



Faculdade de Direito
Universidade Católica Portuguesa
Escola de Lisboa

**DAS NOVAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO NO
EMPREGO: O RECURSO ÀS REDES SOCIAIS E A
UTILIZAÇÃO DE ALGORITMOS**

Ana Raquel Nabais Guerrinha

N.º 142718031

Dissertação do 2.º Ciclo de Estudos conducente ao grau de Mestre em Direito Forense

Trabalho realizado sob a orientação do Senhor Professor Doutor Guilherme Machado

Dray

Lisboa, junho de 2020



Faculdade de Direito

Universidade Católica Portuguesa

Escola de Lisboa

**DAS NOVAS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO NO
EMPREGO: O RECURSO ÀS REDES SOCIAIS E A
UTILIZAÇÃO DE ALGORITMOS**

Ana Raquel Nabais Guerrinha

N.º 142718031

Dissertação do 2.º Ciclo de Estudos conducente ao grau de Mestre em Direito Forense

Trabalho realizado sob a orientação do Senhor Professor Doutor Guilherme Machado

Dray

Lisboa, junho de 2020

Agradecimentos

A realização da presente dissertação de mestrado não teria sido possível sem o contributo de todas as pessoas que, de uma forma ou de outra, fizeram parte deste percurso tão importante da minha vida académica, pelo que, merecem o meu mais sincero agradecimento.

Ao Professor Doutor Guilherme Machado Dray, orientador da dissertação, agradeço todo o seu apoio ao longo deste caminho, o qual foi imprescindível para a elaboração da presente dissertação, bem como por toda a disponibilidade demonstrada desde o primeiro dia, tanto no esclarecimento das dúvidas que foram surgindo, como também nas oportunas e relevantes sugestões que foi efetuando e que tanto estimularam o meu interesse pelo tema.

Aos meus pais e ao meu irmão, o meu profundo agradecimento por estarem presentes em todas as fases mais importantes da minha vida e por acreditarem sempre em mim.

Aos meus amigos, por todas as palavras de força e de apoio e pela amizade e carinho que sempre me transmitem.

E por fim, um especial agradecimento ao Duarte, pela partilha e companheirismo ao longo de todo este percurso, por todas as palavras de força e de conforto quando mais precisei, e por estar sempre ao meu lado.

A todos eles dedico a presente dissertação.

Índice

Introdução.....	5
CAPÍTULO I	
O processo de formação contratual	7
1. Princípios contratuais no âmbito do Direito do Trabalho.....	7
1.1. Formação do contrato: A influência civilista	7
1.2. Princípios contratuais	9
1.2.1. Liberdade contratual.....	9
1.2.2. Igualdade no acesso ao emprego	10
1.2.3. Boa fé.....	11
CAPÍTULO II	
Dos direitos de personalidade do trabalhador na fase pré contratual: em especial, o direito à privacidade do trabalhador	15
1. Direitos de personalidade no âmbito do Direito do Trabalho.....	15
1.1. Conceção - A influência civilista e as especificidades laborais	15
1.2. Pressupostos de aplicação na fase pré contratual	17
1.2.1. O candidato a emprego como trabalhador em <i>lato sensu</i>	17
1.2.2. A ideia de pré-eficácia da situação laboral.....	19
2. Do direito à privacidade do trabalhador	20
2.1. Conceção	20
2.2. Aplicação normativa	22
CAPÍTULO III	
Da criação de novos modos de discriminação no acesso ao emprego através da tecnologia - o recurso às redes sociais e a utilização de algoritmos nos processos de seleção de trabalhadores	27
1. O recurso às redes sociais para a seleção de trabalhadores	27
1.1. Escolha de candidatos com base em dados apostos nas redes sociais - O seu impacto no âmbito do Direito do Trabalho em geral	27
1.2. Confronto com o princípio da igualdade e não discriminação entre trabalhadores	32
1.3. Os direitos e interesses do empregador face ao direito à privacidade do candidato	35

2. A utilização de algoritmos	37
2.1. Escolha de candidatos	38
2.1.1. <i>Employment background check</i>	38
2.1.2. O uso de algoritmos e da inteligência artificial	43
2.2. Confronto com o princípio da igualdade e não discriminação.....	47
2.3. Consequências decorrentes da discriminação no acesso ao emprego	50
Conclusão	52
Bibliografia.....	56

Introdução

A escolha do tema da presente dissertação teve por fundamento as questões que a fase pré contratual, no Direito do Trabalho, suscita. De facto, a fase pré contratual é uma das fases mais relevantes de qualquer contrato, não só em sede laboral, como em diversos ramos do Direito.

No âmbito do Direito do Trabalho, dever-se-á considerar que é na fase pré contratual que o «*trabalhador-candidato*» se encontra numa posição mais vulnerável. Desse modo, uma das questões mais pertinentes nesta sede relaciona-se com a existência ou inexistência da necessidade de tutela dos direitos do candidato a emprego, o qual tem em vista encontrar um emprego enquanto meio de subsistência, encontrando-se assim numa posição de maior fragilidade no decurso desta fase¹. Em consequência, verifica-se que para efeitos de proteção, o candidato deverá ser considerado nalguns aspetos como um trabalhador em *latu sensu*, sendo os seus direitos merecedores de tutela, atento o facto de ser no decurso desta fase que poderão ocorrer com maior frequência violações dos seus direitos fundamentais².

As questões que a fase pré contratual coloca adquiriram maior ênfase com a revolução tecnológica que se verifica na atualidade.

Neste sentido, centrando-se o presente estudo na fase pré contratual laboral, o mesmo irá incidir especialmente em dois dos novos meios utilizados pelos empregadores no decurso dos processos de recrutamento: o recurso às redes sociais e o recurso aos algoritmos.

Assentando o contrato de trabalho numa relação de confiança, naturalmente que qualquer empregador tem o interesse legítimo em encontrar o trabalhador que melhor se adequa à natureza da atividade em causa. Muitas das vezes não é bastante o previsto no *curriculum vitae*, numa carta de motivação, ou até aquilo que se depreende de uma entrevista pessoal para aferir se as características de um candidato são adequadas a um posto de trabalho³. Desta forma, os empregadores recorrem, cada vez mais, quer às redes

¹ Moreira, Teresa Coelho- *To be or not to be digital: O controlo das redes sociais online dos candidatos no processo de recrutamento*, in *Para Jorge Leite- Escritos Jurídico-Laborais*, p. 632

² Moreira, Teresa Coelho- A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais *online*: algumas questões, in *Questões Laborais*, p. 68

³ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno- Redes sociais e o direito à privacidade dos trabalhadores na fase pré-contratual: Algumas questões e considerações comparativas, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, p. 223, 224 e 225

sociais dos candidatos, procurando tomar a sua decisão de contratar com base nos dados apostos por estes naquelas, quer à inteligência artificial, utilizando algoritmos que lhes permitem recolher informações relativas a diversos aspetos da vida privada dos candidatos, executando desse modo uma prática já há muito utilizada: o «*employment background check*».

Com efeito, são diversas as questões complexas que o recurso a estes meios pelos empregadores suscita, as quais estão relacionadas com algumas das principais temáticas da fase pré contratual laboral, tais como, os princípios contratuais; os deveres pré contratuais de informação e lealdade e a corresponsiva *culpa in contrahendo*; e a tutela dos direitos de personalidade do trabalhador, em especial do candidato a emprego, face à ideia de pré eficácia da situação laboral. Assume particular ênfase o direito à privacidade destes últimos, considerando a forte intrusão que o recurso a tais meios representa nas suas esferas íntima e privada.

O presente estudo visa assim abordar e responder a algumas das questões que o recurso a tais meios suscita, tendo por fundamento as temáticas referidas da fase pré contratual laboral e considerando dois dos princípios basilares da nossa ordem jurídica: o princípio da igualdade e não discriminação e o princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO I

O processo de formação contratual

1. Princípios contratuais no âmbito do Direito do Trabalho

1.1. Formação do contrato: A influência civilista

É sabido que *«para o Direito do Trabalho releva, sobretudo, o fenómeno do trabalho assalariado, subordinado, prestado por conta alheia. E o mecanismo jurídico através do qual se realiza o acesso a esse trabalho subordinado é o do contrato individual de trabalho.»*⁴.

O contrato de trabalho consubstancia-se num negócio jurídico obrigacional e, desse modo, estruturalmente, é um contrato de Direito Civil, em especial, de Direito das Obrigações, correspondendo assim a um dos contratos em especial, previstos nos artigos 874.º e seguintes do Código Civil (CC)⁵.

A noção de contrato de trabalho encontra-se prevista no artigo 1152.º do CC e no artigo 11.º do Código do Trabalho (CT).

Assim, resulta do artigo 1152.º do CC, que o contrato de trabalho é aquele contrato pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direção desta.

Já nos termos do disposto no artigo 11.º do CT, o contrato de trabalho é aquele contrato pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

Desde logo, importa referir que não é pelo facto de numa perspetiva obrigacional ser relevante fazer menção ao contrato de trabalho que o Direito do Trabalho perde a sua autonomia^{6/7}.

Ora, do disposto no artigo 11.º do CT, resulta que são quatro os elementos que representam o contrato de trabalho.

⁴ Amado, João Leal- Contrato de Trabalho- Noções básicas, p. 47

⁵ Martinez, Pedro Romano- Direito do Trabalho, p. 299

⁶ *Idem*

⁷ O presente tema encontra-se desenvolvido em: Ramalho, Maria do Rosário Palma- Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho, p. 215 e seg. e 499 e seg.

Em primeiro lugar, e tal como referido, este contrato é estruturalmente um contrato de direito civil e, desse modo, sendo um negócio jurídico bilateral de natureza obrigacional, são aplicadas ao mesmo as regras gerais do negócio jurídico⁸.

O segundo elemento corresponde ao seu objeto e respeita à prestação de trabalho, a qual se traduz numa prestação de facto positivo, que poderá ser qualquer atividade humana, desde que lícita e apta a concretizar o interesse do credor⁹, existindo ainda uma obrigação de meios que impõe que se prossiga uma atividade, independentemente da obtenção de um fim¹⁰.

O terceiro elemento refere-se ao carácter oneroso deste contrato, pois a atividade laboral é prestada mediante o pagamento de retribuição¹¹.

Já o quarto elemento respeita o facto de a atividade laboral ser exercida de modo subordinado, comprometendo-se o trabalhador a prestar a sua atividade sob a autoridade e no âmbito da organização do empregador¹².

Enunciados que estão os elementos que caracterizam o contrato de trabalho, importa referir quais os pressupostos do contrato de trabalho, nos termos do disposto nos artigos 217.º e seguintes do CC¹³.

O primeiro destes pressupostos respeita à capacidade de exercício, que se encontra previsto no artigo 13.º do CT, e do qual resulta que, a capacidade para celebrar o contrato de trabalho é regulada nos termos gerais do direito e pelo disposto no CT¹⁴.

O segundo pressuposto refere-se à legitimidade, verificando-se que o trabalhador tem legitimidade caso tenha possibilidade de disponibilizar a sua força de trabalho¹⁵.

O terceiro pressuposto relaciona-se com o facto de o objeto do contrato de trabalho ter de ser determinável, possível e lícito, nos termos do disposto nos artigos 280.º e 281.º do CC.

⁸ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 299

⁹ Amado, João Leal- *ob. cit.*, p. 49

¹⁰ Falcão, David e Tomás, Sérgio Tenreiro- Lições de Direito do Trabalho- A relação individual de trabalho, p. 31

¹¹ *Idem*, p. 32

¹² Amado, João Leal- *ob. cit.*, p. 51

¹³ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 440

¹⁴ Amado, João Leal- *ob. cit.*, p. 132

¹⁵ Ramalho, Maria do Rosário Palma- Tratado de Direito do Trabalho, Parte II- Situações laborais individuais, p. 113

No que respeita ao processo de formação do contrato de trabalho, cumpre referir que, sendo o mesmo um negócio jurídico bilateral, a sua formação encontra-se dependente de duas declarações de vontade contrapostas, nos termos do disposto nos artigos 217.º e seguintes do CC. Em sede laboral, por regra, o empregador é o proponente e o trabalhador o destinatário¹⁶. A proposta negocial do contrato de trabalho deverá ser assim «*completa, inequívoca e ter a forma exigida para o contrato*»¹⁷. Já a aceitação poderá ser expressa ou tácita, tendo de corresponder a uma declaração de concordância com a respetiva proposta¹⁸.

Importa também recordar que o contrato de trabalho pode ser celebrado mediante a adesão do trabalhador a cláusulas contratuais gerais pré-elaboradas pelo empregador, tal como consta do artigo 105.º do CT, ou ainda pela adesão do trabalhador ao regulamento interno da empresa, nos termos do disposto no artigo 104.º deste diploma¹⁹.

Quanto à forma do contrato de trabalho, vigora o princípio da liberdade de forma. Deste modo, a regra geral é a da consensualidade, prevista no artigo 219.º do CC, existindo, porém, exceções, tal como resulta do disposto no artigo 110.º do CT²⁰.

1.2. Princípios contratuais

A celebração do contrato de trabalho obedece, naturalmente, a princípios basilares. Nesse sentido, dever-se-á considerar que os mais relevantes são: o princípio da liberdade contratual, o princípio da igualdade no acesso ao emprego e o princípio da boa fé²¹.

1.2.1. Liberdade contratual

Quanto ao princípio da liberdade contratual, é sabido que, ao contrato de trabalho se aplica o princípio da autonomia privada, nos termos do disposto no artigo 405.º do CC, com as consequentes liberdades de celebração e de estipulação. À luz deste princípio, as partes poderão escolher livremente se pretendem celebrar o contrato de trabalho e com quem pretendem fazê-lo, bem como, decidir quais as cláusulas que no mesmo pretendem incluir²².

¹⁶ Falcão, David e Tomás, Sérgio Tenreiro- *ob. cit.*, p. 42 e 43

¹⁷ Leitão, Luís Menezes- Direito do Trabalho, p. 233

¹⁸ *Idem*, p. 234

¹⁹ Martínez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 461

²⁰ Amado, João Leal - *ob. cit.*, p. 149 e 150

²¹ Falcão, David e Tomás, Sérgio Tenreiro - *ob. cit.*, p. 41 e 42

²² Leitão, Luís Menezes - *ob. cit.*, p. 223

Contudo, este princípio sofre algumas restrições advindas de certos deveres, tal como o dever de tratamento igualitário dos candidatos a emprego²³, que *infra* se desenvolverá.

Importa ainda ter presente que o artigo 47.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), estabelece apenas quantos aos trabalhadores o princípio da autonomia privada, em especial, quanto à liberdade de escolha da profissão ou do género de trabalho²⁴. Em relação ao empregador, aplica-se o previsto no artigo 405.º do CC e o princípio constitucional da liberdade de criação e de gestão empresarial²⁵.

1.2.2. Igualdade no acesso ao emprego

No que respeita ao princípio da igualdade no acesso ao emprego, verifica-se que o previsto nos artigos 13.º, n.º 2, e 59.º, da CRP, são expressão do pressuposto constitucional que determina que nas relações laborais não devem existir diferenciações com implicações no contrato de trabalho, para que não ocorram situações de desigualdade²⁶. Assim, os critérios de seleção do empregador nos processos de recrutamento não poderão ter por fundamento fatores discriminatórios, nomeadamente, os que se encontram previstos no artigo 24.º, n.º 1, do CT²⁷, sendo tal preceito concretizado pelo disposto no artigo 24.º, n.º 2, alínea a), do mesmo diploma, que determina que o direito de igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso ao emprego respeita aos critérios de seleção e às condições de contratação, em qualquer sector de atividade e a todos os níveis hierárquicos.

Não obstante o facto de o artigo 25.º, n.º 1, do CT, dispor que o empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão dos fatores referidos no artigo 24.º, n.º 1, certo é que o n.º 2 do artigo 25.º, estabelece que não constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional. Nesse sentido, não constituirá discriminação, p.e., o caso em que a decisão do empregador em contratar ou não certo candidato, tenha por fundamento o sexo ou a cor da pele, caso o mesmo pretenda contratar um modelo ou um ator²⁸, e tais

²³ *Idem*

²⁴ Martinez, Pedro Romano - *ob. cit.*, p. 439

²⁵ Dray, Guilherme Machado- O princípio da igualdade no direito do trabalho: Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho, p. 233

²⁶ Martinez, Pedro Romano - *ob. cit.*, p. 440

²⁷ Amado, João Leal - *ob. cit.*, p. 143

²⁸ *Idem*

características sejam relevantes. Serão também permitidas diferenças de tratamento baseadas na idade, caso as mesmas sejam necessárias e apropriadas para a realização de um objetivo legítimo, designadamente de política de emprego, mercado de trabalho ou formação profissional, tal como resulta do disposto no artigo 25.º, n.º 3, do CT.

