

DIREITOS DE PERSONALIDADE

Artigo 16.º Reserva da intimidade da vida privada

- 1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.
- 2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

I- Os direitos de personalidade enquanto categoria distinta dos direitos fundamentais constituem uma preocupação recente do ordenamento jurídico-laboral. Assim, é inovadora, entre nós, a sua inclusão no Código do Trabalho, não tendo este artigo correspondência no quadro legislativo anterior. Sobre o mesmo bem jurídico dispõe o art. 26º da Constituição da República e o art. 80º do Código Civil. Também o Código Penal tutela os crimes contra a reserva da vida privada, nos arts 190º e ss.

II – Em geral, podemos considerar que a consagração dos direitos de personalidade traduz a actual preocupação com a qualidade do emprego, fruto de uma visão “ecológica” da relação laboral que compreende a dimensão pessoal do trabalho a par da relação de troca. Trata-se, afinal, do reconhecimento de que no tempo e local de trabalho os trabalhadores não abandonam a sua qualidade de cidadãos nem alienam os atributos jurídicos da sua personalidade.

É o enunciado legislativo do reconhecimento da cidadania no emprego, princípio que convoca para a qualidade de vida no trabalho e no emprego, isto é, para a qualidade de vida pessoal e profissional 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. Estranhamente, esta proclamação surge no nº. 1 deste artigo e não no artigo inicial da subsecção.

Não obstante o Código consagrar direitos “especiais” de personalidade numa orientação próxima daquela que encontramos no Código Civil, a sua ordenação sequencial não parece obedecer ao padrão tradicional da relevância vital do bem jurídico tutelado. A protecção da personalidade na interacção social e profissional do trabalhador recolhem a atenção preferencial do legislador nesta arrumação, o que se pode explicar pela sobreposição da tutela laboral à tutela civil e constitucional.

III – Após a proclamação do princípio do respeito pelos direitos de personalidade na primeira parte do número 1 deste artigo, o objecto de regulamentação centra-se na reserva da intimidade da vida privada.

Trata-se de uma disposição dirigida tanto aos trabalhadores como aos empregadores. À semelhança, aliás, do que acontece com o enunciado de princípio da primeira parte do artigo.

A expressa menção da extensão da tutela a ambos os sujeitos da relação laboral reflecte uma preocupação isométrica e niveladora sem verdadeiro alcance prático. Com efeito, o empregador, através da celebração do contrato de trabalho, não ingressa numa situação estatutária diferente da que possuía até então, nem vê autolimitada a sua disponibilidade, ao contrário do que sucede com o trabalhador, pelo que a tutela geral dispensada pelo Direito Civil se revela suficientemente adequada. Não é o trabalhador, numa posição de subordinação jurídica, que se encontra em condições de fragilizar ou violar os direitos de personalidade de contraparte. Para uma crítica desta referência isométrica às partes no âmbito dos direitos de personalidade laborais, cfr. REDINHA, Maria Regina. (2004). 170 ss.

©Maria Regina Redinha

O direito à reserva da intimidade da vida privada encontra a sua protecção primeira, devido ao âmbito de aplicação pessoal e material, no art. 80º do Código Civil. Assim, a previsão deste artigo, versando, no essencial, o mesmo bem jurídico – o círculo de reserva da privacidade do indivíduo – justapõe-se necessariamente à cobertura civil, constituindo, assim, um seu desenvolvimento ou concretização. Não se verifica, pois, uma mútua exclusão ou, sequer, o afastamento da tutela geral civilística pela eventual “especialidade” da tutela laboral. A relação é de complementaridade e sobreposição, prevalecendo a maior extensão possível.

IV – O âmbito material de protecção desta disposição é a reserva de intimidade da vida privada, conforme se refere no n.º 1 e se explicita, exemplificativamente, no n.º 2.

A reserva da intimidade da vida privada constitui um dos círculos da projecção vital da inviolabilidade pessoal, conforme ensinava ORLANDO DE CARVALHO. A reserva da intimidade da vida privada tem uma amplitude menor do que a privacidade, zona de inviolabilidade da personalidade que alcança não apenas a vida privada, como o círculo mais alargado da vida pessoal. Tradicionalmente, a zona de intimidade da vida pessoal é no essencial “um direito de reserva”, *riservatezza*, no direito italiano cfr, por todos, DE CUPIS, A. (1982). 283: “modo de ser da pessoa que consiste na exclusão dos outros do conhecimento de quanto se refere à própria pessoa” e ainda RESCIGNO, P. (1989) na mesma linha. Sobre o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, MOTA PINTO, Paulo. (1993). 526 ss.

A latitude do conceito de reserva da intimidade da vida privada não é abstractamente determinável, uma vez que varia de acordo com a particular posição do sujeito em causa, nomeadamente, notoriedade do sujeito, exposição pública, actividade profissional, funções desempenhadas, etc., e até com a própria circunscrição que o próprio traça para a sua privacidade, uma vez que a fronteira entre a esfera pública e privada é, em larga medida, definida pelo indivíduo – cfr. art. 80º, n.º 2, CC.

O n.º 2 do artigo ocupa-se da delimitação, não exaustiva, dos elementos que compõem a reserva de intimidade aqui protegida: elementos atinentes à vida pessoal, familiar, afectiva, sexual, condição físico-psíquica, estatuto económico, ou convicções religiosas ou outras. Vão aqui contempladas as práticas pessoais e familiares quotidianas e as zonas de segredo que o indivíduo, por opção ou convicção, entende manter fora do conhecimento alheio. Apesar de exorbitante da literalidade da norma, cabem aqui elementos sensíveis da esfera pessoal como, actividades políticas, sindicais ou sociais, por exemplo, o voluntariado ou os passatempos, sem repercussão ou visibilidade pública.

Por outro lado, na esfera de protecção cabe não apenas o acesso ao conhecimento de aspectos da vida privada, como igualmente a divulgação e circulação de factos e informações respeitantes à privacidade do empregador ou do trabalhador, quer o seu conhecimento haja sido acedido por forma lícita ou ilícita. A divulgação de factos ou informações relativos à intimidade, por si só, constitui assim uma violação do direito de personalidade aqui consagrado. Ou seja, a par de um direito de reserva da informação passível de ser obtida, existe um direito ao sigilo ou ao silêncio sobre a informação colhida.

V – As consequências gerais da violação do direito à reserva da intimidade da vida privada, como de qualquer outro direito de personalidade, sem prejuízo da responsabilidade penal eventualmente envolvida, traduzem-se na obrigação de indemnizar a parte lesada pela prática de facto ilícito – art. 483º CC. Além disso, de acordo com o disposto no art. 70º, n.º 2 do CC, é sempre possível requerer a providência que se revele mais adequada e eficaz para prevenir ou minorar a violação em causa. Esta previsão possibilita, pois, o requerimento de medidas tão diversas como a apreensão e destruição de registos gráficos, sonoros ou visuais, nas hipóteses de divulgação, ou a proibição do acesso a determinados dados ou ficheiros pessoais, no caso de acesso.

Além disso, na medida em que a postergação da tutela concedida por este artigo prefigura uma violação culposa dos deveres do empregador (v.g. do tratamento urbano e probo que é devido ao trabalhador), verifica-se um incumprimento contratual, sancionável com a responsabilidade – art 363º - ou com a resolução do contrato – art. 441º, n.º 2, al. b). Inversamente, se a infracção for praticada pelo trabalhador, além da indemnização pelos danos causados com a conduta ilícita culposa, no quadro contratual pode ressentir-se também uma violação do tratamento urbano e probo, referido no art. 121º, n.º 1. al. a), e, eventualmente, a integração do conceito de justa causa de despedimento, v.g., art. 396º, n.º 3, als. i) e j).

©Maria Regina Redinha

VI – Comportamentos respeitantes ao círculo da vida privada não podem, em princípio, ser tomados em conta para apreciação de condutas infraccionais no quadro do contrato de trabalho. Cfr. LEITE, Jorge. (2004). II. 33 ss., 90 ss., 104 ss., ABRANTES, José. (2004), 162, ss.

