



CATÓLICA PORTO

DIREITO

As NTIC e as redes sociais *online* entre a supremacia do empregador e os Direitos Fundamentais do trabalhador

Por: Ana Salomé Babo

Dissertação de Mestrado, na área de Direito do Trabalho, sob a orientação da Exma. Senhora Professora Doutora Milena Silva Rouxinol.

junho
2015



CATÓLICA PORTO

DIREITO

As NTIC e as redes sociais *online* entre a supremacia do empregador e os Direitos Fundamentais do trabalhador

Por: Ana Salomé Babo

junho
2015

Por:
Ana Salomé Barbosa Macedo Babo

Sob orientação da:
Professora Doutora Milena Rouxinol

Porto
junho de 2015

*Ao Zeca, por me ter deixado ser “a menina dos seus olhos”.
À Beatriz, por ser a pessoa da minha vida, desde o dia em que nasceu.
Ao Pedro por me dar, apesar de turbulenta, a história da minha vida.*

Agradecimentos:

Dra. Milena Rouxinol, por toda a preocupação,
disponibilidade e cuidado que me prestou.

Dra. Catarina Carvalho por ser uma inspiração e
por me ter feito apaixonar pelo Direito do Trabalho.

Ao Dr. Diogo Lopes Janeiro por ser o melhor e mais paciente Patrono do mundo.

À Mafalda Guimarães por todo o apoio, inspiração,
paciência, ajuda e partilha.

À Catarina Ferreira por todo o otimismo e palavras de força e incentivo.

À minha Avó por todo o carinho, preocupação, força e incentivo.

À Beatriz, minha Irmã, por todos os intervalos que me forçou a fazer,
por ser a pessoa mais genuína e feliz que eu conheço e
por encher o meu Mundo com sensações indescritivelmente bonitas,
que seja sempre assim.

À minha Mãe, por confiar tão desmedidamente em mim
que me faz acreditar que, se eu quiser, só por querer, posso ser o infinito.

Ao meu Pai por me obrigar a ter os pés assentes no chão e
por nunca ter limites quando o propósito é ajudar-me,
fazer-me crescer e ser feliz.

À vida, por ser tão boa comigo.

Abreviaturas:

AC – Acórdão

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CC - Código Civil

Cfr – Confrontar com

Cit – citada

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

Cons – Consultado/consultável

CP- Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código de Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro

D. - Diretiva

DLG – Direitos Liberdade e Garantias

NTIC – Novas Tecnologias de Informação e Comunicação

Ob. – Obra

p. – Página

p.e. – Por Exemplo

PDT – Prontuário de Direito do Trabalho

QL – Questões Laborais

R.O.A. - Revista da Ordem dos Advogados

s- seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vd – Vide

Vol. – volume

Nota de Citação

Todos os artigos enunciados na presente dissertação, salvo expressa referência em contrário, reportam-se ao Código de Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro.

As referências bibliográficas são citadas pelo autor, título, editora, local de publicação, data e página. A primeira citação de todos os artigos e obras efetua-se pela referência bibliográfica completa, enquanto nas seguintes o título é abreviado ou substituído pela sigla *op. cit.*, desde que na dissertação não sejam mencionadas outras obras do(s) mesmo(s) autor(es). Os restantes elementos adicionais serão omitidos, com exceção da indicação das páginas.

As decisões jurisprudenciais dos tribunais nacionais superiores, citadas sem qualquer indicação de publicação, foram consultadas através da base de dados jurídico-documental *online* do IGFEJ (www.dgsi.pt).

A bibliografia final contém todas as obras citadas, com referência completa dos elementos supra referenciados, encontrando-se elencada por ordem alfabética, tanto os autores quanto as obras referentes a cada um.

Índice

Introdução	11
CAPÍTULO I: O contrato de trabalho e direitos fundamentais	
1. O contrato de trabalho como relação assimétrica	14
2. Os direitos fundamentais do trabalhador como contrapólo da supremacia do empregador	
2.1. Considerações gerais	18
2.2. Direito à reserva da intimidade do trabalhador	22
2.3. Comportamentos extralaborais dos trabalhadores	28
CAPÍTULO II: As NTIC e as Redes Sociais <i>online</i>	
1. Considerações gerais	31
2. Redes sociais e candidatura a emprego	33

3. Redes sociais online, controlo do empregador e condutas extralaborais	33
4. A privacidade e o direito ao esquecimento online	37
5. O Trabalhador, o Facebook, os “grupos” e os “gostos”	39
6 . O controlo do empregador e as mensagens online	40
7. Redes Sociais e a jurisprudência nacional	43
Conclusão:	48

Introdução

Do contrato de trabalho impele uma organização onde a máxima central consiste na ideia de que “um manda e outros obedecem”¹.