1.2.3. Boa fé

Relativamente ao princípio da boa fé, verifica-se que o mesmo se encontra previsto nos artigos 102.º e 126.º, n.º 1, do CT, e nos artigos 227.º, n.º 1 e 762.º, n.º 2, do CC.

O princípio da boa fé é um dos princípios fundamentais de direito privado, estabelecendo um padrão ético de conduta que as partes deverão prosseguir nas relações obrigacionais²⁹.

Resulta do disposto no artigo 126.º, n.º 1, do CT, que o empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das suas obrigações.

Quanto ao processo de formação dos contratos, importa referir que, nos termos do disposto nos artigos 227.º, n.º 1, do CC e 102.º do CT, quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato de trabalho deve, tanto nos preliminares, como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos culposamente causados. Assim, independentemente da posterior celebração do contrato de trabalho, as partes devem observar certos deveres de conduta, agindo em concordância com o princípio geral da boa fé, sob pena de *culpa in contrahendo*³⁰.

No âmbito da formação do contrato, a *culpa in contrahendo* impõe que se observem os deveres de informação e lealdade entre as partes³¹.

Relativamente ao dever de informação, resulta do disposto nos artigos 106.º e seguintes do CT, que o empregador deverá informar o trabalhador acerca dos aspetos relevantes do contrato de trabalho, tal como o trabalhador deverá informar o empregador sobre os aspetos essenciais para a prestação da atividade laboral³².

Assim, quanto aos deveres de informação a cargo do empregador, verifica-se que os mesmos se encontram presentes no artigo 106.º, n.º 1, do CT. Segundo a referida norma,

²⁹ Falcão, David e Tomás, Sérgio Tenreiro- *ob. cit.*, p. 42

³⁰ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 548

³¹ Martínez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 471 e 472

³² Falcão, David e Tomás, Sérgio Tenreiro- *ob. cit.*, p. 46

o empregador deverá prestar ao trabalhador todas as informações importantes para a prossecução da relação laboral, quer aquelas que se refiram ao conteúdo do contrato, quer aquelas que se relacionem com o seu cumprimento³³.

Já o dever de informação que recai sobre o trabalhador é relativo às suas habilitações, experiência e eventuais circunstâncias que o impeçam de executar a atividade³⁴, pois a conclusão do contrato deve ser realizada com absoluta perceção dos benefícios e dos riscos que poderão advir do mesmo para ambas as partes³⁵.

Importa ainda ter presente que o dever de informação do trabalhador se encontra limitado pela tutela da personalidade, presente nos artigos 70.º e seguintes do CC e 14.º e seguintes do CT³⁶. Desse modo, a lei proíbe, exceto nos casos em que seja estritamente necessário para a prossecução do contrato de trabalho e para a avaliação das suas competências, que sejam exigidas ao candidato informações relativas à sua vida privada, nos termos previstos no artigo 17.º do CT³⁷, adiante explicitado.

É, sem dúvida, manifesta a diferença de regime entre o dever de informação que recai sobre o empregador, face aquele que impende sobre o trabalhador. Tal sucede devido a certos fatores, tais como, o facto de se encontrar estabelecido um conteúdo mínimo de informações que o empregador deverá conceder ao trabalhador no referido artigo 106.º, n.º 3³⁸, e o facto de o dever de informação do trabalhador estar limitado pelo regime dos direitos de personalidade³⁹.

Assim, considera-se que tal diferença de regime visa fazer face à relação assimétrica existente entre as partes, concedendo ao trabalhador o conhecimento que necessita para *«reagir contra certos atropelos dos seus direitos de que, de outro modo, poderia nem sequer se aperceber.»*⁴⁰.

Quanto ao dever de lealdade, vislumbra-se que o mesmo se prende com o facto de ser exigido às partes que evitem comportamentos que se distanciem de uma negociação correta e honesta⁴¹, não sendo permitido que frustrem a procura de um consenso final, e

³³ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 475

³⁴ Dray, Guilherme Machado- *ob. cit.*, p. 207

³⁵ Leitão, Luís Menezes- *ob. cit.*, p. 240

³⁶ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 473

³⁷ Leitão, Luís Menezes- *ob. cit.*, p. 241

³⁸ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 550 e 551

³⁹ *Idem*, p. 552

⁴⁰ Gomes, Júlio Manuel Vieira- Direito do Trabalho, Vol. I- Relações Individuais de Trabalho, p. 480

⁴¹ Santos, Lígia Maria Costa- A fase pré-contratual da relação de trabalho e do *direito à mentira*, p. 26

sendo ainda imposto o dever de confidencialidade no que respeita a aspetos pessoais revelados pelas partes no decurso das negociações⁴².

Tal como *supra* exposto, a violação das regras de boa fé no processo de formação contratual pode redundar em *culpa in contrahendo* e gerar responsabilidade pré contratual⁴³.

O instituto da *culpa in contrahendo* foi sendo desenvolvido para tutelar a parte mais vulnerável, concedendo-se a esta o direito a uma informação e lealdade acrescidas, impendendo na contraparte o dever de impedir que tal debilidade se repercute em maiores desequilíbrios⁴⁴.

De facto, a fase pré contratual assume uma especial fragilidade advinda da assimetria de poder entre as partes⁴⁵, pelo que a liberdade das mesmas deve ser limitada por imposições da legislação laboral⁴⁶. Neste sentido, ambas as partes devem atuar em concordância com os valores da ordem jurídica, não frustrando, sem fundamento, as expectativas da contraparte e adotando um comportamento correto e leal, com respeito pelos princípios da informação e lealdade, sob pena de *culpa in contrahendo*. É o que resulta, de forma articulada, dos artigos 227.º, n.º 1, do CC, e 102.º do CT⁴⁷.

A doutrina distingue assim três casos que poderão dar origem à responsabilidade pré contratual: a interrupção ou rutura das negociações; a criação da convicção da celebração de um contrato e a posterior frustração dessa confiança por invalidade do mesmo; e os casos em que durante as negociações ocorrem violações de deveres pré-contratuais, que apesar de não produzirem invalidade, causam danos indemnizáveis⁴⁸.

Face ao exposto, e tal como propugna Menezes Cordeiro, verifica-se que «a *culpa in contrahendo* funciona, assim, quando a violação dos deveres de protecção, de informação e de lealdade conduza à frustração da confiança criada na contraparte pela actividade anterior do violador ou quando essa mesma violação retire às negociações o seu sentido substancial profundo de busca de um consenso na formação de um contrato

⁴² Dray, Guilherme Machado- O princípio da protecção do trabalhador, p. 553 e 554

⁴³ Dray, Guilherme Machado- *ob. cit.*, p. 205

⁴⁴ *Idem*, p. 205 e 206

⁴⁵ Amado, João Leal- *ob. cit.*, p. 145

⁴⁶ Santos, Lígia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 23

⁴⁷ Ramalho, Maria do Rosário Palma- *ob. cit.*, p. 137

⁴⁸ Santos, Lígia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 25 e 32-34

válido, apto a prosseguir o escopo que, em termos de normalidade, as partes lhe atribuíam.»⁴⁹.

⁴⁹ Cordeiro, António Menezes- Da boa fé no Direito Civil, 2009, p. 584, citado em Santos, Lígia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 26

CAPÍTULO II

Dos direitos de personalidade do trabalhador na fase pré contratual: em especial, o direito à privacidade do trabalhador

1. Direitos de personalidade no âmbito do Direito do Trabalho

1.1. Conceção - A influência civilista e as especificidades laborais

A definição de personalidade jurídica prevista no artigo 70.º do CC, refere-se à aptidão conferida «a cada ser humano para se constituir como um núcleo de direitos e de deveres.»⁵⁰.

Os direitos de personalidade são direitos subjetivos que projetam diretamente a dignidade humana⁵¹, sendo direitos inerentes à própria pessoa, pelo que o regime dos direitos de personalidade é determinante para efeitos de proteção da dignidade humana⁵².

Segundo Carlos Mota Pinto, os direitos de personalidade correspondem a «um certo número de poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas, por força do seu nascimento»⁵³.

Já Guilherme Machado Dray defende que os direitos de personalidade traduzem direitos subjetivos que incidem sobre bens pessoalíssimos que projetam a própria personalidade humana, tratando-se de direitos pessoais, como p.e., o direito à vida e ao nome; de direitos pessoalíssimos que são intransmissíveis; de direitos absolutos que devem ser respeitados por todos; e ainda de direitos que revelam uma dignidade ética⁵⁴.

Encontra-se consagrada no CC, no seu artigo 70.º, a cláusula geral de tutela dos direitos de personalidade, estabelecendo os artigos 72.º e seguintes, um elenco que concretiza alguns direitos de personalidade⁵⁵.

Cumprindo ainda referir que os direitos de personalidade se distinguem de situações afins, designadamente dos direitos fundamentais, os quais correspondem aos direitos das

⁵⁰ Quintas, Paula- Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspetiva exclusiva do trabalhador subordinado- Direitos (des)figurados, p. 55

⁵¹ Falcão, David e Tomás, Sérgio Tenreiro- *ob. cit.*, p. 85

⁵² Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 167

⁵³ Pinto, Carlos Alberto Da Mota- Teoria Geral do Direito Civil, 3.ª edição, 1993, p. 206, citado em Quintas, Paula- *ob. cit.*, p. 84

⁵⁴ Dray, Guilherme Machado- O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80.º do Código Civil de 1966, in *Revista de Direito Civil*, p. 674

⁵⁵ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 373 e 374

peças que se encontram consagradas na CRP⁵⁶. Porém, os mesmos têm a maior relevância, encontrando-se disposto no artigo 1.º da CRP, um apelo à proteção da dignidade da pessoa humana, sendo o seu artigo 13.º relativo à igualdade e não discriminação, e estando ainda presente na lei fundamental um elenco de direitos de personalidade a respeito dos direitos, liberdades e garantias⁵⁷.

Contudo, a tutela das pessoas e dos seus bens é fulcral também em outros ramos do direito, tal como sucede no âmbito do Direito Laboral, constando os direitos de personalidade dos artigos 14.º a 22.º do CT⁵⁸.

A relevância dos direitos de personalidade nesta sede é evidente, pois a relação estabelecida entre a pessoa humana e o trabalho é indissociável⁵⁹ e, desse modo, sendo o objeto do contrato de trabalho a disponibilidade do trabalhador para prestar o trabalho, é inevitável a existência de uma panóplia de limitações à liberdade pessoal do trabalhador⁶⁰.

Assim, na esteira de Maria do Rosário Palma Ramalho, vislumbra-se que esta vulnerabilidade acrescida da relação laboral à violação de direitos de personalidade advém da natureza do contrato de trabalho, considerando dois dos seus elementos constitutivos: «*o elemento de poder e o elemento de pessoalidade*»⁶¹. Ora, resulta clara a disparidade entre as posições de ambas as partes na relação laboral, a qual provem do poder de direção do empregador face à situação de sujeição do trabalhador⁶², o que é naturalmente conducente à existência de ameaças aos direitos de personalidade do trabalhador⁶³. Também o facto de o contrato de trabalho exigir um especial envolvimento da personalidade do trabalhador proporciona o aumento das hipóteses de violação dos seus direitos de personalidade^{64/65}.

O CT, tendo por base a tutela constitucional e civil dos direitos de personalidade, garante assim a tutela destes direitos, tanto do candidato a emprego, como do trabalhador,

⁵⁶ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 169

⁵⁷ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 373

⁵⁸ Cordeiro, António De Menezes- Direito do Trabalho, Vol. I, p. 466

⁵⁹ Quintas, Paula- *ob. cit.*, p. 55

⁶⁰ Abrantes, José João- *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Congresso Nacional de Direito do Trabalho, II, 1999, p. 105, citado em Quintas, Paula- *ob. cit.*, p. 57

⁶¹ Ramalho, Maria do Rosário Palma- Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais em matéria laboral, in *Estudos De Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, p. 626

⁶² Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 164

⁶³ Amado, João Leal- *ob. cit.*, p. 51

⁶⁴ Ramalho, Maria do Rosário Palma- Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais em matéria laboral, in *Estudos De Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, p. 626 e 627

⁶⁵ Ramalho, Maria do Rosário Palma- Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhães Collaço*, p. 396

abrangendo a fase pré contratual, a fase de execução do contrato e o regime da cessação do mesmo⁶⁶.

Com efeito, verifica-se que as situações jurídicas que tutelam de modo simultâneo a personalidade do trabalhador e do empregador encontram-se dispostas nos artigos 14.º, 15.º e 16.º⁶⁷, enquanto que as situações respeitantes à tutela específica do trabalhador estão presentes nos artigos 17.º, 18.º, 19.º, 20.º, 21.º e 22.º, todos do CT⁶⁸.

Importa ainda referir que, quanto ao direito fundamental pessoal à igualdade e não discriminação, previsto no artigo 26.º da CRP, o CT faz menção ao mesmo numa secção específica, encontrando-se presente nos artigos 23.º e seguintes⁶⁹.

Assim, sendo a matéria dos direitos de personalidade determinante, não poderia o Direito do Trabalho «*permanecer à margem desta lógica de proteção da pessoa e dos bens que diretamente lhe dizem respeito, quando é certo que o seu princípio orientador é o “princípio da proteção do trabalhador”*»⁷⁰.

1.2. Pressupostos de aplicação na fase pré contratual

Considera-se que é na fase pré contratual que o «*trabalhador-candidato*» se encontra numa posição mais frágil, sendo nesse momento que o desequilíbrio existente entre as partes mais se revela, pois, encontrando-se, em princípio, o candidato numa situação de debilidade económica, procurando emprego, naturalmente que poderá vir a renunciar os seus direitos de personalidade por receio de ser excluído do processo de recrutamento⁷¹.

Assim, é impreterível a proteção do candidato a emprego nesta fase.

1.2.1. O candidato a emprego como trabalhador em *lato sensu*

O candidato a emprego é aquele que, tendo como fim aceder a um emprego, contacta um potencial empregador, uma agência de colocação ou até um terceiro que atue em nome do empregador com a finalidade de proceder ao recrutamento de pessoal⁷².

O candidato encontra-se especialmente exposto por diversos motivos. A nível social e económico, a sua fragilidade advém do facto de estar à procura de emprego, isto é, de um

⁶⁶ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 367 e 368

⁶⁷ Falcão, David e Tomás, Sérgio Tenreiro- *ob. cit.*, p. 86

⁶⁸ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 375

⁶⁹ Ramalho, Maria do Rosário Palma- Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais em matéria laboral, in *Estudos De Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, p. 635

⁷⁰ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 362

⁷¹ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 632

⁷² Redinha, Maria Regina- Direitos de personalidade, in www.cije.up.pt/download-file/198, p. 4

meio de subsistência, dependendo a obtenção do mesmo da vontade do potencial empregador, e a nível jurídico, a sua debilidade decorre do facto de ainda não haver um contrato de trabalho, o que afastaria, à partida, a aplicação das normas e princípios que visam proteger o trabalhador⁷³.

De facto, na fase pré contratual, o empregador não terá especiais desvantagens em não contratar o candidato, pois, em princípio, poderá sem grandes dificuldades substituir um certo candidato por outro, o que revela a disparidade de poder entre as partes nesta fase⁷⁴.

Assim, é clara a necessidade de proteger o candidato a emprego, tanto no decorrer do processo de seleção, como também durante eventuais negociações existentes entre as partes⁷⁵. Tal como propugna Guilherme Machado Dray «*A total e absoluta desproteção do candidato a emprego, todavia, seria juridicamente incongruente e contrária aos valores do sistema*», pois, encontrando-se o candidato (ainda) mais desprotegido face ao trabalhador, não teria qualquer razão de ser a ordem jurídica conferir maior importância à proteção do trabalhador, sem prevenir a prática de atuações que ameçassem a dignidade do candidato⁷⁶.

Considerando ainda que os direitos humanos jamais deverão depender da natureza da relação jurídica, sendo suficiente a existência de uma verdadeira assimetria de poder, é evidente que a proteção concedida aos candidatos deve ser idêntica à proteção que é conferida aos trabalhadores⁷⁷.

Com efeito, entende-se que não procede o argumento de que o candidato poderá negar realizar certos testes ou não responder a perguntas colocadas pelo empregador, pois, estando numa posição de fragilidade, naturalmente que irá aceder com facilidade às solicitações do empregador⁷⁸.

