser utilizada pelo empregador como um meio de fiscalização, por facilitar o controlo da execução da atividade do trabalhador e o uso incorreto do mesmo. O interesse legítimo do empregador controlar a utilização do *e-mail* dos seus trabalhadores colide com a legítima expectativa de privacidade dos trabalhadores baseada na confidencialidade e na das comunicações inviolabilidade – previsto no artigo 34º da CRP – por eles realizadas através do computador do empregador. Os direitos fundamentais dos trabalhadores estabelecem os limites do poder de controlo do empregador. Para que se admita uma eventual compressão desses direitos, terá que decorrer de uma situação em que tal compressão seja indispensável e necessária para satisfazer um interesse do empregador de proteção idêntica.

Torna-se, assim, evidente a necessidade de se harmonizar os direitos fundamentais em conflito que tornou necessária a imposição de certos limites ao controlo eletrónico do empregador. Nesse sentido, é relevante saber (i) se o empregador pode controlar os e-mails enviados e recebidos pelo trabalhador, podendo aceder ao respetivo conteúdo; (ii) se o empregador pode restringir ou proibir a utilização do *e-mail* na empresa para fins pessoais e; (iii) se o empregador pode utilizar os e-mails enviados e recebidos pelo trabalhador como meio de prova para fins disciplinares.

¹⁵⁵ TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, nota de rodapé nº 2483, p. 708, refere que às vezes os trabalhadores podem perder muito tempo de trabalho a eliminar as mensagens de publicidade indesejadas que recebem na caixa de correio, do que a consultar os e-mails pessoais. Cabe ao empregador instalar filtros – dentro do seu dever de manter a segurança do sistema – que efetuem a filtragem das mensagens indesejadas.

¹⁵⁶ Veja-se TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *Algumas Questões Sobre as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação e a Responsabilidade do Empregador por Atos dos seus Trabalhadores*, Scientia Iudicaria, Tomo LXI, nº 329, Maio/Agosto 2012, pp. 451-46, que identifica vários problemas que poderão surgir com a utilização deste instrumento de trabalho.

O direito de propriedade, do empregador, do correio eletrónico enquanto instrumento de trabalho, tem sido apontado como uma das justificações para o controlo d *e-mail*. Com base nesse direito de propriedade do empregador, este poderia consultar todas as mensagens enviadas e recebidas no correio eletrónico atribuído pela empresa, independentemente de se tratar de mensagens de cariz pessoal ou profissional. Este argumento não tem encontrado apoio na jurisprudência. O Acórdão do STJ de 5 de Julho de 2007¹⁵⁷, apreciou o despedimento de uma trabalhadora, com base no conteúdo de um e-mail por ela enviado do seu endereço profissional para o endereço profissional de outra colega. No conteúdo destes e-mails trocados entre colegas, foram feitos comentários em tom intimista e jocoso sobre uma reunião que envolvia superiores hierárquicos. O STJ entendeu que não é pelo facto de os intervenientes se referirem a aspetos da empresa que a comunicação eletrónica passa a ter natureza profissional. Também não é pelo facto de os meios informáticos pertencerem ao empregador que se afasta a natureza privada da mensagem e se legitima o acesso ao seu conteúdo. Indica, como critério clarificador, que a natureza particular da mensagem se afere da vontade das partes na comunicação, expressa ou implícita. Por último, sublinha que se o empregador não tiver regulado a utilização do correio eletrónico para fins pessoais, então não poderá utilizar a mensagem privada encontrada na empresa para fins disciplinares. Este impedimento ao acesso de e-mails de natureza privada por parte do empregador, pelo simples facto de os meios informáticos a ele pertencerem, evita graves ingerências na privacidade dos trabalhadores¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Relator: Cons. Mário Pereira, processo 07S043, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁵⁸ O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de Março de 2012 (relator: José Eduardo Sapateiro, disponível em <http://www.dgsi.pt>, processo 24163/09.OT2SNT.L1-4) versou sobre a possibilidade de a entidade empregadora ter acesso às comunicações eletrónicas dos trabalhadores, através do Messenger. Afirmou que face à inexistência de qualquer regulamentação prévia para a utilização pessoal e profissional da internet é ilícito ao empregador o conhecimento do conteúdo de conversas pessoais do trabalhador, no Messenger, com amigos, ainda que guardadas no servidor da empresa. Neste sentido, quanto à questão de este acesso ser legítimo apenas pelo facto de os meios empregados na comunicação serem propriedade do empregador, o tribunal entendeu que “(...) Essa tese, levada a um extremo, conduziria a resultados absurdos, franqueando à administração da Apelante (trabalhadora) ou aos funcionários em que delegasse tais tarefas, a possibilidade de, querendo, abrir as carteiras e fiscalizar o conteúdo das malas ou dos telemóveis dos trabalhadores pelo singelo facto de estarem guardados dentro de gavetas ou armários colocados dentro das suas instalações e de todo o mobiliário e demais equipamento existente na empresa lhe pertencer ou lhe estar afeto por um título jurídico legítimo, o

Também pode-se defender que o empregador pode exercer o poder de controlo eletrónico por razões de segurança. O envio e divulgação de ficheiros e informações confidenciais através do e-mail pode comprometer a segurança da empresa. Mas neste caso, a entidade empregadora deve adotar as medidas que entender necessárias para promover a segurança do sistema informático¹⁵⁹. Este controlo do correio eletrónico pode resultar ainda da necessidade de se preservar a empresa de determinadas situações que possam colocar em risco o seu bom nome (através do envio de mensagens de carácter difamatório, sexista, discriminatório ou pornográfico) e que possam originar a responsabilidade do empregador.

O empregador dispõe de várias ferramentas informáticas e métodos específicos para o exercício do seu poder de controlo, nomeadamente da utilização do correio eletrónico.

3. O controlo do correio eletrónico no ordenamento jurídico português

O artigo 34º da CRP e o artigo 22º do CT conferem aos trabalhadores um direito ao sigilo e confidencialidade das suas comunicações. Assim, os trabalhadores têm uma dupla proteção do direito à privacidade. O direito ao sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação, consagrado no artigo 34º da CRP, protege bens jurídicos fundamentais como a dignidade, o desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação existencial, salvaguardando a liberdade individual¹⁶⁰. Apesar deste direito decorrer do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, entende-se que tem uma disciplina autónoma e independente deste¹⁶¹.

Do artigo 34º da CRP, interessa-nos o nº 1 e 4, que estipulam que “o domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis”

mesmo se podendo dizer com referência às viaturas particulares estacionadas no seu parque ou garagem, caso existam”.

¹⁵⁹ AMADEU GUERRA, *A Privacidade no Local de Trabalho*, Almedina, 2004, p. 376 e TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, última *op. cit.* p. 711.

¹⁶⁰ M^a REGINA REDINHA e M^a RAQUEL GUIMARÃES, *O Uso do Correio Eletrónico no Local de Trabalho – algumas reflexões*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 656-657, entendem que a correspondência é objeto de uma dupla tutela, por gozar da tutela geral da privacidade e da proteção particular conferida à esfera de segredo.