VII – O direito à reserva de intimidade da vida privada é um direito disponível, pelo que o consentimento tolerante do lesado exclui a ilicitude do acto lesivo – art. 340º, nº 1, CC. Consentimento que deverá ser sempre anterior à lesão, expresso e susceptível de revogação a todo o tempo. Neste sentido, CARVALHO, Orlando. (1981). 90 ss. De notar que este consentimento, no âmbito laboral, não poderá nunca ser presumido, porque a lesão não se dá no interesse do lesado – art.340º, nº 3, CC.

VIII – Sobre a noção de privacidade e intimidade, cfr. CABRAL, Rita. (1989). CARVALHO, Orlando. (1999). 527 ss., PINTO, Paulo. (2001), 528 ss., REDINHA, Maria Regina, GUIMARÃES, Maria Raquel (2003), 649., sobre a reserva de intimidade da vida privada no contexto laboral, cfr. ABRANTES, José. (2004).160 ss., REDINHA, Maria Regina. (2004). 162, ss., ABRANTES, José. (2005). 251 ss.

IX – Na jurisprudência, a protecção da privacidade ou da reserva de intimidade da vida privada foi discutida raramente no plano laboral, cfr., no entanto, a título exemplificativo, o Ac. RP, de 31/05/2006.

Artigo 17.º **Protecção de dados pessoais**

1 - O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.

2 - O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.

3 - As informações previstas no número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade, salvo autorização escrita deste.

4 - O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização.

5 - Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.

I – Artigo sem correspondência na legislação laboral anterior ao Código. Ocupam-se da protecção de dados pessoais no nosso ordenamento o art. 35º da Constituição da República e, entre outras, as Leis nº 67/98, de 26 de Outubro, (Lei da protecção de dados pessoais face à informática), nº 41/2004, de 18 de Agosto, (Tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas), nº 12/2005, de 26 de Janeiro (Informação genética pessoal e informação de saúde).

No direito comunitário, esta matéria encontra-se ancorada em várias Directivas, cuja transposição é, de resto, a matriz da legislação ordinária portuguesa: Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, (Protecção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados); Directiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, (Tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector

©Maria Regina Redinha

das telecomunicações), Directiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, (Comércio electrónico); Directiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, (Tratamento de dados pessoais e protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas); e a Directiva 2006/24/CE, de 15 de Março de 2006 (Conservação de dados das comunicações electrónicas e alteração da Directiva 2002/58/CE).

II – A protecção de dados pessoais, *lato sensu*, tem especial atenção com a defesa da inviolabilidade pessoal a que se refere igualmente o artigo anterior na projecção reserva da intimidade da vida privada,

O âmbito subjectivo de aplicação deste artigo é, contudo, diverso do anterior e abrange os trabalhadores, aqueles que se encontram vinculados por um contrato de trabalho, e os candidatos ao emprego, todos aqueles que, com o intuito de acederem um emprego, entram em contacto com um potencial empregador, uma agência de colocação ou um qualquer terceiro que actue em nome e por conta daquele com a finalidade de proceder à selecção e recrutamento de pessoal. A tutela desta disposição inicia-se, pois, no momento em que se desencadeia o processo de selecção para determinado posto de trabalho, normalmente ainda antes da existência de negociações contratuais e prolonga-se por todo o período de vigência do vínculo jurídico-laboral.

Quanto ao âmbito material de aplicação, verifica-se que a tutela se estende da protecção de dados, em sentido estrito, à recolha de informação. É irrelevante o método ou o processo de recolha das informações ou o tratamento dispensado aos dados.

O princípio acolhido nesta disposição é o da proibição de recolha pelo empregador ou potencial empregador de informações ou dados relativos à vida privada ou à saúde ou estado de gravidez – primeira parte dos n.ºs 1 e 2, respectivamente. O trabalhador ou o candidato a emprego vêm por força deste princípio salvaguardada uma zona de reserva que o empregador não pode transpor.

A concretização da reserva relativa à vida privada há-de, lógica e sistematicamente, fazer-se através do recurso ao n.º 2 do artigo anterior. São os aspectos da vida íntima e pessoal, tais como a vida familiar, sentimental, orientação sexual, hábitos de vida, convicções políticas, religiosas, cívicas, actividades de lazer, etc., que o indivíduo pretende ver subtraídas do conhecimento alheio ou público.

As informações respeitantes à saúde, por seu turno, não se cingem a um conceito restrito, antes se reportam, indistintamente à saúde física e psíquica.

III - A proibição de recolha de informação vertida nos n.ºs. 1 e 2, admite, todavia, derrogações dependentes da verificação de pressupostos substantivos e formais.

Assim, a recolha de informações relativas à vida privada do trabalhador ou candidato a emprego é admitida desde que as informações se revelem “estritamente necessárias e relevantes” para ponderação da aptidão do trabalhador ou do candidato para o desempenho concreto das funções requeridas pelo posto de trabalho ocupado ou a preencher.

As informações respeitantes à vida privada do trabalhador ou candidato a emprego só podem, assim, ser exigidas e recolhidas nos precisos limites consentidos pelos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação. Quer isto dizer que entre o conhecimento da informação ou informações em causa e as funções exigidas pelo posto de trabalho tem de existir a mais do que relevância e pertinência um nexo de necessidade. Tal necessidade pode ser ditada objectivamente pelas características próprias do posto de trabalho ou das funções e não apenas por razões de organizativas ou de aumento da eficiência. Situação paradigmática será a recolha de informação relativa às qualificações e aptidões pessoais ou profissionais requeridas para o concreto desempenho da actividade ou destinada a assegurar o desempenho em condições de higiene e segurança seja do trabalhador, do empregador ou de terceiros. É, por hipótese, a indagação acerca dos hábitos de bebida ou de diversão de um piloto de linhas aéreas ou acerca das convicções religiosas de um candidato a emprego numa instituição religiosa com intuítos prosélicos.

Por outro lado, a obtenção de informações tem que obedecer a um critério de proporcionalidade e adequação. Só podem ser exigidas as informações estritamente necessárias à formulação de um juízo de aptidão ou aprovação funcional para o preenchimento de determinado posto de trabalho. Não são admitidas incursões na vida privada para além do *quantum* necessário à formulação do juízo, sendo que as informações recolhidas têm que, além disso, ter imediata relevância para as finalidades que o legislador considera objectivamente justificáveis da derrogação do princípio de reserva de intimidade da vida privada.

©Maria Regina Redinha

Não são, por conseguinte, enquadráveis nas derrogações ao princípio estabelecido neste artigo, indagações, questionários ou recolhas que versem sobre aspectos da vida privada desnecessários, despiciendos ou excessivos para a formação de juízo ou decisão de contratar ou de cometer ao trabalhador o exercício de certas e determinadas funções. Não se trata de recolher dados para um juízo abstracto de adequação do trabalhador em causa ao exercício de determinada profissão ou actividade, mas de ponderar em concreto a viabilidade do exercício efectivo das tarefas e funções compreendidas no posto de trabalho.

IV - O n.º 2 do artigo prevê uma outra derrogação relativa a informações respeitantes ao estado de saúde ou gravidez, que no essencial, mais não é do que concretização das excepções previstas no n.º 1.

Dado o carácter sensível das informações e o seu potencial como factor discriminatório, o seu tratamento surge-nos autonomizado, embora também aqui se cuide da tutela da esfera privada do indivíduo.