Esta desigualdade é o grande marco da relação laboral distinguindo-a das demais relações jurídico privadas sendo evidente tanto no plano factual quanto no plano jurídico, manifestando-se quer na celebração quanto na execução do contrato: ao empregador cabe orientar o modo de execução do trabalhador, ao trabalhador cabe, para além de cumprir as orientações daquele, um conjunto de deveres laborais acessórios.

O desafio do direito do trabalho será, portanto, o de encontrar a fórmula que estabeleça um equilíbrio entre a competitividade das empresas e os direitos de cidadania e de dignidade de quem trabalha ou seja, um equilíbrio entre a eficácia empresarial e a tutela dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores², garantindo um equilíbrio que assegure tanto a liberdade de empresa como os direitos dos mesmos³.

No âmbito deste estudo, procuraremos determinar quais os limites ao poder do empregador e aos deveres do trabalhador, sobretudo no que respeita à proteção do direito à reserva da sua vida privada e relacionar estas questões com a evolução do uso das NTIC.

A utilização indiscriminada e (muitas vezes) pouco sensata das NTIC, e sobretudo das redes sociais online podem acarretar vicissitudes nas relações laborais vigentes: por um lado pela difusão de comentários, por outro, porque cria uma janela aberta para a vida do trabalhador, dando margem para um maior controlo do empregador.

O que tentaremos averiguar é, até onde pode chegar o poder de controlo do empregador face a estas NTIC? Quais os limites aos deveres do trabalhador?

¹ Cit. “Weimar, y después?”, in *Autoridad y.. apud MOREIRA, Teresa, “A Privacidade dos trabalhadores...”*, 399.

² Cit. ABRANTES, J.J., “*O Código do Trabalho e a Constituição*”, *QL*, ano X, nº22, 2000.

³ É a neste propósito que o Direito do Trabalho tem vindo a desenvolver uma forte feição protecionista, no sentido de assegurar a proteção da parte mais fraca.

CAPÍTULO I:

O contrato de trabalho e direitos fundamentais

1. O contrato de trabalho como relação assimétrica

O art.11ºCT define o contrato de trabalho como sendo aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade intelectual ou manual a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

Daqui resultam três elementos essenciais: a prestação de trabalho, a retribuição e a subordinação jurídica⁴. Destarte, a pessoa do trabalhador obriga-se a prestar determinada atividade sob a subordinação, as ordens e direções do empregador, sujeitando-se ao poder disciplinar deste sempre que agir em desconformidade.

Esta subordinação jurídica a que o trabalhador está sujeito ilustra o principal critério de qualificação do contrato de trabalho, distinguindo-o dos demais contratos⁵. Trata-se do reverso do poder diretivo que é atribuído ao empregador e encontra-se ilustrada no CT nomeadamente na letra do art.97º onde diz “competete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado” e no art.128º, nº1,a.l.e), onde se estabelece que ao trabalhador competirá cumprir ordens e instruções do empregador respeitantes à execução e disciplina do trabalho que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias⁶.

O vínculo laboral atribui ao empregador uma tríade de poderes: o poder de direção, de regulamentação e disciplinar.

O poder de direção, como se disse, traduz-se na competência que é atribuída ao empregador de estabelecer os termos em que o trabalhador deverá prestar o seu trabalho, dentro dos limites estabelecidos no contrato e na lei (art.97º). O poder disciplinar, art.98º, consiste na *“faculdade, atribuída ao empregador, de aplicar, internamente, sanções aos trabalhadores ao serviço cuja conduta conflitue com os padrões de comportamento da empresa ou se mostre inadequada à correta efetivação do trabalho”*⁷. Por fim, o poder de

⁴ Vd. JÚLIO GOMES, “Direito do Trabalho – Relações individuais de trabalho”, vol.I, Coimbra Editora,2007, p.101 s

⁵ Neste sentido, Cfr. AMADO, Leal, “Contrato de Trabalho”, 3ª Edição, 2011, Coimbra, p. 59.

⁶ No entanto, o trabalhador tem, ainda no âmbito deste preceito, um direito de desobediência e de resistência quando confrontado com ordens ilegítimas ou ilegais. Nestas circunstâncias, cabe ao trabalhador manifestar ao empregador a sua intenção de não acatar a ordem dada.

⁷ FERNANDES, Monteiro, “Direito...”, p.256.

regulamentação consiste na possibilidade de o empregador elaborar um regulamento interno da empresa sobre a organização e disciplina do trabalho (art.99º).

Com a celebração do contrato de trabalho, o trabalhador está, desde logo, obrigado ao dever principal de se colocar à disposição do empregador para prestar a atividade laboral para a qual foi contratado. No entanto a lei impõe-lhe, ainda, a sujeição a uma série de deveres acessórios, conexos com o dever de prestação principal e que decorrem do princípio da boa fé e da mútua cooperação (art.126º,nº1e2)⁸. Assim, de acordo com o art.128.º, os trabalhadores, devem cumprir deveres acessórios de obediência e zelo, assiduidade e pontualidade, de respeito e urbanidade⁹, de diligência, lealdade e cooperação para com o empregador¹⁰.