¹⁶¹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, última *op. cit.*, p. 539.

e que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei e em matéria de processo criminal”. O direito ao sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação traduz-se num direito inviolável. Isto significa que existe uma proibição de ingerência das autoridades públicas nos meios de comunicação, exceto nos casos previstos na lei em matéria de processo penal e através de decisão judicial. Esta restrição, excepcionalmente autorizada pela Constituição, deve respeitar os princípios da necessidade, da adequação, da proporcionalidade e da determinabilidade, nos termos do artigo 18º da CPR.

Previamente, cabe saber se as mensagens eletrónicas podem ser consideradas abrangidas pela noção de correspondência. Secundando TERESA MOREIRA¹⁶², entende-se que o *e-mail* é um serviço de comunicação que permite a transmissão de uma mensagem digital entre computadores, através de um servidor, mantendo-se registado até ao momento em que o destinatário a ela aceda, sendo perfeitamente assimilável aos tradicionais meios de comunicação. O *e-mail* é mais vulnerável do que os tradicionais meios de comunicação devido à sua facilidade de interceção e devido a esta facilidade de interceção há quem entenda que o *e-mail* deveria ser equiparado a um postal por transmitir-se por um canal aberto ou inseguro, deixando de gozar, pela sua natureza, de nenhum elemento tutelado pelo segredo das comunicações. Não defendemos esta posição por entendermos que as mensagens eletrónicas são transmitidas por um canal fechado de comunicação, proporcionando aos intervenientes uma expectativa de segredo. O sigilo sobre a comunicação está tutelado, independentemente do seu conteúdo ser privado ou não, entendendo-se que a lei confere uma proteção formal a este direito.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA consideram que “o conteúdo do direito ao sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada abrange toda a espécie de correspondência de pessoa (cartas, postais, impressos), cobrindo mesmo as hipóteses de encomenda que não contêm qualquer comunicação escrita, e todas as comunicações (telefone, telegrama, telefax, etc.)¹⁶³”. Entendem que o correio eletrónico preenche os pressupostos da correspondência privada e está em causa o envio de mensagens eletrónicas de pessoa a pessoa. Deste modo, está também abrangido pela

¹⁶² Última *op. cit.*, pp. 717-718 e 783.

¹⁶³ Última *op. cit.*, p. 544.

proteção conferida pelo artigo 34º, sendo que o segredo da correspondência abrange as comunicações mantidas através das telecomunicações. O direito ao sigilo protege a comunicação individual que tem como destino um recetor individualizado ou um círculo de destinatários, previamente determinado.

O conhecimento não autorizado do conteúdo da correspondência é ilícito. O direito ao sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação implica que ninguém as viole ou devasse ou, ainda, que sejam divulgadas por terceiros que a elas tenham acesso. Conforme já foi referido, o artigo 34º, nº 4 da CRP proíbe a ingerência, promovendo a liberdade de enviar e receber correspondência, a proibição as reter, apreender ou de interferir sobre a mesma. Embora o artigo apenas se refira a “entidade públicas”, entende-se que a proibição de ingerência também abrange as entidades privadas, tendo por base o artigo 18º, nº 1 da CRP¹⁶⁴. O final do preceito em análise ressalva que a ingerência não será proibida nos casos previstos na lei e em matéria de processo criminal. O que está em causa não é apenas a interdição do acesso e divulgação da correspondência, mas também o simples conhecimento do conteúdo da correspondência, sendo ilícito nos termos do artigo 194º do CP. Apesar da aplicação deste artigo não ser pacífica, entendemos que a interpretação extensiva do nº 2 do artigo 194º do CP, abrangendo também a tutela do correio eletrónico¹⁶⁵. Neste sentido, FARIA COSTA¹⁶⁶, entende que o ordenamento penal em Portugal consagra quatro níveis de proteção da privacidade: primeiro, impõe o sigilo para todos os que pelas suas funções possam ter acesso ao conteúdo reservado da informação; segundo, proíbe a intromissão no conteúdo da informação; terceiro, proíbe a divulgação do conteúdo informacional a que se teve acesso e por último, proíbe qualquer contacto com instrumentos técnicos que possam levar a devassa informacional.

O artigo 22º, nº 1 do CT estabelece “o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte,

¹⁶⁴ Neste sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, última *op. cit.*, p. 545.

¹⁶⁵ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal (...)*, cit., p. 527.

¹⁶⁶ JOSÉ FRANCISCO FARIA COSTA, *As Telecomunicações e a Privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista*, in *Direito Penal da Comunicação (Alguns escritos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp.169 e 171.

nomeadamente através do correio electrónico”. No nº 2 institui que “o disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico”.

A CNPD na Deliberação nº 1638/2013, considera que o controlo da utilização do correio electrónico se enquadra no conceito de dados sensíveis. Neste sentido, o controlo do *e-mails*, assim como das redes sociais ou de outras contas que o trabalhador tenha adquirido a título pessoal, só pode ocorrer mediante a autorização prévia para o tratamento de dados, para as finalidades que autorizar, ainda que se trate de controlar comunicações de natureza profissional, uma vez que nestas podem estar misturadas comunicações privadas. Esta mesma Deliberação enuncia que a entidade empregadora deve elaborar regulamento interno, nos termos do artigo 99º do CT, sobre as regras de utilização do correio electrónico e outros meios de comunicação e, quanto às finalidades legítimas atendíveis do controlo, estabelece as condições para o tratamento de dados. A lei nº 41/2004, de 18 de Agosto¹⁶⁷, alterada pela última vez em Agosto de 2012, aponta que devemos entender por comunicação “qualquer informação trocada e enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público”. Assim sendo, quando falamos em correio electrónico, falamos de “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que possa ser armazenada na rede ou equipamento terminal do destinatário até que este a recolha”.

Dentro do artigo 22º, nº 1 do CT, está tutelada a confidencialidade das mensagens pessoais dos trabalhadores, nomeadamente as comunicações feitas através do *e-mail*, do *Messenger* e redes sociais. De acordo com este artigo, os trabalhadores para além de terem o direito à reserva também têm direito à confidencialidade que lhes permite controlar ou impedir o acesso às suas mensagens, assim como a sua divulgação. Neste sentido, o empregador só pode ter acesso a estas mensagens nas situações justificadas e esporádicas, devendo fazê-lo na presença do empregador e do seu representante, limitando-se a visualizar apenas os destinatários dos endereços, o assunto, data, hora do envio da mensagem. O controlo do *e-mail*, cuja finalidade é promover a segurança do sistema informático da empresa, deve ser feito sempre de forma aleatória – não

¹⁶⁷ Que transpõe a Diretiva nº 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, alterada pela Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de 15 de Março de 2006, e pela Diretiva 2009/136/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009.

sistemática e permanente – e com o conhecimento do trabalhador. O n.º 2 deste artigo tem como objetivo equilibrar o direito à confidencialidade do trabalhador e a liberdade de gestão empresarial do empregador por conferir a este a possibilidade de estabelecer regras quanto à utilização do correio eletrónico. Esta possibilidade de estabelecer as regras de utilização não legitima a violação do direito à confidencialidade dos trabalhadores pelos empregadores.