Desse modo, o Direito do Trabalho não pode ignorar a fase pré contratual, atenta a necessidade de proteger o candidato no decurso do processo de recrutamento, e o «*princípio da proteção do trabalhador*», devendo ser reconhecidos ao candidato os direitos de personalidade dos trabalhadores. Assim, apesar de a proteção do mesmo não estar regulamentada da mesma forma que se encontra quanto ao trabalhador subordinado,

⁷³ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 545

⁷⁴ Gomes, Júlio Manuel Vieira- *ob. cit.*, p. 337 e 338

⁷⁵ *Idem*, p. 338

⁷⁶ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 545 e 546

⁷⁷ Gomes, Júlio Manuel Vieira- *ob. cit.*, p. 338

⁷⁸ *Idem*

o candidato é igualmente protegido pelo Direito do Trabalho por força da aplicação do referido «*princípio da proteção do trabalhador*» durante a fase pré contratual⁷⁹.

1.2.2. A ideia de pré-eficácia da situação laboral

Segundo Júlio Manuel Vieira Gomes, a fase de formação do contrato de trabalho (e, particularmente, as negociações que precedem à sua celebração) «*escapou durante muito tempo a uma vigilância mais atenta por parte das normas laborais*», até porque os litígios relativos à responsabilidade pré contratual no contrato de trabalho eram, e são, muito raros⁸⁰.

Tal como referido, tanto na fase de eventual negociação prévia, como na celebração do contrato de trabalho, as partes devem atuar dentro dos ditames da boa fé⁸¹, segundo o disposto no artigo 102.º do CT.

Nesse sentido, dever-se-á considerar que existe um fenómeno de «pré eficácia» da situação laboral, isto é, antes desta situação se constituir, o potencial empregador já se encontra sujeito a deveres de conduta⁸².

Segundo o disposto no artigo 102.º, é preponderante a tutela da confiança e da boa fé na formação do contrato de trabalho, o que se traduz numa manifestação clara da atuação do «*princípio da proteção do trabalhador*» na fase pré contratual e da consequente extensão do mesmo ao candidato. Assim, verifica-se que a *culpa in contrahendo*, disposta no artigo 102.º, é mais ampla que a prevista no artigo 227.º do CC, pois, atende à disparidade existente entre as posições das partes, tutelando o candidato como sendo a parte que se encontra mais vulnerável e exigindo ao empregador especial respeito pelos deveres que decorrem da referida norma, tendo o candidato direito a uma proteção, esclarecimento e lealdade acrescidos no decurso desta fase⁸³.

Porém, são outras as manifestações da atuação do referido princípio no decorrer desta fase, tal como a aplicação do princípio da igualdade no acesso ao emprego, nos termos do previsto nos artigos 23.º e seguintes do CT, que visa evitar a existência de práticas discriminatórias que sejam contrárias à dignidade humana⁸⁴. De facto, seria irrazoável não atribuir relevância à discriminação que ocorresse no decurso da fase pré contratual,

⁷⁹ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 547 e 581

⁸⁰ Gomes, Júlio Manuel Vieira- *ob. cit.*, p. 337

⁸¹ *Idem*

⁸² Cordeiro, António de Menezes- *ob. cit.*, p. 566

⁸³ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 546 e 550

⁸⁴ *Idem*, p. 546 e 547

ou seja, no caso de se rejeitar certo candidato com base em fatores de discriminação, tais como os dispostos no artigo 24.º, n.º 1, do CT⁸⁵. Na verdade, apesar de não ser exigida ao empregador uma fundamentação «*séria, racional e objetivamente justificável na escolha de um determinado trabalhador*», não é concebível que à escolha do mesmo subjazam fatores que não correspondam à individualidade de cada pessoa e que não tenham ligação com a natureza da atividade em causa⁸⁶.

Também a aplicação do regime relativo aos direitos de personalidade na fase pré contratual constitui uma manifestação da extensão do «*princípio da proteção do trabalhador*» ao candidato a emprego⁸⁷.

Assim, segundo Guilherme Machado Dray «*A aplicação diferenciada, mas simultânea e articulada, do instituto civil da boa fé, do princípio da igualdade no acesso ao emprego e dos direitos de personalidade in contrahendo, permite à Ciência Jurídica promover a proteção da pessoa que negocia com o potencial empregador a celebração de um hipotético contrato de trabalho.*», e, desse modo, proporciona a concretização do «*princípio da proteção do trabalhador*» em duas variáveis, protegendo o trabalhador no decurso da sua relação laboral, mas também o candidato a emprego, que apesar de ainda não ter celebrado um contrato de trabalho, já desenvolveu com o empregador uma série de atos com relevância jurídica, os quais se integram no processo de formação de qualquer contrato de trabalho⁸⁸. O empregador deverá assim atuar em concordância com os deveres de conduta que lhe são exigidos, verificando-se o fenómeno de «*pré eficácia*» da situação laboral.

2. Do direito à privacidade do trabalhador

2.1. Conceção

Tal como *supra* exposto, a pessoa é titular de situações jurídicas de personalidade relativas a bens de personalidade da própria pessoa tutelada e que respeitam à sua vida, integridade física e moral, ao seu bom nome, à sua honra e à sua privacidade e imagem⁸⁹.

⁸⁵ Gomes, Júlio Manuel Vieira- *ob. cit.*, p. 338

⁸⁶ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 567

⁸⁷ *Idem*, p. 546 e 547

⁸⁸ *Idem*, p. 547

⁸⁹ Dray, Guilherme Machado- O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80.º do Código Civil de 1966, in *Revista de Direito Civil*, p. 673

Assim, quanto ao direito à privacidade, em particular, verifica-se que o mesmo é entendido como sendo um direito que tem como fim integrar várias formas de proteção⁹⁰.

Na CRP, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar encontra-se disposto no seu artigo 26.º, e visa a proteção da dignidade da pessoa humana, podendo ser analisado em dois direitos menores: o direito a impedir o acesso de desconhecidos a informações acerca da vida privada e familiar e o direito a que não sejam divulgadas as informações que alguém possua acerca da vida privada e familiar de outra pessoa⁹¹. Tal norma, apesar de não ser dirigida especificamente aos trabalhadores, é-lhes naturalmente aplicável⁹².

A «*vida privada é toda aquela que não é pública. A vida privada cessa onde começa a vida pública (...)*»⁹³. Considera-se assim que faz parte da vida privada de uma pessoa, a sua identidade, os seus dados pessoais, a sua vida conjugal, afetiva, o estado de saúde, o património genético, entre outros⁹⁴.

Porém, a tutela deste direito apenas tem fundamento plausível relativamente a aspetos da vida privada com especial significado ético, sendo essencial atender aos princípios da proporcionalidade e adequação⁹⁵.

No nosso ordenamento jurídico, o direito à reserva da intimidade da vida privada goza de proteção em sede constitucional, civil, penal e laboral⁹⁶, sendo que as especificidades que subjazem ao Direito do Trabalho justificam a consagração de um regime autónomo no âmbito dos direitos de personalidade⁹⁷.

Importa ainda ter presente que a própria situação jurídica laboral coloca em confronto os interesses das partes⁹⁸, pelo que o direito à reserva da intimidade da vida privada dos trabalhadores deve ser compatibilizado com outros direitos e interesses legítimos do

⁹⁰ Pedro, Filipa Alexandra Rodrigues- A Privacidade no Local de Trabalho – A admissibilidade dos meios de vigilância como meios de prova, p. 15

⁹¹ Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital- Constituição da República Portuguesa Anotada, pág. 467 e 468

⁹² Abrantes, José João- A Proteção da Personalidade do Trabalhador e a Regulamentação do Código do Trabalho, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Manuel Henrique Mesquita*, p. 24

⁹³ Dray, Guilherme Machado- O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80.º do Código Civil de 1966, *in Revista de Direito Civil*, p. 678 e 679

⁹⁴ Moreira, Teresa Coelho- Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador, p. 134

⁹⁵ Dray, Guilherme Machado- O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80.º do Código Civil de 1966, *in Revista de Direito Civil*, p. 679

⁹⁶ Santos, Lúcia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 58

⁹⁷ Dray, Guilherme Machado- O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80.º do Código Civil de 1966, *in Revista de Direito Civil*, pág. 690

⁹⁸ *Idem*

empregador⁹⁹, pois o regime dos direitos de personalidade não tem como fim a proteção absoluta do trabalhador, mas sim, a sua proteção perante uma situação de conflito com o direito à iniciativa privada do empregador¹⁰⁰.

2.2. Aplicação normativa

No Direito Laboral, os aspetos da vida privada que merecem tutela encontram-se relacionados com a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1.º da CRP¹⁰¹.

A doutrina portuguesa, tendo em vista a determinação dos bens jurídicos protegidos pelo direito à privacidade, recorre à teoria das três esferas concêntricas para determinar em que medida é, ou não, admitida a intervenção de terceiros na vida do indivíduo¹⁰².

Neste sentido, cumpre distinguir três níveis de manifestação da privacidade: a esfera da vida íntima, a esfera da vida privada e a esfera da vida pública¹⁰³.

No que se refere à esfera da vida íntima, verifica-se que esta compreende todos os factos que devam ser considerados inacessíveis a terceiros, abrangendo tudo o que de secreto existe, tal como aspetos da vida familiar, a práticas e convicções religiosas, a aspetos da vida sexual, entre outros¹⁰⁴.

Já na esfera da vida privada incluem-se os aspetos da vida privada que não foram incluídos na esfera da vida íntima, os quais se referem a factos da vida profissional do indivíduo, a hábitos da sua vida, entre outros, sendo um espaço aberto às pessoas próximas do mesmo, e sendo admitidas cedências perante interesses superiores¹⁰⁵.

Finalmente, quanto à esfera da vida pública, verifica-se que esta se refere a situações que são de conhecimento público, podendo ser livremente reveladas e não existindo sobre as mesmas quaisquer reservas¹⁰⁶.

Porém, a aplicação prática desta teoria suscita algumas questões, pois as fronteiras entre as referidas esferas nem sempre são claras¹⁰⁷.

⁹⁹ Abrantes, José João- Princípio da proporcionalidade e tutela da personalidade do trabalhador, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, p. 323

¹⁰⁰ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 381

¹⁰¹ Pedro, Filipa Alexandra Rodrigues- *ob. cit.*, p. 22

¹⁰² Sant'Ana, Simão De- A privacidade nos meios electrónicos- A harmonização de direitos na relação laboral, in *Ab Instantia, Revista do Instituto do Conhecimento AB*, p. 81

¹⁰³ Pedro, Filipa Alexandra Rodrigues- *ob. cit.*, p. 20

¹⁰⁴ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 105

¹⁰⁵ Pedro, Filipa Alexandra Rodrigues- *ob. cit.*, p. 20

¹⁰⁶ Quintas, Paula- *ob. cit.*, p. 217

¹⁰⁷ Sant'Ana, Simão De- *ob. cit.*, p. 81

Em sede laboral, o artigo 16.º do CT é, sem dúvida, a disposição que marca o regime do direito à reserva da intimidade da vida privada, do qual resulta que o trabalhador e o empregador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte¹⁰⁸, tendo a obrigação de guardar reserva quanto à intimidade da vida privada, e determinando que este direito abrange o acesso e a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes¹⁰⁹.

Este artigo abrange tanto o acesso, como a divulgação de aspetos referentes à esfera íntima e privada das partes e, desse modo, ainda que haja consentimento do trabalhador para que o empregador aceda a aspetos da sua vida privada, manter-se-á o dever de o mesmo não os divulgar a terceiros. Caso não haja sequer o referido consentimento, o acesso à reserva da intimidade da vida privada encontra-se vedado¹¹⁰.

Do artigo 16.º resulta ainda a concretização de certos aspetos que integram a esfera íntima e pessoal das partes, tais como, aspetos relativos à vida familiar, afetiva, sexual, convicções políticas e religiosas e o estado de saúde, sendo certo que a tutela conferida poderá incluir outros aspetos que mereçam igual proteção. Assim, questões relacionadas com a experiência profissional do trabalhador não serão tuteladas, pois, apesar de respeitarem diretamente o mesmo, não integram a sua esfera íntima, mas sim, a sua esfera privada, podendo até ser relevantes para a celebração e para a execução do contrato de trabalho¹¹¹.

Atento o objeto do presente estudo, importa fazer menção à especial relevância que o direito à privacidade tem no âmbito da fase pré contratual, pois é nesta fase que podem surgir as maiores ingerências na vida privada dos candidatos, considerando a sua especial fragilidade¹¹².

No decurso desta fase, o empregador tem interesse em obter o maior número de informações, assim avaliando se a contratação do trabalhador será, ou não, para si

¹⁰⁸ Dray, Guilherme Machado- O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80.º do Código Civil de 1966, in *Revista de Direito Civil*, p. 694

¹⁰⁹ Mori, Amaury Haruo- O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português, p. 39

¹¹⁰ Dray, Guilherme Machado- O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80.º do Código Civil de 1966, in *Revista de Direito Civil*, p. 694

¹¹¹ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 100

¹¹² Moreira, Teresa Coelho- A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais *online*: algumas questões, in *Questões Laborais*, p. 68

proveitosa¹¹³. Porém, e tal como referido, o dever de informação do trabalhador abrange apenas os aspetos pertinentes para o exercício da atividade laboral¹¹⁴.

A doutrina adota diversos critérios para definir qual a relevância de tais informações, respeitando os mesmos à conexão objetiva com a atividade em causa; à relação objetiva com o trabalho a ser prestado; à relação com o objeto do negócio ou com as condições do próprio contrato; e aos interesses legítimos do empregador¹¹⁵.

Seja qual for o critério adotado, dever-se-á considerar que os limites existentes a este dever do trabalhador impedem que o empregador investigue e questione o mesmo acerca de aspetos da sua vida privada que não se relacionem com a sua capacidade para desempenhar a função em causa¹¹⁶.

A este propósito, importa atender ao disposto no artigo 17.º do CT.

Considerando o disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º, verifica-se que a formulação de questões e a procura de dados em relação a aspetos da vida privada, saúde ou gravidez do candidato, são ilegítimos, tendo estes o direito ao silêncio face a indagações deste tipo¹¹⁷.

Porém, este direito não é absoluto, pois o trabalhador poderá revelar voluntariamente informações acerca da sua vida privada, saúde ou gravidez, nos termos do disposto no artigo 81.º, n.º 2, do CC. Assim, o artigo 17.º, n.º 3, prevê que é permitido ao trabalhador e ao candidato o controlo dos dados pessoais que hajam fornecido ao empregador, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam e exigir a sua atualização e retificação¹¹⁸. Tal espontaneidade deverá ser assim efetiva, não devendo resultar de questões colocadas pelo empregador, pois as respostas a estas jamais serão absolutamente livres, atenta a situação de vulnerabilidade em que se encontra o trabalhador e o candidato¹¹⁹.

Os outros dois casos em que este direito admite limitações, resultam do disposto no artigo 17.º, n.º 1, sendo exigido o preenchimento cumulativo de alguns requisitos de natureza substantiva, formal e procedimental. Assim, no que respeita a alínea a), do n.º 1,

¹¹³ Santos, Lúcia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 69

¹¹⁴ Apostolides, Sara Costa- Do Dever Pré-Contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na Formação do Contrato de Trabalho, p. 224 e seg.

¹¹⁵ Santos, Lúcia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 70

¹¹⁶ Moreira, Teresa Coelho- Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador, p. 152

¹¹⁷ Leitão, Luís Menezes- *ob. cit.*, p. 241

¹¹⁸ Santos, Lúcia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 71 e 72

¹¹⁹ Apostolides, Sara Costa- *ob. cit.*, p. 232 e seg.

do artigo 17.º, verifica-se que o empregador apenas poderá exigir ao trabalhador informações acerca da sua vida privada, no caso de as mesmas serem estritamente necessárias para avaliar a aptidão deste, sendo, porém, imposto ao empregador que conceda ao trabalhador, por escrito, o fundamento invocado para tal exigência; quanto à alínea b), do n.º 1 deste artigo, vislumbra-se que no caso de se tratarem de questões respeitantes à saúde ou ao estado de gravidez, é exigida a verificação de mais requisitos, pois tais aspetos concernem à esfera íntima do trabalhador e já não à sua esfera privada, sendo assim necessário, para além da fundamentação escrita, que particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem¹²⁰. Neste tipo de casos é ainda imposto um ónus de natureza procedimental, sendo exigida a intervenção de um médico que apenas comunica ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade, não sendo possível ao empregador aceder diretamente a tais informações, tal como resulta do disposto no n.º 2 deste artigo¹²¹.