Decorre, por isso, da própria celebração do contrato de trabalho uma inevitável desigualdade jurídica, na medida em que uma das partes, o empregador, tem o poder legal de orientar e dirigir as prestações dos trabalhadores, havendo uma limitação da liberdade e da dignidade da pessoa do trabalhador, já que este não tem o poder de agir livremente de acordo com a sua vontade.

Esta relação assimétrica, onde o trabalhador se apresentar como sendo a parte mais fraca e a eventualidade do empregador abusar dos poderes que a própria lei lhe confere constituem uma verdadeira ameaça à afirmação dos direitos fundamentais daquele. Trata-se, na verdade, de um problema de delimitação de direitos, já que os direitos fundamentais dos trabalhadores encontram-se em verdadeiro conflito com o direito à liberdade de empresa, também constitucionalmente previsto.

A ser assim, o empregador não pode desrespeitar os direitos constitucionais dos trabalhadores, e o exercício destes direitos não pode pôr em causa a finalidade da empresa. Neste sentido, deverá procurar encontrar-se, partindo de uma ideia de unidade constitucional,

⁸ QUINTAS, Paula e QUINTAS, Hélder, “*CT anotado e comentado*”, Almedina, 2012, 383.

⁹ O STJ, ac. de 12.02.2000, considerou que “I.O trabalhador tem a obrigação de tratar a entidade patronal com respeito e urbanidade. II. Se o trabalhador apelida um seu superior de “merdas” viola aquele dever. III. Se aquele comportamento do trabalhador surge como resposta ou comentário a uma afirmação daquele superior sobre o exercício da atividade de outro trabalhador; se aquela expressão é referida à colega que deu conhecimento do comentário do superior e não criou um ambiente de trabalho; e foi proferida sem “animus injuriandi” não se verifica a justa causa de despedimento”.

¹⁰ Segundo JORGE LEITE, tratam-se de “*deveres de conduta inseridos no correto desenvolvimento da relação de trabalho*”, “*Direito do Trabalho*”, vol.II, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999, 94.

a melhor forma de harmonizar ambos os direitos, isto é, encontrar uma concordância prática de todos os interesses envolvidos¹¹, através de limites que têm de ser definidos quer em relação ao poder diretivo do empregador, quer à própria subordinação jurídica a que o trabalhador se encontra adstrito.

2. Os direitos fundamentais do trabalhador como contrapólo da supremacia do empregador

2.1. Considerações gerais

O trabalhador, por o ser, não perde o gozo dos direitos fundamentais que lhe são atribuídos por ser, antes de mais, pessoa humana, isto é, os direitos fundamentais constitucionais e extra constitucionais que lhe assistem enquanto cidadão¹² de um Estado de Direito Democrático. Interessa-nos aqui a ideia de direitos fundamentais enquanto direitos inerentes à pessoa humana, no entanto, convém sublinhar que esta não é uma aceção livre de discussão pela doutrina.

Estes direitos devem ser encarados como componentes estruturais básicas do contrato de trabalho, atendendo às características que lhes são próprias e que transformam a pessoa do trabalhador no contraente mais frágil: o trabalhador “entrega” ao empregador a sua força de trabalho, a sua disponibilidade, a sua própria pessoa, assumindo um compromisso de se submeter a vontades que lhe são alheias, o que torna a relação laboral numa relação de dependência.

Os direitos fundamentais não podem deixar de constituir uma matéria relevante no âmbito do direito laboral, quer pela inseparabilidade da pessoa do trabalhador, que torna mais provável ameaças aos seus direitos fundamentais como pela possibilidade de limitação desses direitos pela própria natureza do vínculo laboral¹³.

¹¹ Para mais desenvolvimentos consultar J.J. ABRANTES, “*Contrato de trabalho e direitos fundamentais - breves reflexões*”, in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, 112-114.

¹² Como realça J. J. ABRANTES, “*O novo Código do Trabalho...*”: “Ao celebrar o contrato, o trabalhador não renuncia à sua liberdade enquanto pessoa e cidadão”, cit. 148.

¹³ RAMALHO, Maria Palma, “*Contratos de trabalho e direitos fundamentais da pessoa*”, in Estudos em homenagem à Professora Isabel Magalhães Colaço, II, Almedina, Coimbra.

A Constituição¹⁴ encara o trabalhador¹⁵ como sendo titular de direitos fundamentais, na medida em que elenca um conjunto de direitos que lhe são próprios e que se traduzem em verdadeiras restrições ao poder e à liberdade de empresa do empregador. A relação laboral não pode por em causa o respeito pelos direitos que a Constituição reconhece aos cidadãos em geral, mantendo o trabalhador, em princípio, todos os direitos de que são titulares todas as outras pessoas¹⁶.