Tem sido questionado se esta norma confere ao empregador a possibilidade de impedir a utilização do correio eletrónico para fins pessoais. Alguns autores, nomeadamente, JÚLIO GOMES¹⁶⁸ e JOANA VASCONCELOS¹⁶⁹, defendem que o empregador não está obrigado a permitir a utilização dos mesmos para fins não profissionais. Argumentam se que o empregador não está obrigado a colocar computadores à disposição dos seus trabalhadores e, ainda que o façam, não são obrigados a conferir acesso à *Internet* também não obrigados a aceitar que estes instrumentos sejam utilizados para fins pessoais¹⁷⁰. No entanto, JÚLIO GOMES refere que mesmo não sendo permitido a utilização do *e-mail* para fins pessoais, nem todas as comunicações são ilícitas, sendo aceitável o *e-mail* enviado pelo trabalhador ao cônjuge avisando que vai chegar tarde à casa, por estar no trabalho. Esta utilização do correio eletrónico para fins pessoais tem como motivação razões profissionais, sendo por isso aceitável. JOANA VASCONCELOS, chama a atenção para o facto de, aparentemente o artigo 22.º, n.º 2 do CT permitir ao empregador estabelecer a proibição absoluta da utilização do correio eletrónico, não significa que o mesmo possa aceder ao conteúdo dos *e-mails* do trabalhador.

¹⁶⁸ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, Março, 2007, pp. 369-370

¹⁶⁹ JOANA VASCONCELOS, *O contrato de Trabalho, 100 Questões*, Almedina, Coimbra 2004, pp. 91-93.

¹⁷⁰ ÚRIA MENÉNDEZ, *O impacto das Novas Tecnologias no Direito do Trabalho e a Tutela dos Direitos de Personalidade do Trabalhador*, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 79/80/81, 2009, p. 30. Disponível em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2242/documento/068apa.pdf?id=1948>.

No sentido contrário, AMADEU GUERRA¹⁷¹, RITA GARCIA PEREIRA¹⁷² e TERESA MOREIRA¹⁷³, entendem que artigo em questão não fundamenta a proibição total do uso do *e-mail*, por parte dos trabalhadores para fins pessoais. Entendo que uma proibição absoluta da utilização do correio eletrónico para fins pessoais pelos trabalhadores constituiria uma violação ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à dignidade da pessoa humana, tutelados pela Constituição e os quais não são alienados pelo facto de terem celebrado um contrato de trabalho e estarem sujeitos ao poder de controlo do empregador¹⁷⁴. TERESA MOREIRA afirma que as empresas devem estabelecer de forma clara as políticas de utilização destes meios de comunicação e que, se é legítimo o trabalhador através do *e-mail* estar disponível além do período norma de trabalho, também é legítimo que possa utilizar estes meios para fins pessoais. Deve-se ter sempre presente que o uso do correio eletrónico, assim como de outros meios de comunicação deve ser feito de acordo com as regras de boa-fé e da proporcionalidade, não interferindo no normal funcionamento da empresa. A autora considera que “relativamente à utilização da Internet para fins pessoais, se não respeitar o princípio da proporcionalidade e da boa-fé, pode trazer algumas consequências negativas para o empregador, colocando-se a questão da possibilidade de controlar o seu uso ao abrigo do poder de controlo eletrónico do empregador¹⁷⁵”. Embora o empregador tenha esse poder de controlo, conforme já foi dito anteriormente, este não pode aceder ao conteúdo do *e-mail*. RITA GARCIA PEREIRA¹⁷⁶, chama atenção para o facto do artigo 22º, nº 2 não esclarecer de que forma o empregador pode controlar o cumprimento das regras que estabeleceu quanto à

¹⁷¹ Última *op. cit.*, p. 366.

¹⁷² *Os e-mails: o cavalo de Tróia atual*, in *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, no 7, 2005 – ano IV, pp. 197-198.

¹⁷³ Última *op. cit.*, pp.788-789.

¹⁷⁴ Deve-se sempre ter presente a ideia de que o trabalhador não perde a sua cidadania pelo facto de ter sido inserido numa empresa e que os seus direitos constitucionalmente protegidos “seguem-no” dentro da organização, devendo o legislador adotar medidas que permitam tutelar e assegurar a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade dos trabalhadores.

¹⁷⁵ TERESA MOREIRA, *Algumas Questões sobre as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação e a Responsabilidade do Empregador por Atos dos seus Trabalhadores*, in *Scientia Iudirica*, Tomo LXI, nº 329, Maio/Agosto, p. 454.

¹⁷⁶ Última *op. cit.*, p. 198.

utilização do correio eletrónico, tendo em conta que está vedado ao empregador a possibilidade de visualizar o conteúdo do *e-mail*. Nos termos do artigo 32º, nº 8 da CRP, qualquer interceção de mensagens privadas do trabalhador será ilícita, sendo a nula a prova obtida desta forma.

A jurisprudência tem se debruçado muito sobre esta questão de se saber de que forma como o empregador pode controlar o uso do *e-mail* no local de trabalho¹⁷⁷. No acórdão da Relação de Lisboa, de 05/06/2008, debruçou-se sobre a decisão de suspensão do despedimento de um trabalhador por este ter enviado fotos, através do correio eletrónico, que tinham sido publicadas no jornal onde trabalhava a um jornal concorrente. O Tribunal considerou que os *e-mails* enviados revestem carácter privado, sendo meio de prova nula, nos termos do artigo 32º, nº 8 CRP. Nesse sentido, decidiu que o despedimento era ilícito. No acórdão da Relação do Porto, de 08/02/2010 discutiu a questão de envio de *e-mails* de um trabalhador a injuriar os gerentes, cliente e colegas, tendo a entidade empregadora admitido que o conteúdo das mensagens enviadas era privado. O Tribunal entendeu que a entidade empregadora ao se aperceber que o conteúdo das mensagens era privado deveria ter cessado a intromissão, deixando de ler a correspondência. Mais uma vez, decidiu-se que o meio de prova era nulo e que o despedimento tinha sido ilícito. No caso da Relação de Lisboa, de 30/06/2011, decidiu sobre a admissibilidade como meio de prova em ação de impugnação de despedimento, de mensagens de *e-mail* enviadas e recebidas pelo trabalhador despedido. O empregador alegou que o trabalhador praticou de forma continuada, atos de concorrência desleal utilizando em seu proveito informações da entidade empregadora. Como prova, a entidade empregadora juntou *e-mails* retiradas da caixa de correio eletrónico por si facultada ao trabalhador. Neste caso, o Tribunal entendeu que o conteúdo das mensagens enviadas não tinha um carácter pessoal e, tendo em conta que o artigo 22º do CT leva-nos ao entendimento de que ao empregador está vedado o acesso a mensagens de natureza privada dos trabalhadores, então as referidas mensagens apresentadas como prova não podem ser consideradas ilícitas. No acórdão da Relação de Lisboa, de 07/03/2012, debruçou-se sobre um caso onde uma trabalhadora, três amigas e o namorado, tiveram conversas pessoais através do *Messenger*. Decidiu que era ilícito o acesso da entidade empregadora ao conteúdo de

¹⁷⁷ Os acórdãos referidos podem ser consultados em <http://www.dgsi.pt>.

conversas estritamente pessoal. Mais, entendeu que “o facto das referidas conversas/mensagens eletrónicas se acharem guardadas no servidor da Ré, a ela pertencente, não lhes retira, por um lado a sua natureza pessoal e confidencial¹⁷⁸”. Portanto, o Tribunal decidiu que o meio de prova era inadmissível e a o despedimento ilícito. Também o acórdão da Relação do Porto, de 15/12/2016 decidiu que os *e-mails* de natureza pessoal, enviados por dois trabalhadores, não serviam como meio de prova.