Nesse sentido, sem o preenchimento cumulativo de tais requisitos, o candidato poderá recusar-se legitimamente a responder a questões relacionadas com estes aspetos, nos termos do disposto na parte final do artigo 128.º, n.º 1, alínea e), do CT¹²².

Importa ainda mencionar que, nos dias de hoje, as regras sobre a proteção de dados constam do Regulamento Geral da Proteção de Dados (Regulamento 2016/679, de 27 de abril) (RGPD), tratando-se de uma matéria que surge como disciplina autónoma¹²³.

O RGPD é obrigatório e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros da União Europeia desde o dia 25 de maio de 2018, contendo as regras respeitantes à proteção das pessoas singulares quanto ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação dos mesmos com o fim de defender os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares¹²⁴.

A Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, garante a execução na ordem jurídica nacional do RGPD.

¹²⁰ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 103 e 104

¹²¹ Santos, Lígia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 72

¹²² *Idem*

¹²³ Cordeiro, António de Menezes- *ob. cit.*, p. 568

¹²⁴ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 106

O atual contexto de desenvolvimento da tecnologia proporcionou a difusão da informação pessoal, o que dificulta as hipóteses de controlo do seu titular, pelo que o imperativo da proteção de dados pessoais tem sido garantir esse controlo¹²⁵.

Conforme *infra* exposto, verifica-se que esta realidade atingiu fortemente as relações laborais.

Importa ainda ter presente que consta do disposto no artigo 28.º da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que o empregador, ou até mesmo o subcontratante ou o contabilista certificado em nome do empregador, podem tratar os dados pessoais dos trabalhadores para as finalidades e com os limites definidos no CT e respetiva legislação complementar ou noutros regimes setoriais. Resulta também desta norma que o consentimento do trabalhador não será requisito de legitimidade do tratamento dos seus dados pessoais, no caso de resultar do tratamento uma vantagem jurídica ou económica para si e no caso de o tratamento ser necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados seja parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido deste último.

Em face do exposto, vislumbra-se que, desde a fase pré contratual que a vida privada dos trabalhadores se encontra vulnerável a ingerências por parte dos empregadores, o que se verifica cada vez mais, principalmente, devido à célere evolução tecnológica¹²⁶.

Deste modo, no próximo capítulo serão abordados os novos meios a que os empregadores recorrem para acederem a dados pessoais dos candidatos no decurso dos processos de seleção.

¹²⁵ Moniz, Graça Canto- Direitos do titular de dados pessoais: o direito à portabilidade, *in Anuário da proteção de dados*, p. 12

¹²⁶ Calvão, Filipa Urbano- Direito da proteção de dados pessoais- Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina, p. 3

CAPÍTULO III

Da criação de novos modos de discriminação no acesso ao emprego através da tecnologia - o recurso às redes sociais e a utilização de algoritmos nos processos de seleção de trabalhadores

1. O recurso às redes sociais para a seleção de trabalhadores

1.1. Escolha de candidatos com base em dados apostos nas redes sociais - O seu impacto no âmbito do Direito do Trabalho em geral

As redes sociais digitais foram uma das maiores inovações da última década em todo o mundo.

As redes sociais são aplicações da *Internet* que permitem a criação de conteúdos produzidos pelos utilizadores e que têm como fim unir um conjunto de comunidades virtuais que assentam na partilha de atividades, informações e interesses¹²⁷.

Muitas são as redes sociais existentes, encontrando-se as mesmas organizadas em correspondência com os interesses dos seus utilizadores. A título de exemplo, verifica-se que a rede social que tem como fim principal o uso pessoal é o «Facebook»; já o «Linkedin» tem como finalidade exclusiva o uso profissional; e o «Instagram», «Vine», «Reddit» e «Tumblr» são consideradas redes sociais temáticas, permitindo a partilha de fotos, vídeos e ideias acerca de diversos temas¹²⁸.

A contenda gerada em torno deste fenómeno refere-se, principalmente, a questões de privacidade e ao grau de reserva dos dados que são concedidos pelos utilizadores das redes sociais¹²⁹.

No âmbito do Direito do Trabalho, esta difusão de meios de comunicação virtuais criou formas de relacionamento humano, sendo que a legislação não estabelece quaisquer limites à forma como os empregadores e os trabalhadores se devem relacionar através destes meios¹³⁰.

¹²⁷ Redinha, Maria Regina- Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira aproximação), in *Prontuário de Direito do Trabalho*, p. 33

¹²⁸ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 222

¹²⁹ Redinha, Maria Regina- *ob. cit.*, p. 34

¹³⁰ Moro, Luís Carlos- A internet nas relações de trabalho e limites às condutas patronais e de empregados, in *Revista do Advogado*, p. 88

Muitas vezes as redes sociais são utilizadas para procurar anonimamente informações acerca de alguém, fenómeno que é designado por Herbert como «*voyeurismo electrónico*». Porém, um comportamento deste tipo, apesar de poder ser moralmente dúbio, é inócuo, caso não tenha um fim determinado na utilização da informação obtida¹³¹.

Neste sentido, se uma situação deste tipo ocorrer no contexto de uma relação laboral poderá assumir diferentes dimensões¹³².

Este fenómeno tem particular relevância na fase pré-contratual. Nesta fase é frequente os empregadores recorrerem às redes sociais para obterem uma panóplia de informações úteis para o processo de seleção de um candidato a emprego¹³³, sendo cada vez maior o número de empresas com um perfil nas redes sociais¹³⁴.

De facto, é muito difícil determinar a adequação de uma pessoa a um emprego apenas através das qualificações apresentadas no *curriculum vitae* e da imagem pessoal que uma carta de motivação permite transparecer, pois as características pessoais são imprescindíveis na execução de qualquer relação laboral, assim se compreendendo que o empregador utilize informações livremente apostas nas redes sociais dos candidatos¹³⁵.

Assim, sendo visível nas redes sociais o número de «amigos» que o candidato dispõe e o tipo de pessoas que fazem parte da mesma, naturalmente que o empregador poderá elaborar juízos de valor acerca da sua personalidade, do seu sucesso pessoal e profissional, entre outros¹³⁶, que nem sempre correspondem à realidade.

Deste modo, diversos estudos na área dos recursos humanos concluíram que as redes sociais constituem uma das principais formas de recrutamento da atualidade, sendo certo que os aspetos negativos presentes nas mesmas poderão ser bastantes para excluir os candidatos do processo de recrutamento¹³⁷.

Com efeito, são muitas as questões suscitadas neste âmbito, as quais adquiriram maior visibilidade com o projeto de lei alemão, de 25 de agosto de 2010, que regulava a proteção

¹³¹ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 220

¹³² *Idem*

¹³³ Pinto, Joana Serra Ferraz da Mota - Relevância laboral de publicações em redes sociais- Despedimento por publicação no Facebook?, p. 42 e 43

¹³⁴ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 627

¹³⁵ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 221

¹³⁶ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 635

¹³⁷ Pinto, Joana Serra Ferraz da Mota- *ob. cit.*, p. 43

de dados pessoais do trabalhador. O referido projeto de lei, quanto à limitação de obtenção de dados pessoais do trabalhador pelo empregador, incluía as redes sociais na esfera de tais restrições, excepcionando aquelas que são criadas com fins profissionais^{138/139}. Contudo, tal projeto de lei foi rejeitado em 2013 por ausência de consenso¹⁴⁰.

Considerando todas as questões que o recurso às redes sociais suscita na fase de recrutamento, é impreterível atender ao disposto nos artigos 16.º e 17.º do CT.

Importa, desde logo, distinguir os dois tipos de casos que podem suceder no âmbito da procura de informações apostas nas redes sociais dos candidatos, consoante tais dados sejam disponibilizados livremente sem qualquer limitação no acesso ou em redes sociais com acesso restrito¹⁴¹.

Quanto ao primeiro caso, questiona-se se será possível enquadrar o mesmo no âmbito material de aplicação do artigo 17.º do CT, pois, poder-se-ia considerar que há um consentimento do candidato para a recolha dos seus dados. Assim, relativamente a este primeiro caso, deverá concordar-se com a interpretação de Teresa Coelho Moreira, a qual defende que o uso das redes sociais dos candidatos como forma de obter informações suas é proibido, face ao previsto no artigo 17.º^{142/143}. Neste sentido, e no seguimento daquilo que constava do projeto de lei alemão, é necessário distinguir as redes sociais de cariz pessoal face às de cariz profissional¹⁴⁴. Na verdade, tal proibição apenas deverá ser aplicável à utilização de redes sociais de natureza pessoal, pois sendo as mesmas maioritariamente utilizadas para o convívio social e de lazer, não tendo o seu utilizador perceção das consequências que poderão advir do facto de revelar fotografias, informações e outros dados que pretendia manter na sua esfera “privada”, é evidente que relativamente aos dados aí apostos, «*o interesse de auto-determinação informativa do trabalhador deve prevalecer sobre o interesse da entidade patronal em recolher informações sobre o candidato a emprego*»¹⁴⁵. Quanto às redes sociais criadas com fins

¹³⁸ Redinha, Maria Regina- *ob. cit.*, p. 35

¹³⁹ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 239

¹⁴⁰ *Idem*, p. 240

¹⁴¹ Pinto, Joana Serra Ferraz da Mota- *ob. cit.*, p. 49

¹⁴² Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 639 e 640

¹⁴³ Quanto a esta questão, discorda-se da interpretação de Maria Regina Redinha «(...) o direito à protecção de dados não proíbe ao empregador a sua recolha em fonte de livre acesso, sobretudo se esses dados tiverem sido disponibilizados pelo titular do direito à protecção, até porque neste caso se pode configurar o consentimento do trabalhador para a sua captação e utilização pública. (...) Quer isto dizer que se houver ilícito, é porque há conduta discriminatória e não por obtenção ou tratamento irregular de dados pessoais.»- *ob. cit.*, p. 37

¹⁴⁴ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 239

¹⁴⁵ Pinto, Joana Serra Ferraz Da Mota- *ob. cit.*, p. 51

profissionais, verifica-se que as mesmas deverão constituir uma exceção a tal proibição, pois, tendo como fim permitir que o utilizador apresente a sua experiência, interesses e gostos de carácter profissional, visando a sua “auto promoção” face a eventuais interessados, os quais poderão ser futuros empregadores seus¹⁴⁶, considera-se que as informações nestas apostas não se poderão enquadrar na definição de “vida privada”, prevista no artigo 17.º.

De facto, considerando o princípio da finalidade para o tratamento de dados pessoais, não parece proceder outro entendimento, pois, apenas os dados estritamente necessários para avaliar a competência profissional do candidato para o desempenho da atividade devem ser recolhidos, ou se particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justificarem¹⁴⁷. Acresce que, exigindo as alíneas a) e b), do n.º 1, do artigo 17.º, uma justificação escrita do empregador, é, desde logo, ilícita qualquer pesquisa de dados dos candidatos que se encontrem apostos nas suas redes sociais de cariz privado¹⁴⁸.

A interpretação de Maria Regina Redinha quanto ao âmbito material do artigo 17.º reforça também este entendimento. Sendo o princípio fundamental desta norma a proibição da pesquisa de informações pelo empregador acerca da vida privada ou sobre a saúde ou estado de gravidez do trabalhador ou candidato a emprego, verifica-se que a sua tutela abrange, não só a proteção de dados em sentido estrito, como também a própria recolha de informação, não relevando o método utilizado, nem o tratamento que é dado às informações adquiridas¹⁴⁹. Assim, considera-se que a mera recolha de informação, independentemente do tratamento dado à mesma, consubstanciaria, desde logo, uma violação do disposto no artigo 17.º.

Quanto ao segundo tipo de casos, sendo o perfil dos candidatos privado, não existem quaisquer dúvidas de que a privacidade do candidato prevalece, jamais podendo o empregador recolher os seus dados pessoais de forma lícita¹⁵⁰. Está assim vedada ao empregador a utilização de meios que tenham em vista a modificação da configuração da privacidade, tais como, o pedido de acesso ao perfil pessoal do candidato, enviando um «pedido de amizade» ou solicitando uma qualquer forma de acesso à informação

¹⁴⁶ Segundo Joana Serra Ferraz da Mota Pinto «(...) aqui prevalecem os interesses da entidade patronal em recolher uma informação adequada relativamente ao candidato a emprego (...)»- *Idem*, p. 50 e 51

¹⁴⁷ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 640 e 641

¹⁴⁸ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 239

¹⁴⁹ Redinha, Maria Regina- Direitos de personalidade, in www.cije.up.pt/download-file/198, p. 4

¹⁵⁰ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 641

publicada na rede social deste; a pesquisa através de outrem, acedendo o próprio candidato à sua página pessoal, sob pedido do empregador; a exigência das credenciais de autenticação, que consiste na exigência de palavras-passe que possibilite o acesso à página e a toda a informação presente na mesma¹⁵¹; a criação de perfis falsos nas redes sociais, por forma a que os candidatos aceitem o pedido, não sabendo que o mesmo advém do empregador¹⁵².

Neste caso, não se encontra sequer em causa o possível consentimento do titular dos dados, pois tal consentimento jamais seria livre, sendo apenas concedido com base na expectativa de vir a ser contratado¹⁵³.

Assim sendo, um empregador que recolha ilicitamente dados, utilizando manobras enganosas neste tipo de perfis, incorre em responsabilidade pré contratual, nos termos do disposto no artigo 102.º do CT, podendo ser tal prática sancionável, tanto civilmente, como criminalmente, caso se consubstancie no crime de devassa por meio de informática¹⁵⁴, previsto no artigo 193.º do Código Penal.

A título de exemplo, importa atender a um caso ocorrido na Carolina do Norte, onde um candidato a um emprego na área da segurança fotografou um formulário de recrutamento em que se exigiam os dados de *login* e a senha do candidato. Após o conhecimento deste caso, percebeu-se que tal prática era já bastante comum, sendo que, de uma pesquisa realizada pela ONG YouGov resultou que 42% dos estudantes britânicos receiam perder ofertas de emprego devido ao conteúdo daquilo que publicam nas suas redes sociais e 20% dos estudantes revelam ter certeza de que tudo aquilo que publicam na Internet é alvo de investigação aquando da sua candidatura a um emprego¹⁵⁵.

Esta prática assume maior relevância nos EUA, pois várias decisões dos seus tribunais responsabilizaram os empregadores por atos praticados pelos seus trabalhadores com fundamento na negligência na escolha dos candidatos. Tal problemática deu origem a empresas especialistas na verificação do passado dos candidatos, tendo por base aquilo que os mesmos publicam na Internet¹⁵⁶, como *infra* se explicitará.

¹⁵¹ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 223 e 224

¹⁵² Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 642

¹⁵³ *Idem*

¹⁵⁴ *Idem*, 643

¹⁵⁵ Moro, Luís Carlos- *ob. cit.*, p. 90

¹⁵⁶ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 221

Na Austrália, os empregadores também rejeitaram aceitar candidatos devido ao conteúdo daquilo que publicavam nas suas redes sociais e, desse modo, muitos jovens resolveram adotar mais do que um perfil para a mesma rede social, isto é, um perfil menos formal apenas para parentes e amigos, e um outro para com quem interagem na sua relação laboral¹⁵⁷.

Neste sentido, resulta claro que a privacidade deverá funcionar como um limite aos poderes do empregador, designadamente, ao seu poder de direção, previsto no artigo 97.º do CT¹⁵⁸.

1.2. Confronto com o princípio da igualdade e não discriminação entre trabalhadores

A conduta dos empregadores ora tratada lesa grandemente certos princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

Assim, importa referir aquele que é o principal princípio fundamental violado com esta problemática: o princípio da igualdade e não discriminação entre trabalhadores.

Tal princípio tem correspondência com a proibição de práticas discriminatórias entre os trabalhadores, não sendo lícito que o empregador conceda diferentes estatutos jurídicos ou um tratamento diverso aos trabalhadores ou candidatos a emprego sem qualquer motivo justificativo, nos termos do disposto no artigo 24.º do CT. A discriminação supõe assim um tratamento diverso com fundamento em certos fatores sem justificação razoável, tal como resulta do disposto no artigo 25.º, n.º 1, do CT¹⁵⁹.