Os deveres legalmente impostos ao trabalhador, nomeadamente o dever de lealdade, não poderão ultrapassar a “lealdade ao contrato”¹⁷, que se encontra vinculado ao leque de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

De notar que, ainda que seja inevitável que o exercício da atividade profissional e a própria inserção do trabalhador na organização empresarial comporte restrições e compressões à liberdade e exercício de direitos fundamentais, essas compressões não existem face aos próprios direitos fundamentais¹⁸, pelo que apenas fica condicionado o exercício dos direitos e não a sua titularidade, podendo o trabalhador recuperar a plenitude desse exercício, a qualquer momento, mediante a rescisão do contrato de trabalho¹⁹.

A lei civil também tutela o direito à reserva da vida privada do trabalhador. Este direito cabe no âmbito dos direitos de personalidade que como esclarece JORGE MIRANDA,

¹⁴ Como explica J.J. ABRANTES, “*Contrato de trabalho... breves reflexões*”, 107, as relações entre o contrato de trabalho e os direitos fundamentais conheceram, ao longo da história, diversos momentos. Num primeiro momento, consagrou-se os chamados direitos fundamentais específicos dos trabalhadores, isto é, os direitos coletivos; numa segunda fase, que se reporta aos dias de hoje, assiste-se à chamada “cidadania na empresa”, que consiste na consagração de direitos fundamentais não especificamente laborais. Vd ainda: J.J. ABRANTES, “*Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*”; Maria Ramalho, “*Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da Pessoa*”; Teresa Moreira, “*Direitos de personalidade*”.

¹⁵ Para efeitos de interpretação constitucional, deverá ter-se em consideração o trabalhador subordinado, isto é, todo o trabalhador que trabalha ou presta serviço por conta e sob direção de outrem, independentemente da categoria deste e da natureza jurídica do vínculo, cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob.cit. anotação III, art. 53º da CRP.

¹⁶ Vide, J.J.ABRANTES, “*Contrato de trabalho... breve reflexão*”, 107-108.

¹⁷ Cfr. ABRANTES, J. J., “*O novo Código do Trabalho...*”, 149.

¹⁸ MOREIRA, Teresa, “*Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*”, Coimbra Editora, 2004, Coimbra anot. 961, 380.

¹⁹ Cfr, ABRANTES, José João, “*Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*”, 46.

assumem, no plano privado, o papel desempenhado pelos direitos fundamentais no direito público^{20 21}. A tutela civil dos direitos de personalidade no domínio laboral encontra-se prevista nos art.70ºs CC. No entanto, e ainda que estas normas sejam diretamente aplicáveis em matéria de Direito do Trabalho, o legislador laboral decidiu regulá-los num regime especial de tutela laboral, art.14º a 22º.

A posição de fragilidade do trabalhador surge logo na medida em que, quando se obriga à prestação laboral, este não se obriga a um *dare*, mas sim, a um *facere*, isto é, à prestação de uma certa atividade²². A ser assim, caberá ao empregador fixar os termos e os modos concretos em que essa atividade deverá ser realizada, encontrando-se o trabalhador disponível para trabalhar de acordo com as instruções do empregador²³. É esta disponibilidade que torna mais frágil a posição do trabalhador e que torna inevitável a violação de direitos fundamentais por parte do empregador.

Porém, MENEZES CORDEIRO²⁴ ressalva que “a força e trabalho pertence à esfera privada”, pelo que, uma pessoa deve trabalhar porque assim o decidiu, livremente, assumindo um compromisso para o fazer, aceitando limitar a sua esfera privada²⁵. Ou seja, o trabalhador deverá, livremente, aceitar a sua submissão ao poder diretivo do empregador, aceitando vincular-se às suas ordens e direções.

Ainda que seja verdade que, em princípio, há uma livre aceitação por parte do trabalhador de limitar a sua esfera privada²⁶, apenas serão admissíveis as compressões estritamente necessárias²⁷ para assegurar o direito à liberdade de empresa. Os direitos

²⁰ Cfr. MIRANDA, Jorge, “Direitos fundamentais e ordem social...”, 288.

²¹ Vide. DRAY, Guilherme, “Princípio da proteção do trabalhador”, considera que, o que distingue estes direitos é apenas a fonte da sua atribuição, já que, os direitos fundamentais são os direitos das pessoas que se encontram contemplados na CRP em termos formais e solenes, enquanto que os direitos de personalidade encontram-se regulados nas leis civis, cfr, 169 e 170.

²² Cfr. CORDEIRO, MENEZES, “Manual de Direito do Trabalho”,16-17, no mesmo sentido, Teresa Moreira, “A privacidade dos trabalhadores e as...”, 358 e 359.

²³ Cfr. MONTOYA MELGAR, “El poder...”, 63.

²⁴ Cfr. CORDEIRO, Menezes, “O respeito pela esfera privada do trabalhador”,19.