A lei permite ao empregador regular quanto a utilização do correio eletrónico no local de trabalho e, ainda que o mesmo proíba os trabalhadores de utilizarem o *e-mail* para fins pessoais, continua a não ser permitido que tenha acesso ao conteúdo da mensagem, protegendo assim o direito ao sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação dos trabalhadores. De uma forma geral, podemos observar que a jurisprudência portuguesa tem adotado uma posição de tutela da privacidade dos trabalhadores, não admitindo como meio de prova *e-mails* cujo conteúdo seja de natureza privada.

4. A admissibilidade do controlo do correio eletrónico

A utilização do correio eletrónico como meio de comunicação entre trabalhadores já faz parte do dia-a-dia das empresas. Este meio de comunicação tem inúmeras vantagens para o empregador, mas levanta algumas questões referentes a tutela do direito à privacidade dos trabalhadores.

É incontestável o direito à privacidade do trabalhador no local de trabalho. Este direito, como já vimos, decorre da dignidade da pessoa humana e é fundamental para o livre desenvolvimento da pessoa. Quando falamos em cidadania na empresa, falamos também no reconhecimento e tutela destes direitos, consagrados na lei.

No caso *Nikon*, da *Cour de Cassation*, de 02 de Outubro de 2001, o Tribunal decidiu que “o trabalhador tem direito, mesmo durante o seu tempo e local de trabalho, ao respeito pela vida privada; esta implica, em particular, o segredo de correspondência, não podendo o empregador violar esta liberdade fundamental”. Este respeito pela vida privada implicava o segredo de correspondência, estando vedado ao empregador a possibilidade de ter conhecimento das mensagens pessoais recebidas e enviadas pelo trabalhador. Também reconheceu o direito à privacidade no local de trabalho e

¹⁷⁸ Acórdão disponível em <http://www.dgsi.pt>.

estabeleceu que mesmo nos casos em que o empregador proíba a utilização dos meios informáticos para fins pessoais, esta proibição não lhe atribui o direito de consultar os *e-mails* pessoais do trabalhador. A jurisprudência do TEDH defendeu que o trabalhador tem direito a ver protegida a sua privacidade no local de trabalho.

Mais do que um instrumento de trabalho, o correio eletrónico também é um meio de comunicação e interação entre as pessoas. O trabalhador tem uma legítima expectativa de privacidade no local de trabalho, uma vez que ele desenvolve uma parte significativa das duas relações sociais neste local. Assim sendo, ele espera que as comunicações privadas sejam mantidas assim, privadas. O acesso ao correio eletrónico, normalmente está protegido por uma palavra-passe e é de uso exclusivo do trabalhador o que reforça essa expectativa de que existe privacidade nos *e-mails* enviados e recebidos.

No acórdão da Relação de Lisboa, de 07/03/2012, já referido, o STJ entendeu que “as pessoas, normalmente, quando estão em círculos privados e fechados, em que sabem que só são escutadas pelo destinatário ou destinatários presentes e relativamente aos quais existe o mínimo de confiança no relacionamento que se estabelece (...) falam à vontade, dizem disparates, queixam-se, exageram, troçam de terceiros, dizem mal deles, afirmam coisas da boca para fora, no calor da conversa ou discussão, e tudo isso porque contam com a discrição dos seus interlocutores para a confidencialidade de algumas das coisas referidas¹⁷⁹”. Desta forma, o Tribunal reforça a ideia de expectativa de privacidade quanto às comunicações privadas entre os trabalhadores.

Separar a vida profissional da vida pessoal do trabalhador tem se revelado uma tarefa complexa e nem sempre é fácil fazer a diferenciação entre o *e-mail* de natureza pessoal e o *e-mail* de natureza profissional. Mas esta distinção é importante, uma vez que permite saber se determinado *e-mail* está ou não tutelado pelo direito ao sigilo das comunicações e pelo direito à privacidade. Entende-se que as empresas devem estabelecer políticas claras sobre a utilização destes meios de comunicação e, nas situações em que o empregador proíba a utilização do *e-mail* profissional para fins pessoais, havendo contas de correio eletrónico separadas, estes e-mails não se encontram tutelados pelo direito ao sigilo das comunicações. Neste caso, em que há uma separação entre correio eletrónico profissional e o correio eletrónico pessoal, estamos perante uma relação comitente-comissário entre a entidade empregadora e o

¹⁷⁹ Acórdão disponível em <http://www.dgsi.pt>.

trabalhador. Deste modo, é permitido ao empregador controlar o conteúdo das mensagens profissionais, devendo fazê-lo de forma menos intrusiva possível. Este controlo do *e-mail* profissional não confere legitimidade ao empregador para aceder ao conteúdo das mensagens. Na verdade, o que está em causa para o empregador nestas situações é a necessidade de saber se o trabalhador utilizou os instrumentos de trabalho para fins aos quais ele permitiu. Neste caso, basta ao empregador, por exemplo, ter uma listagem com o número de *e-mails* enviados, sem que seja necessário consultar o conteúdo das mensagens. Para que tal monitorização aconteça, é essencial que o trabalhador tenha sido previamente informado dessa possibilidade e que tenha dado o seu consentimento. Nestas situações, o princípio da proporcionalidade – assim como o da boa-fé e o da transparência – tem um papel relevante, na medida em que o acesso aos *e-mails* profissionais por parte do empregador não deve ser constante, devendo ocorrer na presença do trabalhador, exceto nos casos em que o trabalhador esteja ausente e, por essa razão se visualize o correio eletrónico.

No acórdão de 05/07/2007 do STJ, foi decidido que o empregador não pode aceder ao conteúdo das mensagens pessoais e à informação não profissional que o trabalhador receba, consulte ou envie através do correio eletrónico, mesmo quando esteja em causa investigar e provar uma eventual infração disciplinar. Mais, o Tribunal diz que “não são apenas as comunicações relativas à vida familiar, afetiva, sexual, saúde, convicções políticas e religiosas do trabalhador mencionadas no artigo 16º, nº2 do CT, que revestem a natureza de comunicações de índole pessoal, nos termos e para os efeitos do artigo 22º do mesmo código”. Entendeu-se que o que permite definir uma mensagem de natureza particular de uma mensagem de natureza profissional é a vontade dos intervenientes da comunicação, quando estes revelam de forma expressa ou implícita se pretendem manter as mensagens privada ou profissional. Nesse sentido, considerou que “reveste natureza pessoal uma mensagem enviada via *e-mail* por uma secretária de direção a uma amiga e colega de trabalho para um endereço eletrónico interno afeto à Divisão de Após Venda (a quem esta colega acede para ver e processar as mensagens enviadas, tendo conhecimento da necessária *password* e podendo alterá-la, embora a revele a funcionários que a substituam na sua ausência), durante o horário de trabalho e a partir do seu posto de trabalho, utilizando um computador pertencente ao empregador”.