Do ponto de vista substantivo, as informações relativas ao estado de saúde ou gravidez só podem ser solicitadas quando haja igualmente um nexo de necessidade com o concreto desempenho da actividade profissional. Tal como a derrogação anterior, também esta se subordina aos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, conforme se referiram a propósito das informações da vida privada, não se admitindo uma averiguação em abstracto que não encontre imediata justificação e extensão no tipo e modo de exercício da actividade. É a natureza e característica da actividade que dita a razoabilidade, necessidade e medida das informações a tomar. Há postos de trabalho insusceptíveis de serem desempenhados por trabalhadores com condições físicas particulares ou menos robustas (v.g. trabalhos com produtos susceptíveis de provocar alergias, ou que implicam determinada compleição ou resistência física ou mental, como será o caso de mergulhadores ou de trabalhadores de serviços expostos a elevado desgaste emocional, equipas de salvamento ou intervenção social, etc.) e outros que exigem uma resistência acrescida, como era tradicionalmente o caso dos estivadores de porto e dos mineiros. Já no que respeita ao estado de gravidez existem mesmo actividades e postos de trabalho condicionados e interditos a estas trabalhadoras, tal como a trabalhadoras puerperas e lactantes – V., para enquadramento, a Directiva 92/85/CEE, de 19 de Outubro e arts 84º ss. RCT. No que se relaciona com a protecção do património genético, em particular, cfr. arts. 41º ss. RCT.

O n.º 3 do artigo restringe, no entanto, a possibilidade de a prestação de informações relativas ao estado de saúde ou gravidez ser efectuada directamente perante o empregador ou os seus representantes, mesmo nas hipóteses em que se revele necessário e justificado o seu conhecimento.

É imprescindível, para evitar intromissões excessivas ou desnecessárias que este tipo de informação seja recolhida por médico, pois só ele estará em condições não apenas de recolher os dados pertinentes, como de os tratar confidencialmente – cfr, nomeadamente o art. 13º, al. c) do Estatuto da Ordem dos Médicos.

Ao médico só é permitida a revelação do resultado final da avaliação que faça da situação clínica ou física do trabalhador ou candidato a emprego, manifestando o seu juízo de aptidão ou inaptidão para o exercício das funções ou actividade. Porém, uma vez que se trata de direito relativamente disponível – cfr. infra, VI – mediante autorização escrita do trabalhador ou candidato o médico pode fornecer elementos adicionais de informação ao empregador. Trata-se de um consentimento autorizante – art. 81º, CC - sujeito a forma escrita. A inobservância de forma, na medida em que traduz preterição de formalidade *ad substantia*, importa a nulidade do consentimento e, por conseguinte, torna ilícita a divulgação da informação ao empregador e a tomada de conhecimento por este. A ilicitude origina a responsabilidade civil por facto ilícito do médico e do empregador pelos danos causados com a violação do direito de personalidade – art. 483º, CC.

Esta, foi de resto, a solução originada pela pronúncia do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 306/2003, de 25 de Junho, quanto à *inconstitucionalidade do acesso directo do empregador a informações relativas à saúde e estado de gravidez do candidato ao emprego ou do trabalhador, por violação do princípio da proibição do excesso nas restrições ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada, decorrente das disposições conjugadas dos arts. 26º, n.º 1, e 18º, n.º 2 da Constituição*.

V – Não basta, contudo, o preenchimento dos pressupostos materiais para as derrogações ao princípio geral de proibição da exigência de informações relativas à vida privada, ao estado de saúde ou gravidez. É ainda imprescindível que a par da verificação das condições materiais referidas nos n.ºs. 1 e 2

©Maria Regina Redinha

deste artigo se cumpram, cumulativamente, as exigências formais exigidas também nos mesmos números do artigo.

Deste modo, a solicitação e tomada de informações respeitantes à vida privada, ao estado de saúde ou gravidez, mesmo que a coberto das exceções admitidas, só é válida se a sua fundamentação for fornecida por escrito, antecipadamente, ao trabalhador ou candidato a emprego. Trata-se de uma formalidade substantiva cuja omissão invalida, nos termos gerais do art. 294º do CC, o pedido de informação e, conseqüentemente, a excepção ao princípio de proibição torna-se insubsistente.

Só com a fundamentação pode o trabalhador avaliar da justeza e pertinência das informações que lhe são solicitadas, pelo que tem aquela que ser actual, circunstanciada, fiel e permitir uma decisão livre e esclarecida dentro dos parâmetros do funcionamento das excepções ao princípio da reserva da vida privada: necessidade, proporcionalidade e adequação.

VI – A previsão do nº 4 ocupa-se tanto da protecção das informações de natureza pessoal, privada ou íntima que o trabalhador ou candidato a emprego haja fornecido por respeitarem a matérias não cobertas pelas restrições de acesso do presente artigo, como das informações que haja fornecido ao abrigo das excepções contempladas nos nºs. 1 e 2, e qualquer que haja sido a forma do seu tratamento ou armazenamento: informático, suporte material não automatizado, encriptado, etc.

É a transposição para o ordenamento laboral do princípio da autodeterminação e controlo de dados que se acha contemplado no art. 35º da Constituição, quanto à informática, e, entre outros, nos art. 10º ss da Lei nº.67/89, de 26 de Outubro.

VII – O campo de aplicação do nº 5 é mais restrito do que o número anterior e cinge-se apenas aos dados pessoais do trabalhador ou candidato a emprego que sejam objecto de recolha e tratamento informático pelo empregador, limitando-se o legislador a proceder ao reenvio da sua regulamentação para o regime comum assente na Lei nº. 67/89, de 26 de Outubro.

Deste modo, as noções de dados pessoais, ficheiros e acessos informáticos aqui referidas não-de ser colhidas no art. 3º da Lei nº. 67/89, de 26 de Outubro.

Por força desta remissão o empregador tem, por regra, obrigação de notificar a Comissão Nacional de Protecção de Dados do tratamento de dados a que se propõe – art. 27º da Lei nº. 67/89.

VIII – Sobre os dados biométricos, cfr. art. 27º RCT e anotação ao artigo 20º.

IX- A reserva da vida privada e da intimidade do trabalhador ou candidato é um direito disponível, desde que o grau de exposição não atinja o limiar da dignidade humana. Cfr. quanto a essa disponibilidade a anotação ao artigo anterior, ponto VII.

X – Sobre as conseqüências da violação dos direitos de personalidade do trabalhador, cfr. anotação ao artigo anterior, ponto V.

XI - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos nºs. 1 a 3 deste artigo – art. 641º -, podendo a decisão condenatória ser objecto de publicação – art. 641º, nº 3.

XII – Sobre a tutela de dados pessoais no Direito do Trabalho, cfr., CASTRO, Catarina (2002). 27 ss.; DRAY, Guilherme (2004). 97 ss.; LEITÃO, Luís. (2004), 123 ss.; REDINHA, Maria Regina. (2004), 164.

Artigo 18.º **Integridade física e moral**

O empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respectiva integridade física e moral.

I - Artigo sem correspondência na legislação laboral anterior ao Código. A tutela deste bem jurídico tem assento no art. 25º da Constituição e no art. 70º, nº 1 do CC.

II – O âmbito subjectivo da tutela da integridade física e moral compreende o empregador, os seus representantes, e o trabalhador. Para uma crítica da isometria da protecção dispensada aos sujeitos da

©Maria Regina Redinha

relação laboral, em matéria de direitos de personalidade, cfr., supra, anotação ao artigo 16º, ponto III. Refira-se, em reforço das considerações aí expendidas, a precedência da referência ao empregador, denotando ostensivamente o cânone civilista que orienta todo o Código.

III – O objecto da protecção da personalidade é aqui a integridade física, entendida como integridade físico-psíquica (o direito a não ser lesado na integridade físico-psíquica, tal como se possuiria se não se verificasse tal lesão, CARVALHO, Orlando. (1981).187., e a integridade moral. A integridade moral, por seu turno, é um bem da personalidade humana mais próximo da honra e dignidade da pessoa do que da existência incólume do ser físico e psíquico.

Com esta protecção relaciona-se o dever do empregador proporcionar ao trabalhador boas condições, tanto do ponto de vista físico como moral – art. 120º, c).