É sabido que as relações laborais constituem um dos maiores exemplos de relações privadas díspares, encontrando-se o candidato numa posição muito frágil na fase pré contratual, tal como referido, não sendo assim plausível que o empregador proceda a uma escolha arbitrária da outra parte¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Moro, Luís Carlos- *ob. cit.*, p. 90

¹⁵⁸ Moreira, Teresa Coelho- A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais *online*: algumas questões, in *Questões Laborais*, p. 75 e 76

¹⁵⁹ Martinez, Pedro Romano - *ob. cit.*, p. 383 e 384

¹⁶⁰ Moreira, Teresa Coelho- A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais *online*: algumas questões, in *Questões Laborais*, p. 67 e 68

Nesse sentido, o direito à igualdade refere-se, desde logo, a critérios de seleção e às condições de contratação¹⁶¹, devendo a celebração do contrato de trabalho obedecer ao princípio da igualdade no acesso ao emprego.

O dever de igualdade e não discriminação consiste, neste âmbito, no tratamento igualitário de todos os candidatos a um posto de trabalho, sendo o mesmo resultante do princípio constitucional da igualdade, disposto no artigo 13.º, n.º 2, da CRP, e da sua concretização laboral, prevista no artigo 59.º da CRP, que proíbe a discriminação dos trabalhadores tendo por base a idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas^{162/163}, e que se aplica também ao candidato a emprego.

Conforme o exposto, o CT também prevê normas respeitantes à proibição de práticas discriminatórias, resultando do seu artigo 23.º, n.º 1, alíneas a) e b), que a discriminação poderá ser direta ou indireta. Assim, existe discriminação direta nos casos em que o empregador trata desfavoravelmente um dos candidatos face aos demais, em razão de um fator de discriminação, e existe discriminação indireta nas situações que são aparentemente neutras, mas que criam efeitos negativos sobre certos candidatos.

O candidato não poderá ser discriminado com base em certos fatores, tais como a ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical¹⁶⁴. Deste modo, será ilegítima qualquer prática discriminatória que tenha apenas por fundamento a verificação de uma certa característica comum a um conjunto de indivíduos¹⁶⁵.

Com efeito, se da pesquisa de informações apostas nas redes sociais do candidato resultar qualquer diferença de tratamento entre os vários candidatos, tendo por base certos

¹⁶¹ Fialho, Manuela Bento- Igualdade no Trabalho: Um caminho aberto, uma estrada por pavimentar..., *in Prontuário de Direito do Trabalho*, p. 98

¹⁶² *Idem*, p. 92

¹⁶³ Silva, Luiz de Pinho Pedreira Da- Os deveres pré contratuais na formação do contrato de trabalho, *in Revista Brasileira de Direito Comparado*, p. 114

¹⁶⁴ Fialho, Manuela Bento- *ob. cit.*, p. 94

¹⁶⁵ Dray, Guilherme Machado- A influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia, p. 87

elementos categoriais, tais como os referidos, a atuação do empregador deverá ser considerada discriminatória.

Os candidatos poderão ainda ser alvo de uma discriminação indireta, pois se a pesquisa de dados presentes nas suas redes sociais tiver como fim a obtenção de informações aparentemente neutras, mas que, contudo, prejudiquem certos candidatos, valorizando critérios de seleção sem fundamento objetivo face à atividade em causa, a conduta do empregador consubstanciar-se-á numa discriminação indireta¹⁶⁶.

Nestes termos, deverá considerar-se que a atuação do empregador é discriminatória, caso se encontrem preenchidos cumulativamente três elementos, a saber: o elemento objetivo, se atendendo ao fim da aquisição de informações, a conduta do empregador se consubstanciar numa prática discriminatória, traduzindo-se num prejuízo ou privação de um direito do candidato e sendo fundamentada em fatores diferenciadores não aceites pela ordem jurídica; o elemento subjetivo, se a execução de tal distinção visou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício de direitos em igualdade; e o elemento causal, se tal atuação discriminatória do empregador constituir uma violação do princípio da igualdade no acesso ao emprego, em razão da discriminação por si realizada¹⁶⁷.

Assim, considera-se que o empregador atuou de forma discriminatória se, exclusivamente em razão dos dados obtidos através das redes sociais do candidato, deixou de o contratar, contratando outro dos candidatos que se encontrava em situação comparável à do primeiro, ainda que não inteiramente igual.

Porém, a doutrina portuguesa tem considerado que a defesa da autonomia privada e da liberdade negocial apenas deverá ser limitada em situações extremas¹⁶⁸. Neste sentido, a conduta do empregador não deverá ser considerada discriminatória numa situação em que um dos fatores, que à partida seria proibido, seja um requisito determinante para o exercício da atividade, atenta a sua natureza ou o contexto da sua execução, se o objetivo a alcançar for legítimo e os meios para o atingir proporcionais, adequados e necessários, e ainda se as diferenças de tratamento se fundarem na idade, sendo as mesmas necessárias e apropriadas à realização de um objetivo legítimo, nomeadamente de política de

¹⁶⁶ *Idem*, p. 86 e 87

¹⁶⁷ Dray, Guilherme Machado - *ob. cit.*, p. 274 e 275

¹⁶⁸ Dray, Guilherme Machado- A influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia, p. 91

emprego, mercado de trabalho ou formação profissional, nos termos do disposto no artigo 25.º, n.ºs 2 e 3, do CT^{169/170}. É o que resulta, também, do artigo 17.º do CT¹⁷¹, e da Convenção Coletiva n.º 111 da OIT ¹⁷².

Deste modo, se o candidato cumprir todos os requisitos objetivos exigíveis para a obtenção de um certo emprego, dever-se-ão considerar irrelevantes quaisquer dados relativos à sua vida privada apostos nas suas redes sociais.

1.3. Os direitos e interesses do empregador face ao direito à privacidade do candidato

O direito à privacidade dos trabalhadores contrapõe-se, naturalmente, à tutela dos direitos relativos à iniciativa empresarial, designadamente, o direito à liberdade de iniciativa económica, de iniciativa e de organização empresarial e o direito à propriedade privada, previstos nos artigos 61.º, n.º 1, 80.º, alínea c), e 62.º, n.º 1, da CRP, respetivamente¹⁷³.

Em sede laboral, o princípio da proporcionalidade tem forte relevância, pois são muitos os conflitos existentes entre os interesses das partes, estabelecendo este princípio limites aos poderes dos empregadores quando exercidos de modo contrário aos direitos e à dignidade dos trabalhadores ou dos candidatos a emprego¹⁷⁴.

Ora, apesar de grande parte das ordens jurídicas europeias reconhecerem a importância dos direitos fundamentais dos trabalhadores, reconhecem também os interesses dos empregadores ou de terceiros, que constituem limites aos direitos dos primeiros, sendo necessário compatibilizar a liberdade dos trabalhadores com a liberdade contratual dos empregadores, através do princípio da proporcionalidade¹⁷⁵. Deste modo, nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, caso haja uma compressão dos direitos de personalidade dos trabalhadores ou dos candidatos, tal deverá limitar-se ao estritamente

¹⁶⁹ Silva, Luiz de Pinho Pedreira Da - *ob. cit.*, p. 114

¹⁷⁰ Fialho, Manuela Bento- *ob. cit.*, p. 97

¹⁷¹ Redinha, Maria Regina- *ob. cit.*, p. 37

¹⁷² Moreira, Teresa Coelho- A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais *online*: algumas questões, *in Questões Laborais*, p. 75

¹⁷³ Sant'Ana, Simão De- *ob. cit.*, p. 86

¹⁷⁴ Abrantes, José João- Princípio da proporcionalidade e tutela da personalidade do trabalhador, *in Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, p. 320

¹⁷⁵ *Idem*, p. 322

necessário para garantir outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos do empregador¹⁷⁶.

De facto, tal como referido, apesar do indiscutível direito à privacidade do candidato, haverá sempre um interesse legítimo do empregador em escolher o candidato que melhor se adequa à natureza da atividade em causa¹⁷⁷.

Porém, a recolha de informações relativas à vida privada, à saúde, ou até ao eventual estado de gravidez do candidato, só será admitida se as informações forem “estritamente necessárias e relevantes” para a ponderação da aptidão do candidato para o desempenho da atividade em causa, ou atendendo à natureza desta, apenas podendo ser exigidas e recolhidas nos concretos limites consentidos pelo princípio da proporcionalidade, na sua vertente de necessidade, adequação e proibição do excesso¹⁷⁸.

O princípio da proporcionalidade, na sua tripla vertente, visa assim atingir o equilíbrio entre os interesses do trabalhador ou do candidato e os interesses do empregador¹⁷⁹.

Nesta sede, é ainda relevante invocar o disposto no artigo 6.º do RGPD. Desde logo, importa referir que, nos termos do disposto no artigo 4.º, alíneas 1) e 2), do RGPD, a recolha e utilização de informações dos candidatos, apostas nas suas redes sociais, se consubstanciam no tratamento de dados pessoais sujeito ao regime de proteção do RGPD.

Apesar de no artigo 6.º do RGPD se encontrarem dispostas seis situações em que se considera lícito o processamento de dados pessoais, certo é que, independentemente da existência de base legal, o tratamento de dados tem sempre de respeitar o princípio da proporcionalidade. Assim, das situações enumeradas, aquelas que têm o fundamento mais razoável para efetuar a procura de informações nas redes sociais dos candidatos são as seguintes: a situação em que há o consentimento do titular dos dados para o tratamento dos mesmos para uma ou mais finalidades específicas, o que se apresenta como muito dúbio, conforme *infra* exposto; a situação em que há necessidade do tratamento de dados para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; e o caso referente à necessidade do tratamento para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo mesmo ou por terceiros, exceto se prevalecerem interesses ou direitos e liberdades fundamentais do

¹⁷⁶ Martínez, Pedro Romano - *ob. cit.*, p. 377

¹⁷⁷ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno- *ob. cit.*, p. 221

¹⁷⁸ Redinha, Maria Regina- Direitos de personalidade, in www.cije.up.pt/download-file/198, p. 4

¹⁷⁹ Pedro, Filipa Alexandra Rodrigues *ob. cit.*, p. 50

titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial, se o titular for uma criança¹⁸⁰.

2. A utilização de algoritmos

Tal como mencionado, a tecnologia tem evoluído de forma muito célere, transformando o nosso dia-a-dia¹⁸¹. Neste sentido, deparamo-nos com uma sociedade totalmente transformada, onde a informação se tornou poder, contribuindo a utilização dos meios informáticos para a «*massificação da liberdade de expressão e de informação*»¹⁸².

Esta nova realidade influenciou o Direito do Trabalho, sendo muitas vezes utilizada a expressão «trabalhador-transparente» ou «trabalhador de vidro», em razão da automatização de dados sobre os trabalhadores, que incide, principalmente, sobre aspetos da sua vida privada¹⁸³.

Assim, para além da utilização das redes sociais, existem ainda outras formas de os empregadores obterem dados acerca dos candidatos através do uso da tecnologia, sendo um desses meios a utilização de algoritmos.

Os algoritmos constituem métodos automáticos de processamento de dados¹⁸⁴.

Nesse sentido, verifica-se que o utilizador insere dados nos algoritmos, de modo direto ou indireto, os quais processam tais dados e concedem posteriormente um resultado. Apenas é possível conhecer os *inputs* e os *outputs* da referida operação de processamento e, desse modo, as pessoas que monitorizam o funcionamento dos algoritmos não têm acesso ao método de funcionamento dos mesmos¹⁸⁵.

Os algoritmos podem ser entendidos como uma sequência de raciocínios, instruções ou operações, que têm como fim alcançar um objetivo, sendo necessário que todos os passos sejam determinados e operados de modo sistemático¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 235

¹⁸¹ Ferreira, Afonso José- *Profiling* e algoritmos autónomos: um verdadeiro direito de não sujeição?, *in Anuário de proteção de dados*, p. 36

¹⁸² Pereira, Rita Garcia- Os e-mails: o cavalo de Tróia atual?, *In Minerva- Revista de Estudos Laborais*, p. 147

¹⁸³ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 626

¹⁸⁴ Ferreira, Afonso José- *ob. cit.*, p. 37

¹⁸⁵ *Idem*

¹⁸⁶ Vide <https://rockcontent.com/blog/algoritmo/>

A utilização dos algoritmos para o processamento de dados é cada vez mais comum, sendo que, com a simples utilização de um motor de busca, encontramos a utilizar os mesmos¹⁸⁷.

Os algoritmos, de certa forma, funcionam como um modo de definir perfis, pelo que a entidade processadora para identificar certos aspetos acerca de uma pessoa procede ao tratamento de dados¹⁸⁸. O Facebook, p.e., utiliza algoritmos para categorizar as publicações, utilizando critérios para definir aquilo que deverá ser, ou não, exibido para cada utilizador, atento os seus comportamentos e preferências¹⁸⁹.

Contudo, existem questões éticas e jurídicas que a utilização dos algoritmos pode suscitar, p.e., o problema designado por «autoridade algorítmica», segundo Shirky. Tal prende-se com a absoluta confiança que as pessoas consignam no resultado dos algoritmos, havendo uma tendência para considerar que os mesmos se encontram desprovidos de quaisquer preconceitos¹⁹⁰.

Na verdade, é praticamente impossível garantir a imparcialidade dos resultados dos algoritmos, devido ao seu funcionamento como uma *black box*, não sendo assim possível conhecer o motivo que levou o algoritmo a atingir um certo resultado¹⁹¹.

2.1. Escolha de candidatos

2.1.1. *Employment background check*

A crescente utilização da tecnologia nos processos de recrutamento proporcionou o desenvolvimento de uma prática que já vinha sendo utilizada, a qual se consubstancia na investigação da vida passada dos candidatos a emprego, e que é comumente designada por «*employment background check*»¹⁹².

Numa primeira fase, esta prática era realizada sem o recurso à tecnologia, sendo muito cara e, desse modo, apenas as grandes empresas recorriam à mesma. Porém, ao longo do tempo, esta prática generalizou-se e muitas outras empresas passaram a recorrer a esta, contribuindo em muito o desenvolvimento da tecnologia para tal¹⁹³.

¹⁸⁷ Ferreira, Afonso José- *ob. cit.*, p. 38

¹⁸⁸ *Idem*

¹⁸⁹ Vide <https://rockcontent.com/blog/algoritmo/>

¹⁹⁰ Ferreira, Afonso José- *ob. cit.*, p. 38 e 39

¹⁹¹ *Idem*, p. 39

¹⁹² Alvim, Mariana- vide <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48522168>

¹⁹³ *Idem*

Seja qual for o meio utilizado, as empresas têm como principal fim aceder aos antecedentes dos candidatos, analisando, a título de exemplo, o histórico de empregos dos candidatos, os seus relatórios de créditos¹⁹⁴, registos de condução, registos criminais, registos de processos em tribunais, indemnizações devidas, registos médicos, propriedades, domicílio, resultados de testes de drogas, registos militares e até dados relativos à sua personalidade¹⁹⁵, visando assim escolher o candidato com as qualidades mais adequadas à natureza da atividade em causa. Em princípio, todas as informações a que as empresas acedem estão relacionadas com o tipo de trabalho em causa, pelo que, se as funções a exercer são, p.e., num banco, o empregador irá ter um maior interesse em verificar se os candidatos têm registo criminal a nível de crimes económicos¹⁹⁶ e em analisar os seus relatórios de crédito¹⁹⁷.

Apesar de o recurso a esta prática poder ser realizado pelo empregador, certo é que, tal prática é principalmente executada por empresas de seleção de trabalhadores, competindo a estas comprovar quais as competências dos candidatos perante a empresa comitente¹⁹⁸. Tais empresas, em regra, tanto o podem fazer com recurso a meios tradicionais, como entrevistas, questionários¹⁹⁹, contactos telefónicos ou pessoais^{200/201}, ou com recurso a tecnologias de informação.

O advento da Internet e de todos os restantes serviços relacionados com esta, como as redes sociais, proporcionaram novas formas de executar tal prática. Cada vez mais, as pessoas inserem na Internet fotografias, informações pessoais, entre outro tipo de dados, respeitantes às suas esferas íntima e privada. Em sede laboral, verifica-se que os dados apostos *online* possibilitam a criação de uma nova forma de controlo: o controlo eletrónico do empregador²⁰². Com efeito, tornou-se uma prática comum as empresas

¹⁹⁴ O'Neil Cathy- Weapons Of Math Destruction- How big data increases inequality and threatens democracy, p. 148 e 149

¹⁹⁵ Doyle, Alison- vide <https://www.thebalancecareers.com/what-is-included-in-an-employee-background-check-2059599>

¹⁹⁶ *Idem*

¹⁹⁷ Doyle, Alison- vide <https://www.thebalancecareers.com/employment-background-checks-2058432>

¹⁹⁸ Moreira, Teresa Coelho- Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador, p. 217

¹⁹⁹ Santos, Lígia Maria Costa - *ob. cit.*, p. 114-116

²⁰⁰ Alvim, Mariana- vide <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48522168>

²⁰¹ Doyle, Alison- vide <https://www.thebalancecareers.com/what-is-included-in-an-employee-background-check-2059599>

²⁰² Moreira, Teresa Coelho- A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais *online*: algumas questões, in *Questões Laborais*, p. 45-47

executarem a designada *googalização* dos candidatos, acedendo assim a dados da sua vida privada através de uma pesquisa à distância²⁰³.