O correio eletrónico é um dos meios de comunicação utilizado entre os trabalhadores, substituindo os meios de comunicação tradicionais. Se o empregador não

pode proibir a conversa entre os trabalhadores, também não nos parece aceitável que proíba a comunicação através do correio eletrónico. O Tribunal Supremo espanhol, de 26 de Setembro de 2007, verificou que socialmente existe um hábito generalizado de se tolerar um certo uso pessoal dos meios informáticos e de comunicação disponibilizados pela empresa aos trabalhadores, quando esta utilização é moderada¹⁸⁰.

A utilização pessoal do correio eletrónico deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade e boa-fé por parte dos trabalhadores. No acórdão *Bărbulescu v. Romania*, de 05/09/2017, do TEDH foi analisado um caso em que um trabalhador foi despedido por ter utilizado de forma incorreta uma conta Yahoo Messenger. O empregador, através do regulamento interno havia proibido o uso pessoal deste meio de comunicação. O empregador teve acesso a mensagens pessoais e de natureza íntima, trocadas entre o trabalhador, o irmão e a namorada, monitorizando tanto a conta profissional como a contra pessoal do trabalhador. Bastava ao empregador comprovar que o trabalhador utilizava o correio eletrónico para fins pessoais e para isso, não precisava ter acesso ao conteúdo das mensagens. Conforme já foi dito, a proibição da utilização do correio eletrónico para fins pessoais não legitima o acesso ao conteúdo do mesmo. Nas situações em que se esteja perante uma suspeita de abuso é necessária uma autorização judicial para que se controle das mensagens pessoais do trabalhador. Neste caso, a monitorização do empregador foi seletiva, incidindo apenas nas comunicações eletrónicas de *Bărbulescu* e não a de outros trabalhadores, havendo aqui uma clara violação do princípio da igualdade. Tendo em conta o princípio da informação prévia dos trabalhadores, o empregador tinha o dever de informar o trabalhador que a utilização dos instrumentos informáticos estava sujeita ao seu controlo. Não nos parece que neste caso *Bărbulescu* tenha sido previamente informado pelo empregador. O Tribunal considerou, ainda, que a noção de vida privada também pode incluir atividades profissionais e situações que ocorram em locais públicos.

Quanto aos anexos de *e-mail*, pode-se conhecer seu tipo e dimensão, mas o seu conteúdo está salvaguardado pelo direito ao sigilo das comunicações¹⁸¹.

¹⁸⁰ Disponível em <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/social/sentencia-del-tribunal-supremo-sala-de-lo-social-sec-1-de-26-septiembre-2007-control-pc-empresa-tabajadores-por-patrono>.

¹⁸¹ Veja o acórdão 15/12/2016, da Relação do Porto. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Defendemos que o empregador deve estabelecer regras sobre a utilização dos meios de comunicação, através de um regulamento interno. Neste sentido, TERESA MOREIRA fala em *Cartas de Boa Conduta*, e indica que para que seja mais fácil fazer a distinção entre correio eletrónico pessoal e correio eletrónico profissional, o empregador deve determinar o direito de cada trabalhador a uma caixa de correio pessoal ou uma pasta dentro da caixa de correio eletrónico profissional¹⁸².

Defendemos que não deve ser vedado a utilização pessoal do *e-mail*, desde que seja moderada e tenha em conta os princípios da proporcionalidade, boa fé e transparência. Pelo facto de ser ilícito o empregador ter acesso ao conteúdo dos *e-mails*, entendemos ainda que este, para sua salvaguarda, deve conter uma cláusula nas *Cartas* onde atribui a responsabilidade exclusiva do trabalhador pelo conteúdo dos mesmos. A entidade empregadora também pode definir limites para o tempo de utilização do correio eletrónico e podem restringir o tipo de ficheiros enviados por anexos.

Perante a ausência do trabalhador (por férias, licença de maternidade ou doença) o empregador deve adotar um mecanismo de resposta automática (*out of office reply*) onde indica um endereço eletrónico alternativo para onde a mensagem deve ser enviada e, no caso de ausência temporária deve determinar as regras para consulta da caixa de correio eletrónica, previamente informar e pedir o consentimento do trabalhador ausente. Nas situações em que o trabalhador deixe a empresa, o empregador deve, dentro de um prazo, eliminar a conta de correio eletrónico.

5. As redes sociais *online* e o direito à reserva de intimidade da vida privada do trabalhador

A evolução da tecnologia e dos meios de comunicação trouxeram novos desafios no diz respeito a tutela do direito à privacidade das pessoas, e particularmente dos trabalhadores. As NTIC trouxeram uma transformação económica, social e cultural, levando a novas realidades que não podem ser deixadas de lado pelo Direito do Trabalho. No presente estudo será aferido o grau de privacidade existente nas redes sociais, nomeadamente no Facebook. A utilização das NTIC no local de trabalho podem ser um fator de distração e de ocupação do tempo de trabalho que os trabalhadores

¹⁸² TERESA ALEXANDRA COELHO MOREIRA, *A Privacidade (...)*, p. 789.

deveriam prestar à entidade empregadora¹⁸³. Nos termos do artigo 128º, nº 1, alínea c) do CT os trabalhadores estão obrigados a realizar o trabalho com zelo e diligência e uma utilização reiterada e abusiva no tempo e local de trabalho traduz-se na violação deste dever a que estão adstritos.

Inicialmente, as redes sociais surgiram como meio de comunicação pessoal e de entretenimento, permitindo a comunicação com amigos, amigos de amigos e desconhecidos. Define-se a rede social como “uma estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações, que compartilham valores e objetivos comuns¹⁸⁴”. Podemos encontrar vários tipos de redes sociais e muitas delas têm instrumentos de comunicação privada. Algumas redes permitem que os utilizadores criem perfis para a partilha de informações e dados pessoais, como é o caso do Facebook ou Instagram; outras permitem que os utilizadores publiquem penas frases onde transmitem informações para outros de forma rápida e curta, como é o caso do Twitter e, podemos ainda falar de redes sociais vocacionadas para a procura de emprego onde os utilizadores partilham informações sobre a sua formação profissional e académica, como é o caso do LinkedIn¹⁸⁵.

As empresas têm usado cada vez mais as redes sociais para fins profissionais, mas a sua utilização também pode potencializar a intromissão do empregador na vida pessoal do trabalhador. Normalmente quem utiliza as redes sociais, nomeadamente o Facebook, expõe partes privadas e íntimas da sua vida, através de fotografias, desabaços, pensamentos, opiniões ou críticas. O empregador que tenha acesso a essas redes sociais passa a ter conhecimento destas informações pessoais do trabalhador o que pode traduzir-se numa invasão da sua esfera pessoal. TERESA COELHO MOREIRA, refere que “a internet originou que muitas fronteiras caíssem o que, direta

¹⁸³ Neste sentido, MARIA REDINHA, *Redes Sociais: Incidência Laboral*, Prontuário de Direito do Trabalho, nº 87, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, p.39, chama atenção para o facto da utilização destas tecnologias poderem ocupar muito tempo de trabalho para aqueles trabalhadores que não resistem a consultar as suas caixas de correio ou a ocupar-se em diversos jogos.

¹⁸⁴ ALICE PEREIRA DE CAMPOS, *Infrações Disciplinares em Redes Sociais Online*, Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 117.