IV- A tutela da integridade física e moral proscreve, entre outros mais imediatamente reconhecíveis como lesivos da personalidade, comportamentos vexatórios, humilhantes, cerceadores da liberdade individual, negativamente discriminatórios e condutas persecutórias qualificáveis como assédio moral ou *mobbing* (perseguição persistente, metodicamente organizada, temporalmente prolongada, dirigida contra um trabalhador com vista, normalmente, a provocar a extinção, por qualquer forma, do sua relação de trabalho). Neste sentido REDINHA. Maria Regina. (2003). 840, e DRAY, Guilherme (2004), 101, embora ao invés deste último Autor e da solução consagrada no art. 24º do Código, se não identifique, forçosamente, o assédio moral com uma prática discriminatória.

V – A integridade físico-psíquica constitui uma manifestação da personalidade humana relativamente disponível, desde que respeitados os limites do art. 81º do CC.

O direito à integridade moral não é disponível, pois é constitutivo da dignidade humana. Apenas manifestações superficiais desta faceta da personalidade, como certos aspectos ligados ao direito ao decoro, podem ser objecto de limitação lícita.

A licitude da limitação deste direito depende de consentimento do lesado. V., supra, anotação ao artigo 16º., ponto VII, para as características do consentimento em sede de direitos de personalidade.

VI – Para as consequências da violação deste direito, cfr. arts. 70º, nº 2, 483º, CC., e anotação ao artigo 16º, ponto V.

Artigo 19.º **Testes e exames médicos**

1 - Para além das situações previstas na legislação relativa a segurança, higiene e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação.

2 - O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir à candidata a emprego ou à trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez.

3 - O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade, salvo autorização escrita deste.

I - Artigo sem correspondência na legislação do trabalho anterior ao Código. Com alguma atinência com o objecto de regulamentação desta norma encontramos o artigo 26º da Constituição e, de forma indirecta, a Lei nº 12/2005, de 26 de Janeiro, (Informação genética pessoal e informação de saúde).

©Maria Regina Redinha

Os arts. 16º e 17º do Código têm precedência lógica sobre esta disposição. Sobre exames de saúde, cfr. ainda arts. 247º, ss., da RCT.

II - Estabelece-se neste artigo o princípio da proibição da exigência da realização e/ou apresentação de testes e exames médicos. O âmbito material de aplicação é, assim, à semelhança do que sucede com o art 17º, a protecção da inviolabilidade pessoal através da proibição da recolha de informações relativas a determinados aspectos da esfera pessoal, privada e íntima do trabalhador ou candidato a emprego. Pelo que, tratando-se do desenvolvimento de uma particular manifestação do princípio de reserva consagrado no art. 17º, a sua inserção sistemática deveria seguir-se-lhe imediatamente, ao invés de ser precedida pela referência à integridade física.

A extensão desta proibição ressalva a obrigatoriedade de testes e exames médicos efectuados ao abrigo de disposições imperativas em matéria de segurança, higiene e saúde no trabalho. Significa que o princípio enunciado no nº. 1 deste artigo tem um alcance residual, relativamente à legislação em matéria de segurança, higiene e saúde no trabalho.

O princípio geral de proibição vertido no nº. 1 do art. pode ser lido em articulação com o disposto no art. 3º da Lei 12/2005, de 26 de Janeiro, que consagra, por seu turno, o princípio de que a propriedade da informação de saúde cabe, exclusivamente, ao próprio.

O âmbito subjectivo de aplicação estende-se aos trabalhadores subordinados e àqueles que, ainda não o sendo, entram em contacto com um potencial empregador com a finalidade de virem a preencher determinado posto de trabalho. Cfr. sobre o mesmo campo subjectivo de aplicação, anotação ao art. 17º, ponto II.

O objecto da proibição legal compreende quaisquer testes ou exames clínicos, independentemente da sua finalidade terapêutica ou de diagnóstico. Embora se trate de uma descrição operativa apenas no quadro da Lei em se insere, para parâmetro do preenchimento da noção de testes ou exames médicos pode ser levado em consideração o teor do art. 5º da Lei nº. 12/2005, referente ao conteúdo da “informação médica”. Na noção de testes ou exames médicos devem ainda ser incluídos os testes genéticos – no mesmo sentido, art. 6, nº 1, da Lei nº. 12/2005, embora com algumas excepções ditadas pela própria protecção da confidencialidade da informação e com alcance circunscrito ao âmbito de aplicação do lei. Na verdade, os testes genéticos, qualquer que seja a sua natureza e fim, no contexto laboral, além de invasivos da zona de reserva pessoal, são particularmente susceptíveis de utilização discriminatória. Cfr. art. 13º da Lei nº 12/2005 sobre a proibição de testes genéticos tanto no acesso ao emprego como na vigência de uma relação de trabalho. O direito à reserva sobre a informação genética é um direito indisponível – art. 13º, nº2, da Lei 12/2005 - pelo que o consentimento do trabalhador ou candidato a emprego é irrelevante para exclusão da ilicitude da recolha de informação. As excepções admitidas para a realização ou acesso a testes genéticos dizem respeito, unicamente, à protecção do próprio trabalhador, à sua segurança, à dos restantes trabalhadores, ou à saúde pública – nºs. 3 e 4 do citado art. 13º da Lei nº 12/2005.

Num entendimento diverso, segundo o qual os testes genéticos devem seguir o regime dos testes de gravidez e não o regime dos testes e exames médicos, DRAY, Guilherme. (2003). 103.

Mais duvidosa é a inclusão de testes e exames psicológicos na categoria de testes e exames médicos. Em questão só os testes e exames realizados no âmbito da psicologia clínica. Os restantes testes e exames psicológicos extravasam do âmbito material de aplicação deste artigo, mas a informação deles resultante sempre reentra na esfera íntima do trabalhador protegida pelos arts. 16º, nº2 e 17º. O tipo de informação colhida nos testes e exames psicológicos de índole clínica, contudo, não difere substancialmente da informação proveniente de certos testes e exames médicos, designadamente, na prática psiquiátrica, razão bastante para a sua equiparação e, conseqüente submissão à mesma disciplina jurídica.

Pelo contrário, testes de alcoolemia ou de despistagem do consumo de drogas não podem ser reconduzidos ao conceito de testes médicos pelo fim prosseguido pela sua realização. Só assim não acontecerá quando tais testes se inseriam num procedimento de diagnóstico médico de qualquer patologia física ou psíquica cujo conhecimento seja relevante no quadro deste artigo.

III - O princípio que veda ao empregador a exigência da realização ou apresentação de testes ou exames médicos para comprovação de condições físicas ou psíquicas sofre, contudo, duas ordens de interrogações, a primeira de natureza predominantemente subjectiva e a segunda de natureza objectiva.

©Maria Regina Redinha

Assim, a comprovação das condições físicas e psíquicas do trabalhador ou candidato a emprego pode ser exigida quando:

- i) a protecção e segurança do trabalhador, do candidato a emprego ou de terceiros esteja dependente da sua condição física ou psíquica. Isto é, para que a protecção e segurança seja assegurada é necessário averiguar da condição física ou psíquica do trabalhador ou da aptidão do candidato ao emprego. É, nomeadamente, o caso de condutores de transportes públicos e manobreadores de maquinaria pesada, pessoal médico e de enfermagem, cozinheiros ou manipuladores de alimentos, etc.
- ii) particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem. Trata-se aqui do preenchimento de um conceito indeterminado composto, que suscita algumas dificuldades pela sua latitude. Nesta excepção ao princípio de reserva do indivíduo quanto à sua condição físico-psíquica os interesses a resguardar aproximam-se da hipótese anterior, mas a perspectiva legitimadora da exigência de testes e exames médicos deixa de se localizar no indivíduo para se centrar na actividade desempenhada. É paradigmático o caso da prática desportiva.