Em consequência, o «*employment background check*» tem sido progressivamente executado com o recurso a algoritmos, sendo assim desenvolvidas plataformas de pesquisa com banco de dados resultantes de diversas fontes²⁰⁴.

Pioneira neste âmbito é a empresa Gild, que tem como função proceder à análise dos dados de cada pessoa, dando posteriormente a conhecer os perfis dos candidatos às empresas que contrataram os seus serviços, conseguindo até prever o momento em que um certo trabalhador se encontra à procura de um novo emprego. A empresa procura assim obter o perfil ideal, atendendo às características que os seus clientes pretendem, dispondo de mais de seis milhões de codificadores nas suas bases de dados²⁰⁵.

Com efeito, verifica-se que é possível aceder a um leque abrangente de informações da vida privada dos candidatos, as quais se encontram na Internet e que se consubstanciam, nomeadamente, no tipo de consumo feito pelos mesmos, no seu domicílio, no seu cadastro criminal, na eventual existência de uma situação de incumprimento bancário ou de obrigações fiscais²⁰⁶.

Poder-se-á até considerar que os algoritmos são capazes de inferir certos dados a partir de outros que obtenham e, desse modo, acedendo à informação relativa ao domicílio do candidato poderá conseguir determinar qual a religião ou raça do mesmo, caso tais dados se encontrem estatisticamente relacionados com o código postal ou com bairro onde o candidato vive²⁰⁷.

Por ora, importa referir que o recurso a tal prática suscita diversas questões.

A questão mais complexa prende-se com o facto de tal prática se consubstanciar numa violação do direito à privacidade dos candidatos. Na maioria dos casos, o candidato não concede o seu prévio consentimento para que o empregador proceda a uma investigação da sua vida passada, ou não tem sequer prévio conhecimento de tal²⁰⁸.

²⁰³ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 633

²⁰⁴ Alvim, Mariana- *vide* <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48522168>

²⁰⁵ O'Neil Cathy- *ob. cit.*, p. 120

²⁰⁶ Dray, Guilherme- Código do Trabalho Anotado, p. 103

²⁰⁷ *Vide* <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/19599/1192612314>

²⁰⁸ Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - *ob. cit.*, p. 239 e 240

Nestes termos, cumpre distinguir os casos em que a investigação de dados dos candidatos é executada através dos “meios tradicionais”, dos casos em que a mesma é realizada com o recurso à tecnologia.

Sendo tal investigação realizada através dos “meios tradicionais” é diretamente aplicável o disposto nos artigos 17.º e 19.º do CT²⁰⁹.

Quanto aos casos em que a investigação é executada através do recurso à tecnologia, são muitas as questões suscitadas.

Nos EUA os empregadores, em regra, comunicam aos candidatos que irão recorrer a tal prática²¹⁰ ou que recorreram, caso resulte uma decisão adversa para estes²¹¹. Em certos casos a lei já exige o consentimento dos mesmos por escrito, como p.e., se a investigação incidir sobre o seu histórico financeiro, isto é, sobre os seus registos de empréstimos e dívidas²¹², também se a investigação for relativa aos registos das escolas que frequentaram, aos seus registos do serviço militar ou aos seus registos criminais²¹³. O candidato tem assim o direito de aceder também a tais dados e de contestar as informações obtidas pelo empregador²¹⁴.

Tal é exigido pela FCRA- Federal Fair Credit Reporting Act- que promove a precisão, a justiça e a privacidade nos arquivos das agências de relatórios ao consumidor, ou seja, das agências de crédito e das agências que concedem informações relativas a históricos de arrendamentos, a registos médicos, entre outros²¹⁵. Nesse sentido, considera-se que um registo do candidato, como p.e., o registo criminal, que seja utilizado para efeitos de triagem na escolha dos candidatos, é um relatório do consumidor, tendo a FCRA diretrizes próprias que os empregadores devem seguir²¹⁶. Tais diretrizes são aplicáveis apenas aos

²⁰⁹ Santos, Lúcia Maria Costa - *ob. cit.*, p. 116-118, 120, 140 e 141

²¹⁰ Alvim, Mariana- vide <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48522168>

²¹¹ Vide http://www.criminalbackgroundrecords.com/employment-screening-pre-employment-background-check.html?s=ad&gclid=CjwKCAiA35rxBRAWEiwADqB373nBHvCFnfFRbsZhHbjqW-RW71kTmy9RGCVXPXY17ByGwe7znFyLw2xoCw7EQAvD_BwE

²¹² Alvim, Mariana- vide <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48522168>

²¹³ Vide http://www.criminalbackgroundrecords.com/employment-screening-pre-employment-background-check.html?s=ad&gclid=CjwKCAiA35rxBRAWEiwADqB373nBHvCFnfFRbsZhHbjqW-RW71kTmy9RGCVXPXY17ByGwe7znFyLw2xoCw7EQAvD_BwE

²¹⁴ Doyle, Alison- vide <https://www.thebalancecareers.com/what-is-included-in-an-employee-background-check-2059599>

²¹⁵ Vide <https://www.consumer.ftc.gov/articles/pdf-0096-fair-credit-reporting-act.pdf>

²¹⁶ Vide http://www.criminalbackgroundrecords.com/employment-screening-pre-employment-background-check.html?s=ad&gclid=CjwKCAiA35rxBRAWEiwADqB373nBHvCFnfFRbsZhHbjqW-RW71kTmy9RGCVXPXY17ByGwe7znFyLw2xoCw7EQAvD_BwE

casos em que os empregadores recorrem aos serviços das referidas empresas especializadas na avaliação das aptidões dos candidatos²¹⁷.

Não obstante o que sucede nos EUA, verifica-se que na Europa e no Brasil os empregadores nada comunicam aos candidatos²¹⁸.

Ora, no que respeita à ordem jurídica portuguesa, resulta claro que tal atuação dos empregadores constitui, desde logo, uma violação do disposto no artigo 17.º do CT.

Assim, no caso em que o empregador recorre à designada *googalização* dos candidatos nos processos de seleção, remete-se para o exposto acerca da procura de informações através das redes sociais destes. Tal constituirá também uma violação do disposto no artigo 17.º do CT caso a informação recolhida seja de natureza pessoal, pois, apesar de os dados serem apostos pelos candidatos na Internet²¹⁹, não se pode considerar que haja um consentimento inequívoco dos mesmos para que o empregador aceda a estes²²⁰.

Quanto aos casos em que o empregador utiliza os algoritmos como forma de recolher informações, considera-se que tal atuação também poderá constituir uma clara violação do disposto no artigo 17.º, pois sendo a informação recolhida de cariz íntimo e privado, naturalmente que será violado o direito à privacidade dos candidatos²²¹, também nos termos *supra* expostos.

Atendendo ainda à interpretação de Maria Regina Redinha quanto ao âmbito material do artigo 17.º do CT, conforme mencionado²²², verifica-se que a recolha de informação acerca da vida privada dos candidatos através da tecnologia, independentemente do tratamento que seja dado a esta, consubstancia-se numa violação deste artigo.

Cumprindo ainda referir que, segundo Guilherme Machado Dray, o disposto no artigo 17.º abrange também as práticas de «*pre-employment background checks*» utilizadas por empresas criadas para o efeito²²³. Assim, tal norma é aplicada quer aos casos em que a pesquisa de informações é executada pelo empregador, quer aos casos em que é realizada

²¹⁷ Doyle, Alison- vide <https://www.thebalancecareers.com/what-is-included-in-an-employee-background-check-2059599>

²¹⁸ Alvim, Mariana- vide <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48522168>

²¹⁹ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 638

²²⁰ Pinto, Joana Serra Ferraz Da Mota- *ob. cit.*, p. 48

²²¹ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 638

²²² Redinha, Maria Regina- Direitos de personalidade, in www.cije.up.pt/download-file/198, p. 4

²²³ Dray, Guilherme- Código do Trabalho Anotado, p. 103

por empresas especializadas, o que resulta também do disposto no *supra* referido artigo 28.º, n.º 2, da Lei 58/2019, de 8 de Agosto.

No que concerne à relevância de normas que prevejam a exigência do consentimento dos candidatos aquando da investigação do seu passado, tal como existem nos EUA, muitas são as dúvidas suscitadas.

Ora, quanto à utilização dos «meios tradicionais», verifica-se que é necessário o consentimento do candidato face a questionários escritos, testes psicológicos, exames e testes médicos²²⁴. Já no que respeita ao recurso à tecnologia, e tal como referido, não tendo os candidatos prévio conhecimento de que os empregadores irão proceder a tais investigações, naturalmente que não concedem o seu consentimento para a realização das mesmas²²⁵.

Porém, o consentimento no âmbito pré contratual laboral é muito dúbio, e, muitas das vezes, não é sequer livre, atenta a situação de especial debilidade do candidato²²⁶ e à disparidade de poder entre quem se candidata ao emprego e aquele que oferece o mesmo²²⁷, pelo que, mesmo com o consentimento do candidato, a referida prática não deve ser executada quando envolva a recolha de informações relativas à sua vida íntima e privada que não sejam necessárias para aferir das competências do mesmo para o desempenho da atividade em causa.

Importa ainda mencionar que a nível internacional a execução da prática, designada por «*employment background check*», tem sido objeto de atenção pela jurisprudência, sendo já diversos os acórdãos sobre esta temática²²⁸.

2.1.2. O uso de algoritmos e da inteligência artificial

A progressiva utilização de algoritmos está diretamente relacionada com uma das maiores inovações tecnológicas das últimas décadas: a inteligência artificial²²⁹.

A inteligência artificial é a ciência que estuda e compreende o fenómeno da inteligência e, simultaneamente, uma área da engenharia, criando instrumentos para

²²⁴ Santos, Lígia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 116, 119, 122, 130 e 150

²²⁵ Alvim, Mariana- *vide* <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48522168>

²²⁶ Santos, Lígia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 116

²²⁷ Gomes, Júlio Manuel Vieira- *ob. cit.*, p. 346

²²⁸ Ac. do Tribunal Sup. do Trabalho, de 08/02/2012; Ac. do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, de 07/03/2012; Ac. do Court of Appeals of California, First Appellate District, Division Three, de 17/11/1989

²²⁹ *Vide* <https://www.gupy.io/blog/inteligencia-artificial-no-recrutamento-e-selecao>

apoiar a inteligência humana, sendo que a ciência e a engenharia unidas permitem que máquinas realizem tarefas que ao serem executadas por seres humanos, necessitassem do uso da inteligência²³⁰.

Tal como *supra* exposto, verifica-se que a inteligência artificial é utilizada cada vez mais nos processos de recrutamento, pois a utilização de algoritmos é feita com recurso à mesma²³¹.

Uma notícia acerca da empresa multinacional Randstad, revelou que esta nos seus processos de seleção utiliza ferramentas de avaliação e validação dos vários candidatos, que permitem criar perfis mais completos dos mesmos, assentando tais ferramentas em automatização, desintermediação e diversos tipos de testes. A utilização de algoritmos possibilita a análise de centenas de *curricula* dos vários candidatos, procedendo ao cruzamento de dados, o que reduz o tempo de execução de tarefas e diminui o valor das mesmas²³².

Os processos de decisão humanos são tendenciosos por natureza, sendo exemplo disso a preferência dos empregadores em contratar candidatos que se pareçam consigo²³³ ou que tenham nomes ou hajam frequentado escolas ou universidades que «soam corretos»²³⁴. Assim, os departamentos de recursos humanos utilizam tais sistemas automáticos para fazer face à grande afluência de *curricula* dos vários candidatos, procedendo os programas à análise dos mesmos, recolhendo as informações acerca das suas competências e da sua experiência, tendo em conta aquilo que o empregador está à procura e pontuando cada um dos *curricula*. Estes departamentos efetuam então a segunda triagem²³⁵.

Porém, os algoritmos são hoje utilizados, tanto para a verificação de *curricula*, sendo analisada a lista de requisitos para o perfil procurado pelo empregador de modo automático, através da correspondência de palavras, procedendo-se então a um cruzamento de dados entre as informações contidas nos *curricula* e aquilo que o empregador procura²³⁶, como também, para a avaliação cognitiva dos candidatos, sendo

²³⁰ Vide <https://observador.pt/explicadores/inteligencia-artificial/>

²³¹ Vide <https://www.gupy.io/blog/inteligencia-artificial-no-recrutamento-e-selecao>

²³² Vide <https://www.randstad.pt/tendencias-360/mundo-do-trabalho/algoritmos-ajudam-a-encontrar-o-profissional-certo-num-milhao/>

²³³ *Idem*

²³⁴ Vide <https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2018/08/08/os-pros-e-contras-do-recrutamento-por-algoritmo.ghtml>

²³⁵ O'Neil Cathy - *ob. cit.*, p. 113 e 114

²³⁶ Vide <https://www.gruposeres.com.br/inteligencia-artificial-processos-seletivos/>

interpretados comportamentos através de análises neurocientíficas que permitem aferir as competências cognitivas dos mesmos, sendo até avaliado o seu grau de produtividade e os resultados previsíveis²³⁷, ou analisando hábitos e comportamentos seus em diversos tipos de ambiente, para isso recorrendo a sistemas de seleção criados pela empresa ou a fontes de informação pública²³⁸.

Em face do exposto, verifica-se que todo o processo de contratação pode ser automatizado, incluindo-se nos mesmos, muitas das vezes, a realização de testes de personalidade para avaliar as competências cognitivas dos candidatos²³⁹, sendo o próprio algoritmo a determinar quais as perguntas que permitem conhecer melhor estes²⁴⁰.

Muitos destes modelos de contratação conseguem até calcular, em termos aproximados, o tempo provável que os candidatos se irão manter no exercício de funções e o tempo médio que permaneceram nos seus anteriores locais de trabalho²⁴¹.

Assim, resulta claro que a maior vantagem da utilização de algoritmos é o facto de permitir um conhecimento mais exato dos perfis dos candidatos, evitando-se processos enviesados²⁴².

A utilização de algoritmos permite ainda que as empresas reduzam os seus custos, o que inclui a diminuição do risco de contratações inadequadas, sendo uma das suas maiores despesas a rotatividade da força de trabalho²⁴³.

Outra das vantagens da sua utilização prende-se com a procura de diversidade racial e de género entre os trabalhadores, considerando a tendente homogeneidade a este nível. Os defensores da inteligência artificial argumentam que a utilização da tecnologia nos processos de seleção pode eliminar preconceitos, deixando a escolha dos candidatos de estar dependente da pessoa do recrutador, passando a ser determinada por critérios objetivos²⁴⁴.

²³⁷ Mateus, Cátia- *vide* <https://expresso.pt/economia/2018-08-19-Como-fazer-um-curriculo-a-prova-de-robo>

²³⁸ Vanini, Eduardo- *vide* <https://oglobo.globo.com/economia/emprego/inteligencia-artificial-ganha-espaco-em-processos-seletivos-21775009>

²³⁹ O'Neil, Cathy- *ob. cit.*, p. 107 e 108

²⁴⁰ *Vide* <https://www.gupy.io/blog/inteligencia-artificial-no-recrutamento-e-selecao>

²⁴¹ O'Neil Cathy- *ob. cit.*, p. 118 e 119

²⁴² *Vide* <https://www.gupy.io/blog/inteligencia-artificial-no-recrutamento-e-selecao>

²⁴³ O'Neil, Cathy- *ob. cit.*, p. 118

²⁴⁴ *Vide*

<https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2018/08/08/os-pros-e-contras-do-recrutamento-por-algoritmo.ghtml>

Contudo, do recurso a algoritmos resultam também desvantagens, principalmente para os candidatos a emprego.