¹⁸⁵ TERESA MOREIRA COELHO, *To Be or Not to Be digital: O Controlo das Redes sociais no Processo de Recrutamento*, in Para Jorge Leite – *Escritos Jurídicos Laborais*, Volume I, Coimbra Editora, 2014, pp. 629-630.

ou indiretamente, provocou a queda de outra barreira: a que separava a vida profissional e a vida pública da vida privada¹⁸⁶”.

Se pensarmos no caso concreto do Facebook, tal como assinala ALICE PEREIRA DE CAMPOS, cada utilizador pode criar um perfil pessoal com informação pessoal, acrescentar outros utilizadores como “amigos”, trocar mensagens privadas com um ou mais utilizadores, publicar quaisquer informações sobre assuntos que entender no seu perfil pessoal e aceder a publicações de outros utilizadores e, ainda, criar ou aderir a grupos de interesses comuns e publicar informações nesses grupos¹⁸⁷. Assim, podemos observar que existem diferentes tipos de atuação no Facebook e, neste sentido, entendemos que a reserva da vida privada não pode ter o mesmo grau de proteção. As mensagens privadas têm a mesma proteção reconhecida ao correio eletrónico, nos termos do artigo 22º do CT, estando vedado ao empregador o acesso ao conteúdo das mesmas. Nestas situações, ainda que esteja em causa o incumprimento pelo trabalhador referente ao regulamento interno da empresa que proíbe a utilização dos meios tecnológicos para navegar nas redes sociais, basta que o empregador prove que o trabalhador utilizou o Facebook, sem visualizar o conteúdo das mensagens¹⁸⁸.

Mas, esta proteção não se verifica com as publicações no perfil pessoal ou em grupos, uma vez que estas publicações podem ser visualizadas pelo público, pelos amigos de amigos de qualquer pessoa identificada ou pelo utilizador e pessoas especificamente selecionadas para terem acesso à publicação.

Em Portugal, a CNPD, a propósito da Deliberação nº 1638/2013 considerou que “o acesso ao perfil pessoal do trabalhador em redes sociais é proibido” esclarecendo que

¹⁸⁶ TERESA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos Trabalhadores e a Utilização de Redes Sociais Online: Algumas Questões*, Questões Laborais, nº 41, Ano XX, Coimbra Editora, Janeiro/Junho 2013, p. 54. A autora sublinha que quando os trabalhadores exprimem, através das redes sociais, as suas opiniões, divulgam informações preciosas sobre o empregador ou até o criticam, suscitam problemas em torno da conciliação entre os direitos à privacidade e liberdade de expressão e de opinião dos trabalhadores e os direitos do empregador.

¹⁸⁷ Última *op. cit.*, p. 118.

¹⁸⁸ Estas questões colocam-se nos casos em que o trabalhador é responsável pela página do Facebook do empregador e está proibido de utilizar esta rede social para fins pessoais. Nesta situação, admite-se excepcionalmente o acesso ao histórico para visualização da atividade do trabalhador na internet, devendo ser realizada na presença do trabalhador ou de um representante seu. Mesmo nesta situação, o empregador está proibido de ter acesso ao conteúdo das mensagens privadas trocadas na rede social.

“nas redes sociais os perfis pessoais são espaços utilizados para expressar a individualidade de cada um, caindo no círculo restrito da reserva de intimidade da vida privada, contendo, por regra, informações de caráter pessoalíssimo, e mesmo íntimo”, pelo que o acesso a este tipo de informação estará “manifestamente” fora do espectro do art. 22º, nº 2 CT¹⁸⁹. Esta interpretação não está livre de críticas. Torna-se difícil saber como se pode proibir o acesso do empregador a informação que é pública e está disponível. Em princípio, é o utilizador do Facebook quem define as suas próprias configurações de privacidade, podendo restringir o acesso às suas informações e publicações apenas a amigos, aos amigos dos amigos ou ao público em geral. É importante ter presente que, nas redes sociais o conceito de amigo não corresponde ao conceito tradicional de amigo. Os amigos online podem ser amigos próximos, conhecidos, ou qualquer pessoa que tenha feito o pedido de amizade ao utilizador ou ainda uma pessoa diferente da que aparece na identificação (os perfis falsos).

Neste sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa de 24.09.2014¹⁹⁰, não só definiu o que entendia ser o conceito de amigo, como também clarificou que “através de um amigo a publicação de um conteúdo pode tornar-se acessível aos amigos deste, além de poder ser copiado para papel e exportado para outros sítios na internet ou para correios eletrónicos privados e de se manter *online* por um período indeterminado de tempo”. A partir do momento que se partilha seja o que for nas redes sociais *online*, ainda que essa partilha seja feita apenas com amigos, não nos parece que seja possível garantir o controlo efetivo dessa informação. Assim, pode-se concluir que a privacidade nas publicações efetuadas no perfil do utilizador na opção públicos ou na opção amigos está claramente enfraquecida¹⁹¹.

O utilizador nas publicações que faz nos Grupos pode escolher a opção público, fechado ou secreto. Apenas a publicação feita no grupo secreto é protegida pelo direito à privacidade. No grupo secreto apenas poderá aderir quem for convidado ou adicionado por outros elementos já nele integrante. Só quem é membro do grupo tem acesso ao mesmo assim como às publicações que ali são partilhadas. No grupo fechado

¹⁸⁹ ALICE PEREIRA DE CAMPOS, última *op. cit.*, pp. 119-120.

¹⁹⁰ Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

¹⁹¹ ALICE PEREIRA DE CAMPOS, última *op. cit.*, p.120, entende que apenas nos casos em que as publicações partilhadas nos perfis pessoais dos utilizadores estão limitadas aos amigos é que se pode equacionar a proteção do direito à reserva da vida privada.

qualquer elemento pertencente ao grupo pode convidar ou adicionar novos utilizadores e apenas os membros podem ver as publicações partilhadas. Por fim, o grupo público que pode ser acedido por qualquer pessoa, para a ele aderir ou visualizar o seu conteúdo. Nestes termos, apenas os grupos secretos estão salvaguardo pelo direito à privacidade.

Tendo em conta o exposto, é difícil sustentar ideia de proteção do direito à reserva da vida privada relativamente à atividade desenvolvida nas redes sociais por decorrerem em público e poderem ser facilmente partilhadas. Apesar das mensagens privadas beneficiarem de tutela legal e constitucional do direito à reserva da intimidade da vida privada, as publicações efetuadas nas redes sociais, nomeadamente no Facebook, podem comprometer a expectativa de privacidade, tornando legal o acesso do empregador a conteúdos publicados que consubstanciem a violação de deveres laborais. Neste sentido, o Tribunal da Relação do Porto de 08/09/2014¹⁹², num caso que envolvia um trabalhador que exercia a função inerente à categoria profissional de vigilante. Este trabalhador publicou diversos *posts* no grupo de Facebook onde faziam parte trabalhadores da entidade empregadora, pronunciando-se sobre vários assuntos relativos à organização e vida interna da empresa. Este grupo era administrado pelo trabalhador em causa, era composto por, pelo menos, 140 membros, e o acesso só era possível através de um pedido dirigido aos seus administradores. Tendo em conta estes contornos, o Tribunal entendeu que não estávamos perante um caso que possa levar o trabalhador a ter uma “expectativa de privacidade”, uma vez que o mesmo estava “ciente de que as publicações com eventuais implicações na natureza profissional, designadamente porque difamatórias para o empregador, colegas de trabalho ou superiores hierárquicos, podem extravasar as fronteiras de um “grupo” criado na rede social Facebook”. Portanto, não assiste ao trabalhador o “direito de invocar o carácter privado do grupo e a natureza “pessoal” das publicações, não beneficiando da tutela da confidencialidade prevista no artigo 22º do Código de Trabalho”.