Enquanto na primeira ordem de excepções ao princípio de proibição está em causa a aptidão e condição físico-psíquica de um determinado indivíduo, mesmo para o exercício de actividades que, por via de regra, não postulam riscos acrescidos para a saúde do próprio ou de terceiro, na segunda excepção já relevam as características intrínsecas da actividade ou do modo do seu desempenho, perigosidade, penosidade, especificidade do ambiente de trabalho. Ao passo que na primeira se atende, especificamente, à pessoa em causa relacionando-a com o concreto posto de trabalho, procedendo-se a um juízo de adequação, na segunda a avaliação incide, abstractamente, na actividade, independentemente de quem irá proceder ao seu exercício. Se na primeira a finalidade da protecção é, por exemplo, averiguar se determinado candidato ou trabalhador tem as condições físicas e psíquicas necessárias para as funções inerentes ao posto de trabalho, por exemplo, se não é portador de alergias que o impeçam de manipular determinados produtos, na segunda hipótese é a própria actividade que pressupõe determinadas aptidões ou condições físico-psíquicas, tomemos como exemplo, além do desporto, a aviação, o paraquedismo ou a segurança privada.

Quer as derrogações respeitantes à protecção e segurança, quer as derrogações relativas à natureza da actividade subordinam-se, na medida em que constituem limitações a direitos de personalidade, aos princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação. Só se admite a exigência dos testes e exames médicos indispensáveis para as finalidades consentidas, imeditamente conexionsados com os fins da avaliação clínica e sem sacrifício de bens jurídicos superiores. Acerca destes princípios, cfr., ainda, anotação ao art. 17º, ponto III.

IV – Tal como prescreve o art. 17º relativamente às informações ou dados pessoais, também aqui, a mais dos pressupostos legitimadores da derrogação ao princípio, é imprescindível que, precedendo a realização ou apresentação dos testes e exames médicos, seja fornecida ao trabalhador ou ao candidato a emprego a fundamentação escrita para a realização ou apresentação exigida. A fundamentação é uma formalidade *ad substantiam* cuja preterição invalida, nos termos do art. 294º do CC. a exigência do empregador ou do virtual empregador. A ausência de fundamentação escrita para os testes ou exames representa, pois, uma lesão não consentida de um direito de personalidade do trabalhador ou do candidato a emprego – cfr. anotação respectiva, ponto V.

V – O n.º 2 do artigo reporta-se à realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez.

A exigência de testes ou exames comprovativos da gravidez da trabalhadora ou da candidata a emprego é absolutamente vedada ao empregador ou a quem intervenha em nome ou no interesse deste no processo de selecção e recrutamento.

É uma proibição que, ao contrário das excepções previstas no n.º 1, não admite excepções ou desvios, não apenas pelo carácter intrusivo na intimidade da trabalhadora, mas igualmente pelo potencial discriminatório, directo e indirecto, que o estado de gravidez pode desencadear no acesso, progressão ou manutenção do vínculo jurídico-laboral.

Deste modo, se a gravidez for relevante ou até impeditivo do exercício de funções, v.g. por se tratar de actividade cujo exercício é condicionado ou proibido a estas trabalhadoras, nos termos dos arts. 84º ss da RCT, recai sobre a trabalhadora o ónus da comprovação do seu estado. No entanto, cabe ao

©Maria Regina Redinha

empregador fornecer toda a informação adequada à prevenção de riscos de acidente e doença – art. 120º, i).

VI – O n.º 3 acompanha a razão de ser, a finalidade e o alcance de idêntico preceito previsto no n.º 3 do art. 17º. Assim, no caso de ser admitida, nos estritos limites das excepções contempladas no n.º 1, a exigência da realização ou apresentação de testes e exames clínicos, o empregador só pode tomar conhecimento do resultado final de aptidão ou inaptidão do trabalhador fornecido pelo médico responsável, a não ser que o trabalhador ou o candidato ao emprego prestem consentimento autorizante, sob a forma escrita. Para maior desenvolvimento, cfr. anotação ao artigo 17º, ponto IV.

VII – O direito à intimidade aqui tutelado é um direito disponível nas excepções previstas no n.º 1 do artigo e, por conseguinte, susceptível de limitação pelo consentimento autorizante do destinatário da protecção – art. 81º, CC. Já no que respeita a testes ou exames de gravidez, o direito é indisponível. Sobre as características do consentimento do lesado no âmbito dos direitos de personalidade, cfr. anotação ao art. 16º, ponto VII.

VIII – A violação ilícita da personalidade do trabalhador ou do candidato a emprego, em qualquer das suas manifestações aqui protegidas importa a responsabilidade por factos ilícitos. V., para as consequências da violação de direitos de personalidade, supra, anotação ao art. 16º, ponto V.

IX – É contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.ºs. 1 a 2 deste artigo – art. 641º -, podendo a decisão condenatória ser objecto de publicação – art. 641º, n.º 3.

X – V., ainda, REDINHA, Maria Regina. (2004). 165, ss.; DRAY, Guilherme. (2004). 102, ss.; LIZARDO, João. (2004). 215, ss.;

Artigo 20.º

Meios de vigilância a distância

- 1 - O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.
- 2 - A utilização do equipamento identificado no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.
- 3 - Nos casos previstos no número anterior o empregador deve informar o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados.

I – Artigo inovador no ordenamento jurídico-laboral. Inovador pela falta de correspondência na legislação revogada pelo Código do Trabalho, mas também pela matéria objecto de regulamentação. Cfr. arts. 27º, 28º e 29º da RCT. Com relação indirecta ao conteúdo da previsão do artigo encontramos ainda o DL n.º 207/2005, de 29 de Novembro (Meios de vigilância electrónica rodoviária utilizados pelas forças de segurança); DL n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro (Exercício da actividade de segurança privada) e a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei de Protecção de Dados Pessoais).

II – A utilização das novas tecnologias da informação e comunicação no ambiente de trabalho fez aumentar exponencialmente o risco de devassa da esfera de reserva privada e pessoal do trabalhador, ao alargar a sua exposição ao controlo do empregador e ao diluir as próprias noções de tempo e local de trabalho. Por outro lado, uma vez que se trata de um domínio relativamente novo, a cada passo surgem problemas de redefinição das fronteiras da subordinação, renovando a tensão entre tutela da personalidade e extensão do poder de direcção do empregador. Se o empregador é o proprietário dos equipamentos e sistemas tecnológicos instalados na empresa e portanto adstritos à execução da prestação de trabalho, o trabalhador, no tempo e local de trabalho, não deixa de ser titular do direito a uma zona de reserva pessoal, pelo que a articulação de ambos os direitos pode ser, na prática, de difícil alcance. Para desenvolvimento deste direito a um espaço de reserva pessoal no trabalho, ANTONMATTEI, Paul-Henri. (2002).

©Maria Regina Redinha

O n.º 1 enuncia o princípio geral: proibição de o empregador utilizar quaisquer meios tecnológicos com a finalidade exclusiva de vigiar, à distância, o comportamento do trabalhador no tempo e local de trabalho ou o modo de exercício da prestação laboral.

Nas discussões públicas anteriores à entrada em vigor do CT e mesmo posteriormente, foi sendo circunscrito o campo de actuação deste princípio à questão da videovigilância no local de trabalho, mas o conteúdo útil do preceito não se esgota neste meio electrónico. Com efeito, a previsão normativa estende-se a qualquer forma de controlo e/ou fiscalização à distância do trabalhador através de equipamentos técnicos.

O âmbito material deste princípio pressupõe, somente, a monitorização não presencial do trabalhador ou do seu desempenho por quaisquer meios técnicos, de natureza electrónica ou não. É, o caso da videovigilância, obviamente, mas também, entre muitos outros, dos sistemas de recolha de som no posto de trabalho, dos métodos de controlo electrónico da prestação de trabalho, através de *software* que permita registos quantitativos e descritivos das tarefas realizadas no computador do trabalhador, dos programas que registam o tráfico na internet, dos sensores de cadeira que registam o tempo durante o qual o trabalhador permanece sentado no seu posto de trabalho, dos mecanismos dos automóveis que gravam as distâncias percorridas ou o consumo de combustível ou das placas de identificação dos trabalhadores com chip incorporado que permitem reconstituir o percurso dos trabalhadores nas instalações da empresa.