²⁵ Cfr. CORDEIRO, Menezes, ob. cit.19.

²⁶ Como refere MENEZES CORDEIRO, “Há limites que nenhum fim, por excelente que se apresente, pode postergar”, cit., ob. cit. 37.

²⁷ Deverá, a este propósito, atender-se ao art. 18º, nº3 da CRP.

fundamentais do trabalhador-cidadão são, por força do nº1, art.18ºCRP “*diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”²⁸, pelo que, as restrições a estes direitos terão de “*limitar-se ao necessário*”²⁹ para *salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*”, sendo que, em circunstância alguma poderão “*diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*”, de acordo com o art.18º, nº2 e 3 CRP.

Em princípio, o empregador, não poderá exercer o seu poder diretivo, sempre que tal venha a colidir com direitos fundamentais do trabalhador, ainda que em causa estejam interesses relevantes da empresa, relacionados com o seu bom funcionamento e com o correto desenvolvimento das prestações contratuais laborais³⁰.

Desta forma, o empregador só poderá limitar a liberdade do trabalhador quando tal lhe seja especificamente permitido, legal, contratual ou convencionalmente, e/ou nos casos em que haja interesses subjacentes à sua atuação que, analisando o caso concreto, venham a revelar-se merecedores de uma tutela superior à liberdade que se visa restringir³¹.

Deverá considerar-se que os direitos fundamentais pessoais penetram na relação de trabalho, erigindo-se como um importante limite aos poderes do empregador e, ao mesmo tempo, como uma garantia do exercício de vários direitos fundamentais³².

Nas palavras de J. J. ABRANTES, deverá proceder-se a um reconhecimento da conflitualidade entre os direitos do trabalhador e os do empregador e redefinir contornos à subordinação jurídica e do dever de lealdade de modo a que seja possível alcançar um equilíbrio entre todos os valores constitucionais sem “*subalternizar os direitos do*

²⁸ Sobre a questão da aplicabilidade direta e sobre efeito horizontal dos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas fortemente marcadas pela desigualdade *inter-partes*, vd :GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “CRP anotada, vol.I” anot. IV ao art.18, 384; GUILHERME DRAY, “Princípio da proteção do trabalhador”, 183 a 191; J.J. ABRANTES “Direito do trabalho ensaios...”, 58.

²⁹ É necessário obedecer a um princípio de proporcionalidade ou da proibição do excesso que evitem formas de controlo do empregador contrárias à dignidade da pessoa do trabalhador, garantindo que o “uso da autonomia privada e negocial” não se traduza numa redução da pessoa a nada ou a objeto, vide. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, 387.

³⁰ Cfr. ABRANTES, J.J., “O novo Código do Trabalho”..., 150.

³¹ Cfr. ABRANTES, J.J., “Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho...”, 20.

³² Cfr. TERESA MOREIRA, “Direitos Fundamentais”. No mesmo sentido: J.J.ABRANTES “Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho”, 19.

trabalhador à liberdade de empresa”³³. Caberá, mais uma vez, ao direito laboral estabelecer e assegurar limites à intervenção do empregador de modo a que este controlo sobre a atividade do trabalhador não configure uma lesão à sua dignidade e dos seus direitos fundamentais: até porque, o contrato de trabalho não poderá, em circunstância alguma, ser encarado como “*uma licença para matar a dignidade humana*”³⁴.

2.2. Direito à reserva da intimidade do trabalhador³⁵

O direito à dignidade da pessoa humana é o ponto de partida dos restantes direitos fundamentais³⁶, constituindo um “*valor-limite*”³⁷ contra possíveis violações a estes direitos. Do direito à dignidade resultam vários outros, como o direito à liberdade ideológica e religiosa, o direito à honra, à liberdade de expressão e o direito à reserva da intimidade da vida privada, pessoal e familiar. A autonomia privada tem como limite este direito à dignidade humana.

O direito à reversa da vida privada e familiar³⁸ constitui um âmbito próprio e pessoal pertencente a cada indivíduo quanto ao conhecimento de aspetos sobre a sua vida por parte dos demais. Este direito desdobra-se em três partes: o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar, o direito a que ninguém divulgue informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem e o direito à liberdade de gestão da vida privada³⁹.

³³ Cfr. ABRANTES, J.J., “*Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*”, 112-114.

³⁴ Cit. MOREIRA, Teresa, “*Direitos de Personalidade*”, 97.

³⁵ Vd. JÚLIO GOMES, ob.cit. 320 s.

³⁶ Dispõe o art.1.º CRP: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”.

³⁷ CANOTILHO, Gomes e Moreira, Vital, anotação VI, art. 1.º da CRP.