¹⁹² Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

CONCLUSÃO

A privacidade é uma necessidade comum a todas as pessoas e, está intimamente ligada à dignidade humana. O contributo de WARREN e BRANDEIS, no fim do século XIX, foi essencial porque contribuiu para que a ideia de privacidade deixasse de estar ligada à ideia de propriedade e passasse a ser considerada como uma condição inerente a todos os homens. No século XX, a conceção de privacidade sofreu alterações significativas. O desenvolvimento informático nesta época tornou possível armazenar grandes quantidades de informação, possibilitando o acesso e a divulgação de informações consideradas privadas. As NTIC trouxeram alguma vulnerabilidade e, como tal, tornou-se necessária uma ampla tutela do direito à privacidade, tendo em conta o entendimento de que o espaço privado de cada indivíduo é muito importante, devendo ser protegido também no contexto laboral.

Na relação laboral o trabalhador é a parte mais frágil por estar sujeito aos poderes do empregador. Embora existam diferentes posições quanto aos poderes do empregador, consideramos que os desafios apresentados pelas tecnologias podem justificar, eventualmente, o poder de controlo enquanto poder autónomo, deixando de estar fundido no poder diretivo ou disciplinar do empregador. Esta autonomia do poder de controlo surge na medida em que a utilização das NTIC possibilita a supervisão mais intensa e intrusiva dos trabalhadores, devendo ser feita de acordo com os princípios da boa-fé, transparência e proporcionalidade e tendo como limites a dignidade e os direitos fundamentais do trabalhador.

As inovações das tecnologias informáticas trouxeram mudanças nas empresas, tornando uma tarefa complexa a separação da vida privada da vida profissional, refletindo-se, inevitavelmente, na vida privada do trabalhador. Os trabalhadores têm à sua disposição diferentes meios de comunicações eletrónicas, nomeadamente o correio eletrónico que é um instrumento de trabalho rápido e eficaz. No âmbito do seu poder de controlo, o empregador pode controlar o correio eletrónico do trabalhador, nos termos do artigo 22º do CT e ao abrigo do direito ao sigilo da correspondência, nos termos do artigo 34º da CRP.

Quanto às comunicações privadas que o trabalhador tenha, através do uso do correio eletrónico da empresa, entendemos que o trabalhador tem um direito à privacidade no local de trabalho e, nesse sentido, tem uma expectativa legítima de

privacidade de que as conversas que tem através do envio e receção de *e-mails* são privadas. Também defendemos que o empregador não pode proibir a utilização do correio eletrónico para fins pessoais. O empregador pode ter acesso ao correio eletrónico profissional do trabalhador nas situações em que exista uma política clara de utilização dos meios informáticos que respeite o princípio da proporcionalidade, da boa-fé e a transparência e sejam do conhecimento do trabalhador. Ainda assim, está vedado ao empregador o controlo do *e-mail* pessoal do trabalhador, ainda eu este proíba o uso total do correio eletrónico pessoal. Nos casos em que não exista uma política de utilização dos meios informáticos o empregador não pode aceder ao conteúdo dos *e-mails*.

É necessária que se compatibilize o direito à privacidade do trabalhador e o poder de controlo do empregador. Desta forma, para que haja uma conciliação entre este direito e poder, defendemos que o empregador não pode controlar as comunicações privadas do trabalhador e o trabalhador do correio eletrónico, para fins pessoais, no contexto laboral.

No que diz respeito aos comentários do trabalhador divulgados nas redes sociais, entendemos que para que estejam protegidos pelo direito à reserva da intimidade da vida privada, deve-se ter em conta vários fatores, nomeadamente a conta, os membros da rede social, etc.

No âmbito das redes sociais, as mensagens privadas beneficiam da proteção conferida ao correio eletrónico, querendo com isso dizer que o empregador não pode aceder ao conteúdo das mensagens. As publicações no perfil pessoal e em grupos públicos ou fechados não estão protegidas pelo direito à confidencialidade, nos termos do artigo 22º do CT, devido a ausência de expectativa de privacidade. É necessário que o trabalhador tenha bom senso quanto ao teor das publicações que partilha e nos parâmetros que escolhe, na medida em que estas publicações ficam disponíveis na internet por um tempo indeterminado.

Por fim, verificando-se que o mundo está dominado pelo desenvolvimento tecnológico, entendemos que a lei deve acompanhar essa mesma evolução para proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores, principalmente o direito à privacidade. Estes direitos são importantes também no âmbito do Direito do Trabalho tendo em conta que o trabalho assume relevância no que toca à dignidade humana ao livre desenvolvimento da personalidade.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João – “A Proteção da Personalidade do Trabalhador e a Regulamentação do Código de Trabalho – Breves Considerações”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Boletim da Faculdade de Direito, Volume I, Coimbra Editora, 2009;

- “Contrato de Trabalho e os Meios de Vigilância da Atividade do Trabalhador – Breves Considerações”, in Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Raúl Ventura, Coimbra Editora, 2003.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - “Comentário do Código de Processo Penal à Luz da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª Edição Atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001.

ALVES, Luísa Teixeira – “El Cumplimiento de la Carta Social Europea en Materia de Salarios. Un Estudio Comparado de los Ordenamientos Laborales Portugués, Español e Italiano”. Facultad de Derecho Departamento de Derecho Público Especial Universidad de A Coruña, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/61909527.pdf>.

AMADO, João Leal - “Contrato de Trabalho, Noções Básicas”, Almedina, Abril de 2018, 2ª Edição

ASCENSÃO, José de Oliveira - “Direito Civil, Teoria Geral, Introdução, As Pessoas, os Bens”, Coimbra, Volume I, Coimbra Editora, 2002, pp. 78-80;

- “Sociedade de Informação”, In Sociedade de Informação, vol. I, Coimbra Editora, Outubro de 1999

BETTENCOURT, Pedro Ortins de - “Controle Patronal e Limitação dos Direitos de Personalidade”, in Minerva – Revista de Estudos Laborais, Ano I, nº 1, 2002

BLOUSTEIN - “Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser”, in New York University Law Review, vol. 39, 1964. Disponível em: <http://courses.ischool.berkeley.edu/i205/s10/readings/week11/bloustein-privacy.pdf>.

BRANDEIS, Samuel Warren e Louis - “The right to privacy”, in Harvard Law Review, Volume IV, nº 5, 1890.

Disponível em: <http://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

BRITO, Pedro Madeira de - “Código do Trabalho Anotado”, Almedina, Novembro de 2012, 9ª Edição

CABRAL, Rita Amaral - “O direito à intimidade da vida privada – breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil”, in Separata dos Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1998

CAMPOS, Alice Pereira de - “Infrações Disciplinares em Redes Sociais Online”, Estudos Dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015

CARDOSO, Carlos - “A organização panóptica e a polícia do amor: o argumento da produtividade e a reserva da vida privada em contexto de trabalho – Lição síntese”, Universidade do Minho, Braga, 2004

CAUPERS, João – “Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição”, Almedina, Coimbra, 1985.