Os dados resultantes da utilização de meios tecnológicos de vigilância são dados pessoais, estando enquanto tal sujeitos, subsidiariamente, ao respectivo regime jurídico – Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Aliás, a Lei 67/98 no seu art. 4.º, n.º 4, chama a si a disciplina da videovigilância e de outras formas de captação, tratamento e difusão de sons e imagens.

Aspecto não linear será a inclusão dos dados biométricos – dados recolhidos através de sistemas que se baseiam na análise e mensuração de dados biológicos em comparação com uma amostra digital (*template*), baseados por hipótese, em impressões digitais, da retina e íris, da geometria das mãos, etc. - na categoria de meios de vigilância à distância. Os sistemas de autenticação biométrica têm no mundo laboral sobretudo a função de controlo do horário e do tempo de trabalho ou da assiduidade do trabalhador e enquanto prosseguem tais finalidades são inquestionavelmente meios de vigilância à distância. Todavia, por que assentam em características biológicas do indivíduo, são também em certa medida dados pessoais. No entanto, inclinamo-nos para a sua exclusão desta qualificação, pois, actualmente, os sistemas biométricos não registam nem armazenam amostras biométricas reproductíveis. O sistema que lê a impressão digital não permite descodificar e reproduzir essa mesma impressão. O dado recolhido, no actual estado de evolução técnica, não é, pois, rigorosamente, um dado pessoal, mas um instrumento de controlo baseado em parâmetros biológicos. Neste mesmo sentido se inclina a CNPD, nos seus “Princípios sobre a utilização de dados biométricos no âmbito do controlo de acessos e de assiduidade”, de 26 de Fevereiro de 2004., embora sem expressa e coerente conclusão.

No que respeita ao modo operativo de actuação do empregador, verificamos que um elemento essencial da previsão legal é o distanciamento entre o trabalhador e quem procede ao controlo ou acede aos dados. O controlo, fiscalização ou monitorização do comportamento profissional ou pessoal do trabalhador há-de ser efectuado de forma não imediatamente perceptível, reconhecível ou visível pelo trabalhador. É, necessariamente, um controlo difuso e ausente que não possibilita o acompanhamento pelo trabalhador do da fiscalização que sobre si é exercida. Na vigilância à distância o trabalhador não sabe nem tem possibilidade de saber por quem, quando e como está a ser vigiado.

A vigilância a que se refere a proibição deste princípio incide sobre o comportamento profissional do trabalhador no tempo e local de trabalho. Ao empregador é vedado controlar não apenas condutas que reentrem na esfera da vida privada do trabalhador, cfr. *supra*, art. 16º, como vigiar ou fiscalizar o modo de execução da prestação laboral pelo trabalhador.

II – A proibição estabelecida pelo número 1 não é absoluta, pois comporta o seu afastamento por duas ordens de excepções substantivas previstas no n.º 2:

- i) protecção e segurança de pessoas e bens;
- i) particulares exigências inerentes à actividade.

Tal como acontece com as derrogações precedentes aos princípios gerais de proibição consagrados em sede de direitos de personalidade, estas excepções subordinam-se a estritos critérios de necessidade,

©Maria Regina Redinha

proporcionalidade e adequação – cfr. anotação ao art. 17º, ponto III. Critérios esses, aliás, expressamente reiterados no art. 28º, nº. 2 e 3 da RCT.

A utilização de meios de vigilância à distância só será lícita se e enquanto tiver por finalidade exclusiva a protecção de pessoas e bens. Protecção ou segurança dos sujeitos da relação de trabalho, de terceiros ou do público em geral, mas igualmente de instalações, bens, matérias primas ou processos de fabrico, nomeadamente. Significa isto que a vigilância não será permitida se tiver por finalidade última ou determinante o mero controlo do modo de execução da prestação laboral.

A utilização de meios de vigilância à distância depende de autorização da CNPD – art. 28º, nº1, RCT. Porém, o tratamento de dados biométricos carece, tão só, de notificação à CNPD – art. 27º, nº 1, RCT.

Na determinação do que sejam as particulares exigências inerentes à actividade em causa, a ponderação é objectiva e centrada no modo de ser da actividade, sobressaindo as suas características, riscos e exigências. Para o mesmo conceito indeterminado e para análise comparativa com a subjectividade dos intuítos protectores e securitários, cfr. anotação ao artigo anterior, ponto III.

III - A par da verificação de uma das duas condições legitimadoras da derrogação ao princípio da proibição da utilização de meios de vigilância à distância, o nº 3 impõe ainda um requisito adicional: o dever de comunicar ou informar o trabalhador acerca da existência e finalidade da utilização dos meios de vigilância. Trata-se de um dever que se satisfaz com uma informação genérica, não individualizada nem dirigida pessoalmente a cada um dos trabalhadores sujeitos a vigilância, que pode ser cumprido nas estruturas representativas dos trabalhadores. No mesmo sentido, DRAY, Guilherme. (2004). 105.

A comunicação ou informação sobre o emprego dos meios de vigilância não é um acto jurídico formal. Contudo, para cumprimento da sua finalidade, só poderá tratar-se de uma declaração expressa, inequívoca e com um conteúdo mínimo que, pelo menos, permita identificar o meio de vigilância e o seu modo de actuação, nomeadamente o seu carácter contínuo ou intermitente. V., nomeadamente, o art. 29º da LCT.

A lei não exige que o trabalhador seja informado, previamente, da instalação dos meios de vigilância, tanto mais que verificadas as condições de licitude da utilização destes meios, o trabalhador não tem como se lhe opor. No entanto, a boa fé na execução do contrato – art. 119º, nº. 1, impõe que o trabalhador tenha conhecimento no mais curto lapso de tempo possível de que vai ser sujeito a observação.

A este propósito, o art 29º da RCT veio introduzir alguma perturbação na consistência hermenêutica do nº. 3, ao referir unicamente, como concretizações do dever de informação e comunicação a cargo do empregador, dizeres relativos a hipóteses de videovigilância. Não se trata de uma redução do âmbito de aplicação material do artigo, mas apenas de uma concretização exemplificativa de um dos meios de vigilância mais correntemente utilizados. As exigências de esclarecimento e conhecimento do trabalhador quanto aos meios utilizados e modo da sua actuação fazem sentir-se, de resto, quaisquer que eles sejam, razão pela qual se impõe a interpretação extensiva do art. 29º da RCT de modo a abarcar todo e qualquer meio de vigilância à distância.

O incumprimento do dever de informação acarreta preterição de requisito de licitude da utilização de meios de vigilância à distância.

IV - O tratamento dos dados biométricos está ainda sujeito a parecer consultivo da comissão de trabalhadores – art.27º, nº 4, RCT -, à semelhança do que acontece com o pedido de autorização da utilização de meios de vigilância – art. 28º, nº 4, RCT. A falta deste parecer em qualquer uma das situações constitui uma mera irregularidade procedimental.

V – O direito a não ser objecto de vigilância, controlo ou fiscalização à distância é um direito disponível, podendo, por conseguinte, o trabalhador prestar consentimento para a sua limitação pelo empregador. Tal consentimento deverá ser livre, esclarecido, actual, anterior ao início da vigilância, expresso e livremente revogável a todo o tempo. Solução que, de resto, encontra paralelo quanto ao tratamento de dados sensíveis no 7º, nº 2, da Lei 67/98, de 26 de Outubro.

VI- A utilização ilícita de meios tecnológicos de vigilância desencadeia a responsabilidade civil do empregador, nos termos do art. 483º, CC. Ilícito distinto justaponível a este constituirá a divulgação ou difusão de dados obtidos através da utilização de meios de vigilância fora do quadro normativo deste preceito.

©Maria Regina Redinha

A utilização ilícita dos meios de vigilância invalida a prova obtida para efeitos disciplinares, conforme jurisprudência tirada desde os anos noventa, cfr. Acórdão do STJ, de 9/11/94, proc. 45672. Seguindo mesmo entendimento, REDINHA, Maria Regina. (2001).118; DRAY, Guilherme. (2001). 81.