³⁸ Como explica MOTA PINTO, o reconhecimento do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é “relativamente recente”, para mais desenvolvimentos: “*A proteção da vida privada e a Constituição*”, Boletim da FDUC 76, 2000; consultar, ainda, MOREIRA, Teresa, “*Da esfera...*”, onde a autora explica que ideia de intimidade e de vida privada tem a sua origem no Estado Liberal, cfr.63.

³⁹ É neste sentido que a CRP inclui a matéria do direito à privacidade na parte dedicada aos DLG, estabelecendo no art.26.º que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

A lei portuguesa não define o conceito de intimidade⁴⁰, privacidade ou de vida privada, pelo que tem sido a doutrina a preencher esta designação.

Neste sentido, ALICE CAMPOS considera que o conceito de privacidade aponta para a vida pessoal do ser humano, para aquilo que é mais íntimo nele e que não é suposto ser partilhado com um grupo alargado de pessoas ou tornar-se público⁴¹. Para MENEZES CORDEIRO, “a esfera privada dum pessoa corresponde ao conjunto de posições tuteladas pelo Direito e que não podem ser objeto de intromissão, sem autorização do próprio”⁴². O autor distingue ainda a esfera privada disponível da esfera privada indisponível e considera que goza de tutela legal tudo o que “de acordo com o sentir comum, seja considerado vida privada”. TERESA MOREIRA refuta que o direito à privacidade constitui um “âmbito de reserva inacessível no local de trabalho” que engloba não só os aspetos mais íntimos e pessoais dos trabalhadores como também vários outros aspetos que assentam sobre o próprio marco da relação de trabalho.

GULHERME DRAY, por sua vez, acolhe da doutrina alemã a “teoria três esferas” (“*Sphärentheorie*”) que distingue a “esfera íntima ou secreta”, a “esfera privada” e a “esfera pública”. Corresponderá à proteção da “esfera íntima” as convicções políticas e religiosas, a orientação e os comportamentos sexuais e o estado de saúde dos trabalhadores, cujo âmbito de proteção será, em princípio, absoluto. Caberá à “esfera privada” todos os aspetos que o titular possa ter interesse em não ver revelados mas cuja proteção pode ceder quando confrontado com interesses ou direitos superiores, como sendo a divulgação do seu domicílio, as habilitações académicas, hábitos de vida. Por fim, a “esfera pública ou social” diz respeito a todos os factos ocorridos em sociedade, ou seja, todos os factos de conhecimento público, e que por isso, poderão vir a ser livremente revelados⁴³.

⁴⁰ Ao longo do presente estudo utilizaremos indiscriminadamente os termos “intimidade” e “vida privada”.

⁴¹ Cfr. CAMPOS, Alice Pereira De, “*Infrações Disciplinares em Redes Sociais online*”, Direito e Justiça - Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, vol. I, Almedina, Lisboa, 2015, 112.

⁴² Cit. CORDEIRO, Menezes, “*O respeito pela esfera privada do trabalhador*”, 19.

⁴³ Cfr. DRAY, Guilherme, “*Justa causa e esfera privada*”; Esta “teoria das três esferas” tem sido acolhida pela doutrina, veja-se: MENEZES CORDEIRO, “*A proteção dos dados pessoais no Contrato de Trabalho*”, 126 ; DIOGO LEOTE NOBRE, “*A relevância dos comportamentos extra-*

Quanto a nós, entendemos que deverá integrar o conceito de intimidade do trabalhador, os factos relativos às relações que mantém com os restantes companheiros de trabalho, às comunicações por qualquer meio, incluindo e-mail e Internet, à realização de testes de saúde para despistagem de determinadas doenças (como VIH) ou testes genéticos e de controlo de substâncias estupefacientes ou álcool, ou até mesmo ao rendimento auferido.

A esfera privada do trabalhador merece grande atenção no nosso sistema jurídico⁴⁴, exigindo uma integração sistemática e interdisciplinar⁴⁵ na medida em que estão em causa não só regras laborais como também constitucionais, civis e penais, senão vejamos.

A lei civil estabelece e regula, no art.80ºCC, que *“todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”*, nº1, e ainda que, *“a extensão da reserva é definida conforme a natureza e a condição das pessoas”*.

Também a lei penal faz referencia à vida privada nos arts.192º, 193º, 194º e 195ºCP.

A lei laboral regula no art.16º,nº1 que *“o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada”*, acrescentando ainda que este direito à reserva da intimidade da vida privada abrange *“quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”*. Ora, o disposto neste artigo deverá ser complementado com disposto no art. 17º a 22º do CT, onde se encontram ilustradas as diferentes manifestações deste direito à reserva da vida privada.

A Lei nº 67/98⁴⁶, de 26 de Outubro regula o Regime De Proteção De Dados Pessoais. O art.2º estabelece o princípio geral do Regime ao dispor que *“o tratamento de dados laborais em sede de justa causa de despedimento”*, disponível em http://www.cuatrecasas.com/web/es-ESN/PDF/diogo_leote.pdf , 926; J. J. ABRANTES, *“Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho...”*, 22, nota 9.