Em princípio, o algoritmo apenas terá permissão para fazer combinações com base nos dados que os recrutadores colocam na sua disposição²⁴⁵, o que torna as decisões mais inteligentes²⁴⁶. Todavia, os algoritmos também são capazes de se desenvolverem autonomamente, aprendendo com as informações que processam e organizam- *supervised machine learning*²⁴⁷. Assim, as decisões poderão tornar-se mais objetivas se o algoritmo avaliar apenas as competências necessárias para o desempenho da atividade²⁴⁸.

Porém, poderá também resultar o inverso, caso seja executada a prática designada por «*employment background check*», pois, respeitando tais informações à esfera íntima e privada dos candidatos²⁴⁹, naturalmente que a escolha dos mesmos terá por fundamento critérios de caráter subjetivo e assim injustificados.

Acresce que, quer se proceda ou não à recolha de tais dados, no caso de a utilização dos algoritmos ser supervisionada, sendo os seus programadores a decidir quais as características dos candidatos que pretendem que sejam valorizadas, para isso indicando, p.e., os seus melhores profissionais²⁵⁰, claramente que todos os preconceitos detidos por estes estarão implícitos nos algoritmos. Assim, muitas das vezes, os algoritmos revelam uma tendência para favorecer certas características de modo predominante, excluindo os candidatos que não as possuam²⁵¹. Também no caso de a sua utilização não ser supervisionada, sendo os algoritmos a definir as características que deverão ter prevalência, verifica-se que estes, em princípio, irão atender às características dos trabalhadores que exercem funções na empresa²⁵², dando prioridade às qualificações presentes nos seus *curricula vitae*²⁵³.

²⁴⁵ *Idem*

²⁴⁶ Vide <https://www.gupy.io/blog/inteligencia-artificial-no-recrutamento-e-selecao>

²⁴⁷ Reis, Beatriz de Felipe, e Graminho, Vivian Maria Caxambu- vide <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidpp/article/viewFile/19599/1192612314>

²⁴⁸ Vide <https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2018/08/08/os-pros-e-contras-do-recrutamento-por-algoritmo.ghtml>

²⁴⁹ Dray, Guilherme- Código do Trabalho Anotado, p. 103

²⁵⁰ Vanini, Eduardo- vide <https://oglobo.globo.com/economia/emprego/inteligencia-artificial-ganha-espaco-em-processos-seletivos-21775009>

²⁵¹ Vide <https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2018/08/08/os-pros-e-contras-do-recrutamento-por-algoritmo.ghtml>

²⁵² Vanini, Eduardo- vide <https://oglobo.globo.com/economia/emprego/inteligencia-artificial-ganha-espaco-em-processos-seletivos-21775009>

²⁵³ Alves, Ariane- vide <https://exame.abril.com.br/tecnologia/uso-de-algoritmos-em-analise-de-curriculo-pode-gerar-selecao-enviesada/>

Não deverá ser assim sobrevalorizada a natureza aparentemente neutra dos algoritmos, pois são várias as questões que a sua utilização suscita²⁵⁴.

Importa ainda realçar o facto de os candidatos não conhecerem os critérios utilizados na análise algorítmica, não controlando sequer quais as informações utilizadas pelas bases de dados dos mesmos²⁵⁵. Assim, p.e., no caso da realização dos jogos²⁵⁶ e dos testes de personalidade, os candidatos não têm ideia do modo como o programa irá interpretar as suas respostas, nem a sua *performance*²⁵⁷. Neste sentido, estando os candidatos impedidos de compreender o funcionamento dos sistemas que utilizam os algoritmos e estando impossibilitados de participarem nas decisões automatizadas, verifica-se que poderão ser diversos os prejuízos para estes, consubstanciados na violação do seu direito à privacidade, tal como *supra* referido relativamente ao recurso aos algoritmos como meio de executar a prática designada por «*employment background check*», mas também do seu direito à igualdade e não discriminação²⁵⁸.

Cumprе também mencionar que, tal como propugna Teresa Coelho Moreira quanto à realização dos testes e jogos, «*Através destes testes o empregador pode conhecer não só as capacidades do candidato para o posto de trabalho mas também a personalidade deste sobre aspectos que não têm uma ligação directa com o emprego, invadindo o respeito pela esfera privada (...)*»²⁵⁹. Com efeito, atento o disposto no artigo 17.º do CT, tais testes e jogos só são admissíveis quando a personalidade do candidato for um requisito fundamental para a execução do contrato, sendo o único meio de avaliar a sua aptidão e devendo ser sempre apresentada fundamentação escrita que justifique a sua realização²⁶⁰.

2.2. Confronto com o princípio da igualdade e não discriminação

Tal como referido, considera-se que uma das principais consequências decorrente do recurso à prática designada por «*employment background check*» e da utilização de algoritmos pelos empregadores na fase de recrutamento, é aquela que respeita a lesão do

²⁵⁴ Vide <https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2018/08/08/os-pros-e-contras-do-recrutamento-por-algoritmo.ghtml>

²⁵⁵ Reis, Beatriz de Felipe, e Graminho, Vivian Maria Caxambu- vide <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/19599/1192612314>

²⁵⁶ Vide <https://spark2d.com/estamos-preparados-para-o-recrutamento-digital/>

²⁵⁷ O'Neil, Cathy- *ob. cit.*, p. 110

²⁵⁸ Reis, Beatriz de Felipe, e Graminho, Vivian Maria Caxambu- vide <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/19599/1192612314>

²⁵⁹ Moreira, Teresa Coelho- Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador, in *Boletim da Faculdade de Direito*, p. 191

²⁶⁰ Santos, Lúgia Maria Costa - *ob. cit.*, p. 118

princípio da igualdade e não discriminação entre trabalhadores, previsto nos artigos 24.º e 25.º do CT, e nos artigos 13.º, n.º 2 e 59.º da CRP.

A este propósito, a matemática Cathy O’Neil alerta para a discriminação no acesso ao emprego através da utilização de algoritmos. A Autora defende que os algoritmos são suscetíveis de criar discriminações, pois, têm por base modelos matemáticos, «concebidos para reproduzir preconceitos, equívocos e vieses humanos.»²⁶¹.

De facto, nesta sede, a neutralidade da tecnologia não deverá ser sobrevalorizada²⁶².

O recurso à prática designada por «*employment background check*», a qual poderá, ou não, ser executada através da utilização de algoritmos, conduz a resultados parciais e até discriminatórios, o que torna a atuação dos empregadores também ela discriminatória²⁶³. Considerando que os empregadores visam aceder a dados relativos a antecedentes da vida privada dos candidatos, os quais serão determinantes para a escolha destes, apesar de não representarem um motivo razoável para essa escolha, porque baseados em certos fatores²⁶⁴, tais como os previstos no artigo 24.º, n.º 1, do CT, é evidente que a sua prática constitui uma violação do princípio da igualdade e não discriminação²⁶⁵, traduzindo-se numa discriminação direta. Porém, os candidatos poderão também ser discriminados indiretamente, se a recolha de dados tiver como fim a obtenção de informações aparentemente neutras, mas que, contudo, prejudicam certos candidatos pelo facto de o empregador conceder valor às mesmas, utilizando-as como um critério de seleção, sem que possuam justificação objetiva em relação à atividade contratada²⁶⁶.

Tal como referido, ainda que o empregador não recolha informações acerca dos antecedentes do candidato no decurso do processo automatizado, a sua atuação poderá igualmente constituir uma violação deste princípio.

É sabido que a utilização de algoritmos pode ser ou não supervisionada.

Assim, sendo a sua utilização supervisionada, verifica-se que se esta conduzir a um tratamento diverso entre os candidatos e tiver por fundamento certos fatores, sem

²⁶¹ Mateus, Cátia- E se o algoritmo discriminar?, in *Jornal Expresso*, p. 32

²⁶² Vide <https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2018/08/08/os-pros-e-contras-do-recrutamento-por-algoritmo.ghtml>

²⁶³ O’Neil, Cathy- *ob. cit.*, p. 108

²⁶⁴ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 384

²⁶⁵ Doyle, Alison- vide <https://www.thebalancecareers.com/employment-background-checks-2058432>

²⁶⁶ Dray, Guilherme Machado- A influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia, p. 86-89

qualquer justificação razoável, tais como os *supra* referidos²⁶⁷, claramente que a utilização dos mesmos proporcionará também a violação do direito à igualdade e não discriminação dos candidatos, a qual se consubstancia numa discriminação direta. Porém, os candidatos poderão também ser discriminados indiretamente, se a atuação de quem supervisiona os algoritmos, apesar de aparentemente neutra, prejudicar certos candidatos, concedendo valor a critérios de seleção sem justificação objetiva em relação à atividade contratada²⁶⁸.

Nos casos em que a utilização de algoritmos é efetuada de modo não supervisionado, o direito à igualdade e não discriminação dos candidatos também poderá ser violado.

O que sucedeu na empresa Amazon constitui exemplo de um caso em que, apesar de o algoritmo ser supervisionado, foi programado para reconhecer mais de 50 mil termos dispostos em *curricula vitae* de antigos candidatos e profissionais da empresa, tendo sido ainda criados mais de 500 perfis ideais de candidatos no exercício de funções específicas e em localizações diversas²⁶⁹. Todavia, replicando o algoritmo as tendências de contratação do passado da empresa, sendo que a generalidade dos trabalhadores desta era do sexo masculino, o mesmo excluía as mulheres do processo de recrutamento, presumindo que a empresa tinha preferência em contratar homens²⁷⁰.

Assim, os casos em que a utilização não supervisionada dos algoritmos tem por base as características dos trabalhadores que desempenham funções na empresa, poderão também potenciar a violação do direito à igualdade e não discriminação entre os candidatos²⁷¹, nos termos *supra* expostos. Tal atuação discriminatória poder-se-á também consubstanciar numa discriminação indireta, conforme referido.

Face ao exposto, verifica-se que ainda não é possível garantir que os algoritmos não discriminam os candidatos, pelo que não deverão ser usados sem a intervenção humana²⁷².

²⁶⁷ Martínez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 384

²⁶⁸ Dray, Guilherme Machado- A influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia, p. 86-89

²⁶⁹ Mateus, Cátia- *vide* <https://expressoemprego.pt/noticias/como-a-amazon-foi-atraicoada-pelo-algoritmo-sexista/4432>

²⁷⁰ Mateus, Cátia- *ob. cit.*, p. 32

²⁷¹ Martínez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 384

²⁷² Mateus, Cátia- *vide* <https://expressoemprego.pt/noticias/como-a-amazon-foi-atraicoada-pelo-algoritmo-sexista/4432>

Deste modo, e segundo defende Cathy O’Neil, poderá considerar-se que «os algoritmos são opiniões transformadas em código»²⁷³, representando um modo de discriminação silencioso, pois enquanto que num comum anúncio de emprego facilmente se identifica a existência de discriminação, no caso da utilização de algoritmos, a identificação de qualquer tipo de discriminação é muito difícil²⁷⁴. Nesse sentido, apesar de o nosso CT prever a proibição de qualquer forma de discriminação no acesso ao emprego, certo é que a nossa ordem jurídica ainda não é capaz de fazer face a casos como estes, considerando a complexidade inerente a tal forma de discriminação²⁷⁵.

2.3. Consequências decorrentes da discriminação no acesso ao emprego

Não obstante as dificuldades que a identificação das referidas formas de discriminação suscita, verifica-se que as mesmas geram consequências, tal como qualquer outro modo de discriminação.

Em sede de formação do contrato de trabalho, a violação do princípio da igualdade gera responsabilidade contraordenacional, segundo consta do disposto no artigo 25.º, n.º 8, do CT, e responsabilidade civil, nos termos do disposto no artigo 28.º deste diploma^{276/277}.

O previsto no artigo 28.º do CT tem um amplo âmbito de aplicação, abrangendo as atuações discriminatórias praticadas durante os preliminares da formação do contrato de trabalho e os comportamentos que ocorram no decurso da sua execução²⁷⁸, sendo assim aplicável ao trabalhador e ao candidato a emprego²⁷⁹. Com efeito, em ambos os casos, para além de responsabilidade contraordenacional, está em causa o regime da responsabilidade civil obrigacional com fundamento na *culpa in contrahendo*²⁸⁰, pois, a atuação discriminatória «surge na sequência de contatos e negociações levados a efeito entre as partes, porventura na sequência de negócios preparatórios ou preliminares-circunstância que acarreta, nomeadamente, o regime da presunção de culpa (artigo 799.º

²⁷³ Mateus, Cátia- *ob. cit.*, p. 32

²⁷⁴ *Idem*

²⁷⁵ *Idem*

²⁷⁶ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 138

²⁷⁷ Martínez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 393

²⁷⁸ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 138

²⁷⁹ Marecos, Diogo Vaz- Código do Trabalho Comentado, p. 158

²⁸⁰ Martínez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 393

do CC) e o da responsabilidade direta por facto de terceiro (artigo 800.º, n.º 1, do CC).»²⁸¹.

Nestes termos, o candidato terá direito a ser indemnizado relativamente a todas as despesas em que tenha incorrido aquando da apresentação da sua candidatura, compreendendo ainda, quando seja caso disso, a indemnização que tenha pago ao seu anterior empregador, se tiver rescindido o seu contrato de trabalho sem justa causa e sem aviso prévio²⁸², devendo ser assim colocado na situação em que estaria, caso não tivesse ocorrido tal dano²⁸³. A indemnização poderá também incluir o interesse contratual positivo, se o mesmo for determinável ao nível do nexo de causalidade. O empregador deverá ainda indemnizar os danos de natureza moral, caso a violação deste princípio crie na esfera jurídica do candidato discriminado tais danos²⁸⁴.

Poder-se-ia ainda questionar a possibilidade de impor ao empregador a obrigação de contratar o candidato ilicitamente excluído. Porém, segundo propugna a doutrina maioritária, tal não é juridicamente admissível, pois considerando a natureza jurídica do contrato de trabalho, o carácter «*intuitu personae*» que subjaz à relação laboral²⁸⁵ e a liberdade de gestão empresarial, não poderia ser outro o entendimento²⁸⁶.

Cumprir também referir que os efeitos advindos de tal obrigação colidiriam com a possibilidade que a lei atribui ao empregador de denunciar o contrato de trabalho sem aviso prévio e sem o dever de invocar justa causa nos primeiros dias do seu cumprimento²⁸⁷.

Finalmente, importa mencionar que não chegando sequer a existir um contrato de trabalho, tais casos jamais poderão dar lugar à reintegração do candidato²⁸⁸.

²⁸¹ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 138

²⁸² Dray, Guilherme Machado- *ob. cit.*, p. 285 e 286

²⁸³ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 138

²⁸⁴ Dray, Guilherme Machado- *ob. cit.*, p. 286

²⁸⁵ *Idem*

²⁸⁶ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 138

²⁸⁷ *Idem*, p. 139

²⁸⁸ Dray, Guilherme Machado- *ob. cit.*, p. 286

Conclusão

As novas tecnologias de informação transformaram a nossa sociedade, o que se reflete em diversos aspetos, incluindo no âmbito laboral. Assim, muitas são as questões que tal transformação suscita nesta sede, tanto ao nível da fase pré contratual, como no decurso da execução do contrato de trabalho.

O estudo da presente dissertação centrou-se assim em duas das principais manifestações do desenvolvimento tecnológico na fase pré contratual laboral: o recurso às redes sociais dos candidatos a emprego e o recurso a algoritmos pelos empregadores no decorrer dos processos de recrutamento.

Neste sentido, após uma breve análise do processo de formação do contrato de trabalho e dos princípios contratuais que subjazem à celebração do mesmo, procurou-se determinar quais os deveres que as partes devem respeitar na fase pré contratual. Com efeito, resultou do presente estudo que a *culpa in contrahendo* impõe às partes que observem os deveres de informação e lealdade na formação do contrato de trabalho²⁸⁹.

Do exposto resultou também, que a tutela das pessoas e dos seus bens é crucial em sede laboral, estando consagrados nos artigos 14.º a 22.º do CT, os direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, bem como do candidato a emprego, atento o facto de na fase pré contratual o candidato se encontrar numa posição ainda mais vulnerável face à posição ocupada pelo trabalhador²⁹⁰. Concluiu-se assim que existe um fenómeno de «pré eficácia» da situação laboral²⁹¹.

Verificou-se ainda que é na fase pré contratual que podem surgir as maiores ingerências na vida privada dos candidatos, tendo os mesmos uma forte propensão para disponibilizar informações acerca das suas vidas²⁹². Por essa razão, estão vedadas ao empregador quaisquer indagações respeitantes a aspetos da vida privada dos trabalhadores ou dos candidatos que não tenham relevância para a constituição e execução do contrato de trabalho²⁹³.