CORDEIRO, António Menezes – “Tratado de Direito Civil Português I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas”, Almedina, 2004

- “Tratado de Direito Civil Português, I,” 4ª Edição, Reformulada e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2012

COSTA, José Francisco Faria - “As Telecomunicações e a Privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista”, in Direito Penal da Comunicação (Alguns escritos), Coimbra Editora, Coimbra, 1998

DRAY, Guilherme – “Direitos de Personalidade – Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho”, in RDC, Ano II (2017), nº 3, Almedina;

- “O Princípio da Proteção do Trabalhador”, Almedina, Março de 2015

FERNANDES, António Monteiro – “Direito do Trabalho”, Almedina, 17ª Edição, Junho de 2014;

- “Direito do Trabalho”, Almedina, Maio 2017;

- “Reflexões Acerca da Boa Fé na Execução do Contrato de Trabalho”, in V Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, (coord. António Moreira), Almedina, Coimbra, 2003

FESTAS, David Oliveira - “O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no código do trabalho”, in Revista da Ordem dos Advogados, Vol. 1/2, Novembro 2004. Disponível em:

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45841&ida=47185.

FEVRIER, Fabrice – “Pouvoir de contrôle de l’employeur et droits des salariés à l’heure d’Internet – les enjeux de la cybersurveillance dans l’entreprise”, 2003.

Disponível em: <http://leclainchentic.free.fr/pdf/cybersal.pdf>.

GOMES, Januário Da Costa - “O Problema da Salvaguarda da Privacidade Antes e Depois do Computador”, Boletim do Ministério de Justiça, 319, 1982

GOMES, Júlio – “Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho”, Coimbra Editora, Março, 2007

GUERRA, Amadeu - “A Privacidade No Local De Trabalho, As Novas Tecnologias e o Controlo dos Trabalhadores Através de Sistemas Automatizados as Alterações do Código do Trabalho”, Almedina, Maio de 2004

GUIMARÃES, Mª Regina Redinha e Mª Raquel – “O Uso do Correio Eletrónico no Local de Trabalho – algumas reflexões”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

LEITE, Jorge – “Direito do Trabalho”, Volume II, reimp., Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999

MEDEIROS, Jorge Miranda e Rui – “Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I”, Coimbra Editora, Coimbra 2005

MENÉNDEZ, Úria - “O impacto das novas tecnologias no direito do trabalho e a tutela dos direitos de personalidade do trabalhador”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, nº 79/80/81, 2009. Disponível em:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2242/documento/068apa.pdf?id=1948>.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse - “Vie privée, vie familiale e droits de l’homme”, in *RIDC*, nº 4, 1992

Disponível em: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1992_num_44_4_4572.

MIGUEL, Carlos Ruiz, “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid Madrid, 1992. Disponível em: <http://webs.ucm.es/BUCM/tesis/19911996/S/0/S0002101.pdf>

MILLER, Arthur R. - “The Assault on Privacy – Computers, Data Banks and Dossiers”, Ann Arbor, 1971

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho – “A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador”, Almedina, Maio 2010;

- “A Privacidade dos Trabalhadores e a Utilização de Redes Sociais Online: Algumas Questões”, in *Questões Laborais*, no 41, Janeiro/junho 2013 – ano XX, Coimbra Editora

- “Algumas Questões Sobre as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação e a Responsabilidade do Empregador por Atos dos seus Trabalhadores”, *Scientia Iudirica*, Tomo LXI, nº 329, Maio/Agosto 2012

- “Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador”, *Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra*, Coimbra Editora, Abril de 2004;

- “Interrogações Sobre o Poder de Controlo do Empregador e a Esfera Privada do Trabalhador”, in Minerva – Revista de Estudos Laborais, nº 3, 2003 – ano II

- “To Be or Not to Be digital: O Controlo das Redes sociais no Processo de Recrutamento”, in Para Jorge Leite – Escritos Jurídicos Laborais, Volume I, Coimbra Editora

MOREIRA, Gomes Canotilho e Vital - “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, 4ª edição revista, 1993

PEREIRA, Rita Garcia - “Os e-mails: o cavalo de Tróia atual, in Minerva – Revista de Estudos Laborais, nº 7, 2005 – ano IV”

PINTO, Paulo Mota - “A Proteção da Vida Privada e a Constituição”, in B.F.D.U.C, nº 76, 2000

- “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, BFDUC, 69, 1993

PROSSER, William L. - “Privacy”, California Law Review, Volume 48, nº 3, pp. 383-423. Disponível em:
<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=californiajournaloflawreview>.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma – “O Fundamento do Poder Disciplinar Laboral”, Almedina, 1993;

- “Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais”, Almedina, Novembro de 2016, 6ª Edição;

- “Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho. Breves notas,” intervenção no VI Colóquio do Supremo Tribunal sobre Direito do Trabalho, 2014

RAPOSO, Mário - “Sobre a Proteção da Intimidade da Vida Privada”, in ROA, 1973

REBELO, Glória – “Teletrabalho - reflexões sobre uma nova forma de prestar trabalho subordinado”, in PDT, nº 67, 2004

REDINHA, Maria Regina - “Direitos de personalidade, CT, artigo 16º anotado”.

Disponível em: <https://www.cije.up.pt/download-file/198>.

- “Escritos Jurídicos-Laborais”, para Jorge Leite

- “Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: atualidade e oportunidade da sua inclusão, in A Reforma do Código do Trabalho”, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

Disponível em: <https://www.cije.up.pt/download-file/218>.

- “Redes Sociais: Incidência Laboral”, Prontuário de Direito do Trabalho, nº 87, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora

RIGAUX, François - “La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bibliothèque de la Faculté de Droit de L’Université Catholique de Louvain, 1990

SCIBERRAS, Jean-Christophe - “L’irrigation de l’entreprise par les nouvelles technologies de l’information et de la communication: le point de vue d’un praticien”, in *Droit Social*, nº 1, Janeiro 2002

SMITH, Séverine Le Loarne-Lemaire, Pierre-Yvesanséau e Mark, “Reconsidérer le débat sur le rapport vie professionnelle/vie privée en France pour le dépasser: Plaidoyer pour une approche relationnelle”, RIMHE: Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise, nº 11, 2014

SOUSA, Capelo de - “O Direito Geral de Personalidade”, Coimbra Editora, 1995

VASCONCELOS, Joana – “O contrato de Trabalho, 100 Questões”, Almedina, Coimbra 2004

VASCONCELOS, Pedro Pais de - “A Proteção de Dados Pessoais e Direito à Privacidade”, in *Direito da Sociedade da Informação, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra 1999

WESTIN, Alan F. - “Privacy and Freedom”, Atheneum, Nova Iorque, 1970

WILKENS, Jon Messenger; Oscar Vargas Llave; Lutz Gschwind; Simon Boehmer; Greet Vermeulen; Mathijn - “Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work”, Organização Internacional do Trabalho, 2017

XAVIER, Bernardo Da Gama Lobo - “Curso de Direito do Trabalho”, Verbo, Março de 1999, 2ª Edição