⁴⁴ A preocupação com a intimidade e a esfera privada dos trabalhadores tem sido merecedora de atenção especial em vários diplomas comunitários e internacionais.

⁴⁵ Cfr. CORDEIRO, Menezes, ob. cit. 36.

⁴⁶ Transpõe para o ordenamento jurídico português a D. 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

personais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias". Deverá considerar-se dados pessoais, qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (art.3º, al. a)). Caberá à CNPD a o tratamento de dados pessoais dos trabalhadores (art.27º) e a função de verificar a sua conformidade com as normas de proteção de dados e proceder à realização de averiguações destinadas ao apuramento da existência de situações violadoras destas normas⁴⁷.

À semelhança do que se disse a propósito dos limites ao poder de controlo do empregador, ainda que, com a celebração do contrato de trabalho o trabalhador, explicita ou implicitamente, limita a sua esfera privada, tal não pode implicar que ao empregador seja reconhecido o direito de invadir, sem limites, a sua vida privada e íntima. Assim, as ingerências na intimidade do trabalhador por parte do empregador só poderão ser aceites em situações muito específicas e dentro de determinados limites.

Estabelece o art. 17º, nº1,al. a), que o empregador não pode exigir ao [candidato a emprego ou a] trabalhador que preste informações relativas à sua vida privada, a não ser que *“estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação”*. Nestes termos, o empregador só poderá aceder a factos da vida privada do trabalhador que estejam diretamente relacionados e que sejam profundamente necessários para a execução da atividade laboral fixada no contrato.

Na verdade, esta questão constitui uma verdadeira colisão de direitos, já que estamos perante dois direitos, protegidos simultaneamente pela Constituição, que se encontram em contradição: o direito à reserva da vida privada e o direito de empresa⁴⁸.

Ainda que, em princípio, se deva impor ao empregador o respeito pelos direitos fundamentais e os direitos de personalidade do trabalhador, a verdade é que, como faz notar

⁴⁷ Para mais desenvolvimentos acerca da CNPD vd. CATARINA CASTRO, “A protecção de dados pessoais dos trabalhadores”, 27-60; FIGUEIREDO DIAS, “Direito à informação, proteção da intimidade e autoridades administrativas independentes”, 615; MENEZES LEITÃO, “A *proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho*”, in A reforma ao Código de Trabalho, Coimbra, 2004.

⁴⁸ Veja-se a este propósito VIEIRA DE ANDRADE, “*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”, Almedina, 2012, 300-314.

MARIA PALMA RAMALHO⁴⁹, é possível que esses direitos sofram limites ou restrições resultantes do próprio contrato de trabalho. Estes limites podem ser imanentes, extrínsecos ou voluntários. Os limites imanentes dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade são inerentes a qualquer direito, na medida em que nenhum direito é absoluto e ilimitado e decorrem do princípio segundo o qual as situações jurídicas devem ser exercidas dentro dos parâmetros de adequação funcional ou de admissibilidade para que foram conferidas. Ultrapassados estes limites, ocorre uma verdadeira colisão de direitos⁵⁰. Por sua vez, os limites extrínsecos decorrem do relevo de outros interesses ou direitos que entrem em colisão com os direitos dos trabalhadores. Os limites voluntários podem surgir por vontade do próprio trabalhador (auto-limitação) ou por acordo entre o trabalhador e o empregador, fixado no contrato de trabalho ou por instrumento de regulamentação coletiva.

2.3. Comportamentos extralaborais dos trabalhadores

Como atrás evidenciamos, para além do dever principal de prestação da atividade laboral, o trabalhador está ainda obrigado a deveres conexos àquele. Tratam-se de deveres acessórios ao dever principal de prestação da atividade laboral.

Aqui chegados, iremos centrar a nossa atenção no dever de lealdade⁵¹ e no dever de diligência. Esta ideia de lealdade centra-se na obrigação do trabalhador de se apresentar ao trabalho nas condições mais adequadas para a prestação da atividade laboral para o qual terá sido contratado, devendo executar as suas funções de forma diligente, prestando toda atenção, cuidado, esforço e cautela razoavelmente exigíveis.

A exigência do cumprimento destes deveres têm como limite os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos a todos os trabalhadores.

⁴⁹ Cfr. RAMALHO, Maria Palma, “*Contrato de trabalho e direitos fundamentais da pessoa*”, 174-178; “*Tratado do Direito do Trabalho, part. II*”, – *Situações Laborais Individuais*, 5.^a Ed., Revista e Atualizada ao Código do Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas em 2011, 2012, 2013 e 2014, Almedina, Coimbra, 2014, 390-392.

⁵⁰ A propósito dos limites imanentes, PALMA RAMALHO, ob.cit. recorda o ac. do TRE. de 07.04.92 onde dois trabalhadores foram despedidos após terem sido descobertos, por alguém.