²⁸⁹ Martinez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 471 e 472

²⁹⁰ Dray, Guilherme Machado- O princípio da proteção do trabalhador, p. 545 e 546

²⁹¹ Cordeiro, António de Menezes- *ob. cit.*, p. 566

²⁹² Moreira, Teresa Coelho- A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais *online*: algumas questões, in *Questões Laborais*, p. 68

²⁹³ Moreira, Teresa Coelho- Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador, p. 152

Atento o referido acerca da fase pré contratual, o presente estudo incidiu sobre os dois novos meios utilizados pelos empregadores nos processos de seleção.

Assim, constatou-se que é cada vez mais frequente os empregadores recorrerem às redes sociais no decurso dos processos de seleção para obterem informações acerca dos candidatos²⁹⁴. A este propósito, concluiu-se que o empregador está proibido de utilizar as redes sociais do candidato para obter informações suas, exceto se se tratar de redes sociais criadas para fins profissionais. Já no caso de as mesmas serem de acesso restrito, o empregador jamais poderá recolher os dados pessoais do candidato de forma lícita²⁹⁵.

Procurou-se ainda compreender de que forma o recurso a este meio colide com o princípio da igualdade e não discriminação, e de que modo os direitos e interesses do empregador se compatibilizam com o direito à privacidade do candidato, atento o princípio da proporcionalidade. Quanto ao primeiro princípio, verificou-se que o candidato tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento relativamente a critérios de seleção e a condições de contratação, pelo que, se da pesquisa de dados apostos nas suas redes sociais resultar qualquer desigualdade de tratamento entre si e os demais candidatos, a atuação do empregador deve ser considerada discriminatória. Quanto ao segundo princípio, ficou assente que o trabalhador apenas deverá informar o empregador sobre aspetos que sejam essenciais para a prestação da atividade laboral e o empregador só poderá exigir que o candidato preste informações relacionadas com a sua privacidade, saúde, ou relativas ao seu eventual estado de gravidez ou desejo do mesmo²⁹⁶, desde que tais dados sejam “estritamente necessários e relevantes” para a ponderação da aptidão do candidato para a atividade em causa, ou atendendo à natureza desta.

O segundo dos meios abordados respeita a utilização de algoritmos, incidindo o presente estudo na execução de uma prática designada por «*employment background check*», que se consubstancia na investigação da vida passada dos candidatos a emprego, e que tem sido cada vez mais realizada com recurso aos algoritmos.

Concluiu-se que esta prática poderá potenciar a violação do direito à privacidade dos candidatos, pois, na maior parte das vezes, o candidato não dá o seu consentimento para que o empregador investigue a sua vida passada. Assim, considerou-se que não sendo as

²⁹⁴ Pinto, Joana Serra Ferraz da Mota- *ob. cit.*, p. 42 e 43

²⁹⁵ Moreira, Teresa Coelho- *ob. cit.*, p. 639- 642

²⁹⁶ Amado, João Leal- *ob. cit.*, p. 145 e 146

informações relativas à vida privada dos candidatos estritamente necessárias para avaliar a sua aptidão, nem havendo exigências inerentes à natureza da atividade que o justifiquem, ocorre uma violação do seu direito à privacidade.

Outra das questões referidas, prendeu-se com a relevância de normas que previssem a exigência do consentimento dos candidatos aquando da investigação das suas vidas privadas. Todavia, verificou-se que o consentimento neste âmbito, muitas das vezes não é livre, atendendo à situação de debilidade do candidato e à desigualdade existente entre as partes²⁹⁷ e, desse modo, mesmo com o seu consentimento, a referida prática não deve ser executada quando envolva a recolha de informações relativas à sua vida íntima e privada.

Concluiu-se ainda que, tanto no caso de o empregador recorrer ao «*employment background check*», com ou sem recurso à tecnologia, como no caso em que utiliza os algoritmos, a sua atuação, para além de poder constituir uma violação do direito à privacidade dos candidatos, poderá conduzir a resultados discriminatórios se tomar a decisão de contratar com base em critérios de seleção sem justificação objetiva em relação à atividade em causa²⁹⁸. Assim, verificou-se que a violação do princípio da igualdade gera responsabilidade contraordenacional e responsabilidade civil^{299/300}, não gerando, contudo, a obrigação de o empregador contratar o candidato ilicitamente excluído³⁰¹.

Face ao exposto, é, sem dúvida, impreterível encontrar soluções que permitam fazer face a todas as questões suscitadas, sendo fundamental a criação de uma regulamentação que obste à recolha de dados da vida pessoal dos candidatos através das suas redes sociais, devendo assim aplicar-se no ordenamento jurídico um princípio geral de proibição de pesquisas nas redes sociais dos candidatos que tenha como fim determinar a contratação ou não dos mesmos, seguido de uma norma que contenha justificações que criem exceções a tal princípio geral, devendo ser ainda criada uma forma de controlo externo e uma entidade para a qual os trabalhadores possam denunciar tal prática³⁰². O mesmo dever-se-á aplicar, *mutatis mutandis*, quanto à utilização de outros meios para a recolha destes dados, seja com ou sem recurso à tecnologia, e relativamente à utilização de

²⁹⁷ Santos, Lúcia Maria Costa- *ob. cit.*, p. 116 e 119

²⁹⁸ Dray, Guilherme Machado- A influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia, p. 86-89

²⁹⁹ Dray, Guilherme Machado- Código do Trabalho Anotado, p. 138

³⁰⁰ Martínez, Pedro Romano- *ob. cit.*, p. 393

³⁰¹ Dray, Guilherme Machado- *ob. cit.*, p. 286

³⁰² Kajtár, Edit e Mestre, Bruno- *ob. cit.*, p. 243

algoritmos nos processos de seleção. Assim, e especificamente nos casos em que se recorre à tecnologia, é necessária a existência de uma maior transparência quanto ao tipo de processamento de dados, e de uma «responsabilidade algorítmica» das entidades responsáveis pelo processamento³⁰³ para evitar modos de discriminação silenciosos³⁰⁴.

³⁰³ Ferreira, Afonso José- *ob. cit.*, p. 43

³⁰⁴ Mateus, Cátia- *ob. cit.*, p. 32

Bibliografia

Abrantes, José João - «A Proteção da Personalidade do Trabalhador e a Regulamentação do Código do Trabalho», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Manuel Henrique Mesquita*, Vol. I, Coimbra, 2009, pp 21 a 27

Abrantes, José João - «Princípio da proporcionalidade e tutela da personalidade do trabalhador», in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. II, Universidade Católica Editora, 2015, pp 319 a 332

Amado, João Leal - *Contrato de Trabalho- Noções básicas*, 2.^a edição, Almedina, 2018

Apostolides, Sara Costa - *Do Dever Pré-Contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na Formação do Contrato de Trabalho*, Almedina, 2008

Calvão, Filipa Urbano - *Direito da proteção de dados pessoais- Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*, Universidade Católica Portuguesa- Porto, 2018

Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2007

Cordeiro, António de Menezes - *Direito do Trabalho, Vol. I*, Almedina, 2018

Dray, Guilherme Machado - *A influência dos Estados Unidos da América na Afirmação do Princípio da Igualdade no Emprego nos Países da Lusofonia*, Almedina, 2016

Dray, Guilherme Machado - «O direito à reserva da intimidade da vida privada. O artigo 80.º do Código Civil de 1966», in *Revista de Direito Civil*, Almedina, 2017, pp 673 a 699

Dray, Guilherme Machado - *O princípio da igualdade no direito do trabalho: Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, 1999

Dray, Guilherme Machado - *O princípio da proteção do trabalhador*, Almedina, 2015

Falcão, David e Tomás, Sérgio Tenreiro - *Lições de Direito do Trabalho- A relação individual de trabalho*, 5.^a edição, Almedina, 2018

Ferreira, Afonso José - «Profiling e algoritmos autónomos: um verdadeiro direito de não sujeição?», in *Anuário da proteção de dados*, Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Direito. CEDIS, 2018, pp. 35 a 43

Fialho, Manuela Bento - «Igualdade no Trabalho: Um caminho aberto, uma estrada por pavimentar...», in *Prontuário de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, janeiro- dezembro de 2007, pp. 91 a 103

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

Kajtár, Edit e Mestre, Bruno - «Redes sociais e o direito à privacidade dos trabalhadores na fase pré-contratual: Algumas questões e considerações comparativas», in *Prontuário de Direito do Trabalho*, Almedina, janeiro- dezembro de 2016, pp 219 a 243

Leitão, Luís Menezes - *Direito do Trabalho*, 4.^a edição, Almedina, 2014

Marecos, Diogo Vaz - *Código do Trabalho Comentado*, 3.^a edição, Almedina, 2017

Martinez, Pedro Romano; Monteiro, Luís Miguel; Vasconcelos, Joana; Brito, Pedro Madeira de; Dray, Guilherme Machado; Silva, Luís Gonçalves Da - *Código do Trabalho Anotado*, 12.^a edição, Almedina, 2020

Martinez, Pedro Romano - *Direito do Trabalho*, 8.^a edição, Almedina, 2017

Mateus, Cátia - E se o algoritmo discriminar?, in *Jornal Expresso*, 2019

Moniz, Graça Canto - «Direitos do titular de dados pessoais: o direito à portabilidade», in *Anuário da proteção de dados*, Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Direito. CEDIS, 2018, pp 11 a 34

Moreira, Teresa Coelho - «A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais *online*: algumas questões», in *Questões Laborais*, Coimbra Editora, janeiro- junho de 2013, pp 41 a 101

Moreira, Teresa Coelho - «Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra Editora, 2004

Moreira, Teresa Coelho - *To be or not to be digital: O controlo das redes sociais online dos candidatos no processo de recrutamento*, in *Para Jorge Leite- Escritos Jurídico-Laborais*, Volume I, Coimbra Editora, 2015, pp. 625 a 645

Mori, Amaury Haruo - *O direito à privacidade do trabalhador no ordenamento jurídico português*, Editora LTDA., 2011

Moro, Luís Carlos - «A internet nas relações de trabalho e limites às condutas patronais e de empregados», in *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, 2012, pp 87 a 98

O'Neil, Cathy - *Weapons Of Math Destruction- How big data increases inequality and threatens democracy*, Penguin Books, 2016

Pedro, Filipa Alexandra Rodrigues - *A Privacidade no Local de Trabalho – A admissibilidade dos meios de vigilância como meios de prova*, Dissertação submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas Vertente de Direito do Trabalho, ISCTE- Instituto Universitário de Lisboa, 2014

Pereira, Rita Garcia - «Os E-mails: O cavalo de Tróia actual? In *Minerva- Revista de Estudos Laborais*», Ano IV, N.º 7, Almedina, 2005, pp 141 a 204

Pinto, Joana Serra Ferraz da Mota - *Relevância laboral de publicações em redes sociais- Despedimento por publicação no Facebook?*, Dissertação para Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014

Quintas, Paula - *Os Direitos de Personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspectiva exclusiva do trabalhador subordinado- Direitos (Des)Figurados*, Almedina, 2013

Ramalho, Maria do Rosário Palma - «Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, 2002, pp 393 e seg.

Ramalho, Maria do Rosário Palma - *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, 2001

Ramalho, Maria do Rosário Palma - «Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais em matéria laboral», in *Estudos De Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra Editora, 2012, pp 619 a 638

Ramalho, Maria do Rosário Palma - *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II- Situações Laborais Individuais*, 4.^a edição, Almedina, 2012

Redinha, Maria Regina - «Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira aproximação)», in *Prontuário de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, setembro-dezembro de 2010, pp 33 a 44

Sant'Ana, Simão De - «A privacidade nos meios electrónicos- A harmonização de direitos na relação laboral», in *Ab Instantia, Revista do Instituto do Conhecimento AB*, Almedina, 2014, pp 79 a 94

Santos, Lígia Maria Costa - *A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira*, Dissertação de Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa, Universidade do Minho, Escola de Direito, 2014

Silva, Luiz De Pinho Pedreira Da - «Os deveres pré contratuais na formação do contrato de trabalho», in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, 2009, pp 103 a 117

Sites Utilizados

Alves, Ariane - *Uso de algoritmos em análise de currículo pode gerar seleção enviesada*, disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/uso-de-algoritmos-em-analise-de-curriculo-pode-gerar-selecao-enviesada/>, consultado a 30 de janeiro de 2020

Alvim, Mariana - *Como funcionam as empresas especializadas em descobrir mentiras (ou exageros) em currículos*, disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48522168>, consultado a 18 de janeiro de 2020

Doyle, Alison - *What Is Included in an Employee Background Check?*, disponível em: <https://www.thebalancecareers.com/what-is-included-in-an-employee-background-check-2059599>, consultado a 13 de janeiro de 2020

Doyle, Alison - *Background Checks for Employment*, disponível em: <https://www.thebalancecareers.com/employment-background-checks-2058432>, consultado a 14 de fevereiro de 2020

Mateus, Cátia - *Como a Amazon foi atraída pelo algoritmo sexista*, disponível em: <https://expressoemprego.pt/noticias/como-a-amazon-foi-atraicoada-pelo-algoritmo-sexista/4432>, consultado a 2 de fevereiro de 2020

Mateus, Cátia - *Como fazer um currículo à prova de robô*, disponível em: <https://expresso.pt/economia/2018-08-19-Como-fazer-um-curriculo-a-prova-de-robo>, consultado a 16 de fevereiro de 2020

Redinha, Maria Regina - *Direitos de personalidade*, in www.cije.up.pt/download-file/198; consultado a 1 de janeiro de 2020

Reis, Beatriz de Felipe, e Graminho, Vivian Maria Caxambu – *A Inteligência Artificial no Recrutamento de Trabalhadores: O Caso Amazon Analisado Sob a Ótica dos Direitos Fundamentais*, disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/19599/1192612314>, consultado a 1 de janeiro de 2020

Vanini, Eduardo - *Inteligência artificial ganha espaço em processos seletivos*, disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/emprego/inteligencia-artificial-ganha-espaco-em-processos-seletivos-21775009>, consultado a 25 de janeiro de 2020

A Summary of Your Rights Under the Fair Credit Reporting Act, disponível em: <https://www.consumer.ftc.gov/articles/pdf-0096-fair-credit-reporting-act.pdf>, consultado a 21 de janeiro de 2020

Algoritmos ajudam a encontrar o profissional certo num milhão, disponível em: <https://www.randstad.pt/tendencias-360/mundo-do-trabalho/algoritmos-ajudam-a-encontrar-o-profissional-certo-num-milhao/>, consultado a 5 de janeiro de 2020

Como foi a revolução da Inteligência Artificial no Recrutamento e Seleção, disponível em: <https://www.gupy.io/blog/inteligencia-artificial-no-recrutamento-e-selecao>, consultado a 18 de janeiro de 2020

Como funciona a utilização de inteligência artificial nos processos seletivos?, disponível em: <https://www.gruposeres.com.br/inteligencia-artificial-processos-seletivos/>, consultado a 28 de janeiro de 2020

Employment Screening - Employment Background Checks, disponível em: <http://www.criminalbackgroundrecords.com/employment-screening-pre-employment-background->

heck.html?s=ad&gclid=CjwKCAiA35rxBRAWEiwADqB373nBHvCFnfFRbsZhHbjqW-RW71kTmy9RGCVpXY17ByGwe7znFyLw2xoCw7EQAvD_BwE, consultado a 21 de janeiro de 2020

Estamos preparados para o Recrutamento Digital?, disponível em: <https://spark2d.com/estamos-preparados-para-o-recrutamento-digital/>, consultado a 28 de janeiro de 2020

Inteligência Artificial, disponível em: <https://observador.pt/explicadores/inteligencia-artificial/>, consultado a 2 de janeiro de 2020

Os prós e contras do recrutamento por algoritmo, disponível em: <https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/2018/08/08/os-pros-e-contras-do-recrutamento-por-algoritmo.ghtml>, consultado a 18 de janeiro de 2020

Saiba como funciona um algoritmo e conheça os principais exemplos existentes no mercado, disponível em: <https://rockcontent.com/blog/algoritmo/>, consultado a 4 de janeiro de 2020

Jurisprudência Utilizada

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, 2.^a Turma, de 8 de fevereiro de 2012, disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.2:acordao;rr:2012-02-08;38100-2003-5-20-0>

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região, 7.^a Turma, de 7 de março de 2012, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trt-rs-proibe-empregador.pdf>

Acórdão do Court of Appeals of California, First Appellate District, Division Three, de 17 de novembro de 1989, disponível em:

<https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/215/1034.html>