VII - A violação do disposto no n.º 1 deste artigo prefigura uma contra-ordenação muito grave – art. 641º, n.º 1 -, podendo a decisão condenatória ser objecto de publicação – art. 641º, n.º 3. A violação do n.º 3, por seu turno, constitui uma contra-ordenação leve – art. 641º, n.º 2.

Por sua vez, a violação do disposto no art. 27º, n.ºs. 1 e 3, e no art. 28º, n.º 3 da RCT, constitui contra-ordenação grave – arts. 471º, n.º 1, e 472º, n.º 1, da RCT, respectivamente. A violação do disposto nos arts. 28º, n.º 1, RCT, é havida como contra-ordenação muito grave – art. 472º, n.º 1, RCT.

VIII – Sobre a matéria versada neste artigo, REDINHA, Maria Regina. (2004); 166; (2001).117; DRAY, Guilherme. (2001). 81, ss. e (2004). 104. Com interesse, também, *Princípios sobre o tratamento de videovigilância*, CNPD. (2004). Na Jurisprudência, Acórdão do STJ, de 22 de Maio de 2007, [Revista n.º 54/07](#).

Artigo 21.º

Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação

1 - 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, nomeadamente através do correio electrónico.

2 - 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.

I – Artigo inovador no ordenamento jurídico-laboral. À semelhança do que acontece com o anterior, a inovação advém não tanto da falta de correspondência na legislação revogada pelo Código do Trabalho, como da matéria objecto de regulamentação. Sobre aspectos parcelares aqui contemplados, art. 34º da Constituição e arts. 75º, 76º e 78º, CC. V., ainda, *Princípios sobre a privacidade no local de trabalho*. CNPD. (2002).

II – O n.º 1 do artigo proclama o direito de reserva e confidencialidade sobre mensagens pessoais e informação de natureza não profissional consultada pelo trabalhador no tempo e local da prestação, através da utilização de meios ou instrumentos de trabalho, colocados à sua disposição pelo empregador.

O bem jurídico aqui protegido é ainda, como nos artigos precedentes, à excepção da liberdade de expressão e da integridade física e moral, o círculo de reserva, pessoal, privada e íntima do indivíduo. É, no entanto, percussora a preocupação por algumas novas formas de agressão da personalidade e a sua inclusão em torno de um núcleo tradicional que já fazia parte da tutela civil.

Deste modo, previne-se a inviolabilidade pessoal face a duas vertentes diversas da interacção social. A primeira diz respeito à conservação da reserva e confidencialidade do conteúdo de mensagens de natureza pessoal. A segunda à consulta e acesso a informação de carácter não profissional. Numa leitura precipitada poderia entender-se que a previsão normativa recobria apenas a reserva e confidencialidade das mensagens de correio electrónico e o acesso à *world wide web* através da internet. (Apesar de por vezes aparecerem como sinónimas as duas expressões têm significados diferentes. A *world wide web* é, no essencial, uma rede de documentos interligados por hiperligações e URL - *Uniform Resource Locator*, sistema de caracteres padronizados que permitem a localização na internet - ao passo que a internet é um conjunto de computadores ligados em rede. A internet é, pois, a via de acesso à *world wide web*). No entanto, o âmbito de protecção do artigo excede estas duas realidades.

III - Na primeira vertente considerada, “mensagens de natureza pessoal”, cabem não apenas as mensagens de correio electrónico, referidas exemplificativamente no n.º 1 do artigo, como as mensagens escritas, postais, telefónicas ou videográficas. O sigilo de correspondência tem consagração no art. 34º da

©Maria Regina Redinha

Constituição e, parcelarmente quanto à escrita, nos arts. 75º ss. do Código Civil. A tutela penal, no que concerne a “escritos fechados”, localiza-se no art. 194º, CP.

Por correspondência entende-se comumente a “comunicação entre ausentes mediante meio epistolar, telegráfico ou telefónico” – DE CUPIS. (1982). 360. Com o advento e difusão de novas tecnologias de comunicação, como a telecópia ou o correio electrónico, a noção estende-se e actualiza-se naturalmente, sem contudo, deixar de se fazer sentir a mesma necessidade de inviolabilidade dos conteúdos, independentemente do veículo de transmissão. Na cobertura legal devem, assim, ser compreendidas todas as mensagens em suporte de escrita, som, ou imagem que o trabalhador receba ou emita no tempo e/ou local de trabalho, tais como cartas, encomendas, vales e bilhetes postais, telegramas, telefonemas, mensagens escritas ou orais, recebidas ou deixadas em atendedor automático, em *pager*, PDA (*personal digital assistant*, igualmente conhecidos como *palmtops*) ou telemóveis (SMS – *short message service*), telefax, correio electrónico ou registo de comunicação através de mensagens instantâneas (por IM – *instant messenger* - tipo de serviço de comunicação pela internet que permite a troca em tempo real de mensagens, escritas, orais, com ou sem visionamento de imagem – ou através da participação nas chamadas *chat rooms* – canais de comunicação escrita entre vários computadores em tempo real) ou por meio da participação em *fora* de discussão (os *fora*, que também aparecem designados por vezes como *newsgroups*, são serviços *online* de partilha aberta de mensagens entre os membros ou de acesso público). Devido ao seu carácter público, ou pelo menos não privado, as mensagens em *chat rooms* e *fora* de discussão só serão consideradas para os efeitos previstos nesta disposição quando emitidas e recebidas num circuito de acesso restrito ou quando hajam sido gravadas em ficheiros de acesso pessoal.

As mensagens na diversidade referida devem ainda ser de “natureza pessoal”, ou seja o seu conteúdo para benefício da tutela que aqui lhe é dispensada tem de situar-se na esfera extra-profissional ou extra-laboral do trabalhador. Apartar o carácter pessoal do carácter laboral de determinada mensagem é um problema delicado, sobretudo quando a mensagem não possui um invólucro ou suporte físico e é originada, veiculada ou armazenada através de equipamentos que são propriedade da entidade empregadora e que constituem apenas um dos instrumentos de trabalho postos à disposição do trabalhador para execução da prestação laboral. No entanto, o empregador não tem um acesso irrestrito ao conteúdo de toda e qualquer mensagem no exercício do seu poder de direcção e fiscalização da prestação, pois a tanto se opõe, em rigor, o número 1 deste artigo. A “natureza pessoal” de uma mensagem apura-se residualmente por subtracção de qualquer elemento que, directa e imediatamente, conexione o seu conteúdo com a actividade profissional do trabalhador desenvolvida ao serviço do empregador. Não basta, por conseguinte, que o destinatário seja um cliente da empresa ou que o teor da mensagem se refira a informações não susceptíveis de reentrarem na intimidade dos sujeitos envolvidos. É necessário um vínculo com o desempenho das funções pelo trabalhador no quadro da sua relação contratual, pois este mesmo no tempo e local da prestação conserva uma esfera de reserva pessoal, intransponível pelo empregador – cfr. REDINHA, Maria Regina. (2004).

Ora, no estabelecimento da fronteira entre mensagens pessoais e extrapessoais, há diversas variáveis a ter em conta, desde a convicção de reserva e confidencialidade gerada pelo meio de comunicação utilizado, ao tipo e características do equipamento até influir o facto de se tratar de mensagens recebidas ou expedidas.

Por via de regra, não podem ser presumidas como pessoais as mensagens recebidas através de equipamentos que sejam propriedade da entidade empregadora e que hajam sido dirigidas para um endereço, conta ou número de telefone colectivo, isto é, utilizado, efectiva ou potencialmente, por mais do que um indivíduo. Nesta hipótese não há suficiente e bastante expectativa de confidencialidade que deva ser acautelada. Não estamos perante uma comunicação entre sujeitos precisamente identificados e individualizados. Deste modo, se determinada mensagem pessoal é recebida ou recepcionada nesse meio é lícito ao empregador tomar conhecimento do seu conteúdo se não for inequívoca a sua natureza extrapessoal. Aliás, na maior parte dos casos o empregador só se poderá aperceber da natureza da mensagem após exame do seu teor. Um exemplo paradigmático a este propósito surge-nos no correio electrónico ou nos atendedores automáticos: se a mensagem é enviada para uma conta de correio electrónico colectivo, só após sua a leitura é possível aferir do seu carácter pessoal ou profissional, como também acontecerá com a audição de mensagens orais num sistema de *voice mail*.

©Maria Regina Redinha

A questão já difere, nos seus contornos, quanto às mensagens expedidas ou enviadas pelo trabalhador a partir de instrumentos de trabalho, no tempo efectivo de trabalho e no local de prestação da actividade, porquanto nestas comunicações, não só aumenta a confiança do trabalhador na privacidade da comunicação, uma vez que é ele que tem a iniciativa e o controlo do envio, como também há que atender à tutela do terceiro destinatário que pode ver a sua privacidade devassada pelo empregador do remetente ou do autor da mensagem. Esbate-se, por conseguinte, a presunção anterior. Porém, também aqui se defrontam as dificuldades técnicas de averiguação da natureza da mensagem, pois na maior parte das situações só após o efectivo conhecimento do seu teor é possível aquilatar do carácter pessoal.

Assim, ao empregador não pode ser vedado o acesso, v.g., às comunicações com origem na conta de correio electrónico comum da empresa pelo que a tutela da privacidade e inviolabilidade da mensagem só pode caber ao trabalhador que, ou de forma expressa e inequívoca assinala e resguarda o carácter pessoal da mensagem, ou, não o fazendo, legítima a tomada de conhecimento do seu conteúdo pelo empregador e, por consequência, torna-se responsável pela violação da privacidade do destinatário e/ou do sigilo que deveria ter sido assegurado à mensagem.

No que diz respeito às mensagens provenientes de sistema de comunicação colocado à disposição exclusiva do trabalhador - nomeadamente telemóvel e computador privativo - ou de aplicação ou conta de uso privado, a solução é diversa, na medida em que, razoavelmente, emissor e receptor confiam, salvo acordo ou informação em contrário, na confidencialidade da mensagem e na sua manutenção no círculo de reserva, especialmente, mas não necessariamente, se o trabalhador dispuser de uma chave de código ou de um código de acesso. Pelo que nestas mensagens qualquer intromissão, interceptação ou controlo do empregador se traduz na violação da esfera pessoal do trabalhador e, simultaneamente, também da privacidade do destinatário ou receptor.

IV - A segunda parte do n.º 1 tem um alcance mais residual no qual se localiza a reserva sobre a informação de índole não profissional acedida, consultada, recolhida ou transferida através da internet ou, mais especificamente, através do correio electrónico. São, abrangidas, tipicamente, entre outras hipóteses, a consulta de sítios e páginas na *world wide web*, as informações transferidas de e para endereços acedidos através da internet (operações também designadas por *download* e *upload*), as informações acedidas ou recebidas por intermédio de telemóvel ou por teletexto, etc. O conceito de informação não se cinge aos dados consultados *online*, estende-se aos dados recolhidos, conservados ou reencaminhados pelo trabalhador no seu computador, em suporte digital, como cd-rom ou dvd, em dispositivos de leitura e armazenamento USB (*universal serial bus*), como *pen drives* ou leitores MP3, etc. É irrelevante o suporte de acesso ou conservação.

A informação cuja reserva e confidencialidade é tutelada tem que revestir natureza “não profissional”. Tal como sucede com a protecção dispensada às mensagens no primeiro segmento do número 1, este pressuposto segue também uma lógica residual, abarcando, por exclusão, tudo quanto não diga respeito estritamente ao desempenho da actividade profissional do trabalhador ao serviço do empregador.

V - O direito de reserva e confidencialidade aqui consagrado é um direito disponível. O consentimento do trabalhador terá, no entanto, que ser prévio à intromissão na sua esfera pessoal, expresso e livremente revogável, nunca podendo ser presumido porque a lesão não é susceptível de se dar no interesse do lesado – art. 340, n.º 3, CC.

VI - O número 2 do artigo, numa redacção pouco sucedida no que à clareza, introduz algumas limitações ao princípio de reserva e confidencialidade que o número 1 consagra.

No domínio desta disposição verifica-se uma tensão essencial entre a tutela da personalidade do trabalhador e o poder de direcção, técnica e disciplinar, do empregador. Daí a necessidade de definir, tão rigorosamente quanto possível, as limitações consentidas aos direitos de personalidade aqui em causa.

Com efeito, o reconhecimento de uma zona de inviolabilidade pessoal no tempo e local de trabalho, designadamente no que respeita ao tráfego de mensagens e informações de natureza extra-laboral, não neutraliza o poder de direcção, nomeadamente no que concerne à faculdade nele contida de estabelecer regras e directrizes para a utilização de equipamentos de trabalho, ou para os afectar a determinado uso ou função com exclusão, total ou parcial, do seu emprego para fins pessoais ou privados.

O direito de personalidade não impede que o empregador defina a política empresarial neste campo, quer através de regulamento interno, quer por instruções individualizadas, e estabeleça limites à

©Maria Regina Redinha

utilização dos instrumentos de trabalho para fins privados ou preveja a possibilidade de rastreio aleatório do tráfego de mensagens e informações.

Todavia, coloca-se, então, o problema de saber como articular o exercício deste poder do empregador com o direito de reserva e confidencialidade do trabalhador, quando as regras de utilização definidas pela entidade empregadora não sejam acatadas pelo trabalhador. Várias são as configurações possíveis deste problema:

- i) O empregador conhece ou tem possibilidade de conhecer a natureza pessoal da mensagem ou informação. Neste caso, é-lhe interdito o acesso ao seu conteúdo, porquanto, colidindo o direito de reserva afirmado no n.º 1 deste artigo com o poder de direcção do trabalho de outrem, a aplicação dos critérios do art. 335º do CC, conduz à preponderância do direito de personalidade (direito absoluto) sobre o direito de derivação contratual que é o poder directivo do empregador. Se, não obstante, o empregador franquear a esfera de inviolabilidade pessoal do trabalhador, tomando conhecimento de mensagens ou informações, viola o direito de personalidade com todas as consequências inerentes.
- ii) O empregador desconhece e não tem possibilidade de conhecer a natureza pessoal da mensagem ou informação. Nesta hipótese a sua responsabilidade por violação do direito de personalidade do trabalhador está excluída pela intercessão de uma causa de justificação da acção, uma vez que a tomada de conhecimento de mensagem ou informação de carácter pessoal ocorre no quadro do exercício de um direito (poder de direcção) sem que lhe possa ser exigível outro comportamento.

Por outro lado, em ambas as situações verificar-se-á sempre a prática de um ilícito disciplinar por parte do trabalhador, na medida em que a utilização de instrumentos, equipamentos ou aplicações para fins pessoais contrariamente às ordens ou instruções da entidade empregadora prefigura infracção do dever de obediência previsto no art. 122º, n.º 1, d).

Porém, a devassa ilícita de mensagens ou informações invalida a prova assim obtida para efeitos disciplinares, REDINHA, Maria Regina.(2001). 118 e (2003). 666; DRAY, Guilherme. (2003). 106.

VII – A lesão não consentida ou justificada do direito de reserva e confidencialidade importa a responsabilidade civil do empregador, nos termos do art. 483º, CC.

VIII – Sobre o objecto da disciplina neste artigo, cfr. REDINHA, Maria Regina; GUIMARÃES, Maria Raquel. (200); DRAY, Guilherme. (200); MOREIRA, Teresa. (200). PEREIRA, Rita. (200). *Princípios sobre a privacidade no local de trabalho*, CNPD, (2002). Na Jurisprudência, Acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2007, [Revista nº 43/07](#).