⁵¹ A ideia do dever de fidelidade exigido ao trabalhador tem sido denominado indiscriminadamente pelo doutrina como dever de fidelidade ou dever e lealdade, pelo que, neste estudo, será designado de ambas as formas.

No entanto, estes direitos, liberdades e garantias, poderão ser legitimamente restringidos, sendo que, essa restrição deverá limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e desde que não afetem “*a extensão e o alcance do conteúdo essencial*” desses direitos (art.18.º,nº 2 e 3CRP).

No ordenamento jurídico português, a valoração dos deveres de fidelidade e lealdade exigíveis aos trabalhadores têm sofrido inúmeras alterações com o passar dos anos⁵². Esta ideia, surgiu em Portugal com o corporativismo português e assentava num princípio de solidariedade de “patrões” e trabalhadores. A figura do “patrão” acentuava a inseparabilidade da vida privada com a vida laboral na medida em que a figura do empregador se confundia com a do bom chefe de família: um bom patrão seria aquele que se interessava com as condições de vida dos seus trabalhadores mesmo fora do local de trabalho, que se preocuparia com a habitação e vida familiar dos seus trabalhadores. A figura do “patrão”, enquanto autoridade patronal deveria estar próxima da figura parental⁵³. A ser assim, procurava-se sancionar todos os comportamentos extralaborais dos trabalhadores que pusessem em causa o prestígio e a reputação do empregador e da empresa. Não se procurava distinguir as condutas privadas dos trabalhadores que pudessem, ou não, ser influentes na relação de trabalho: a ideia central era o desprestígio que determinada conduta do trabalhador pudesse trazer ao empregador⁵⁴. As obrigações do trabalhador não se extinguíam para lá dos “muros da empresa”, devendo este adotar condutas que estivessem de acordo com os interesses e fins do empregador. Sancionava-se, desta forma, quaisquer comportamentos extralaborais com base no princípio de salvaguarda do prestígio e reputação da empresa e do empregador.

⁵² Para um desenvolvimento histórico, português e comunitário, mais detalhado em relação a esta questão vide. TERESA MOREIRA, “*Da esfera...*”, 381-407.

⁵³ Cfr. MOREIRA, Teresa, ob.cit., anot. 962, 381.

⁵⁴ No ordenamento jurídico italiano, durante o corporativismo, observou-se nitidamente esta inseparabilidade total da vida privada da vida laboral, através da estipulação de cláusulas de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho que estabeleciam como deveres laborais acessórios do trabalhador a exigibilidade de adoção de condutas moralmente irrepreensíveis nas suas vidas privadas; vd. MOREIRA, Teresa, ob.cit., p.384 e RAMALHO, Maria do Rosário, “*Da autonomia dogmática do Direito do trabalho, coleção teses, Almedina, 2000, Coimbra*” p. 351, nota 555; LEITE, Jorge, “*Direito do Trabalho*”, vol. I.

Esta ideia de fidelidade veio a ser muito criticada, sobretudo com o pós-Guerra, pelo seu irrealismo⁵⁵. Na verdade, com o passar dos tempos⁵⁶, a relação laboral alterou-se, passando a ser caracterizada pela massificação e pelo anonimato, existindo um maior distanciamento entre o trabalhador e o empregador: veja-se o exemplo das grandes empresas em que o empregador não tem forma de conhecer e zelar pelas dezenas de trabalhadores que tem a seu cargo.

Ainda que assim seja, a característica fiduciária da relação laboral não se alterou sendo, ainda hoje, exigível os valores de fidelidade e confiança entre trabalhadores e empregadores. ROMANO MARTINEZ⁵⁷ assegura que este afastamento entre a pessoa do trabalhador e a pessoa do empregador não veio alterar a confiança que se espera entre as partes, uma vez que, ainda que a massificação tenha quebrado o laço fiduciário entre o trabalhador e o empregador, não é aceitável que o trabalhador certo dia, para a realização da atividade a que se obrigou se faça substituir por outrem. Ou seja, o autor considera que, subsiste a exigência do dever de confiança, lealdade e fidelidade por parte do trabalhador desde logo porque, subsiste, nos contratos de trabalho, o elemento *intuitio personae*⁵⁸.

TERESA MOREIRA⁵⁹ ensina que, com a evolução da relação laboral, os deveres de lealdade e fidelidade deverão ser interpretados e preenchidos segundo o princípio da boa fé. Contudo, se com o corporativismo a noção de boa fé laboral consistia numa verdadeira dilação das obrigações do trabalhador, atualmente, devera ser entendida como um verdadeiro instrumento de cooperação e proteção dos interesses dos trabalhadores⁶⁰.

⁵⁵ Vd. CORDEIRO, Menezes, “*Concorrência laboral...*”, 499.

⁵⁶ Para um desenvolvimento mais detalhado sobre a evolução da relação laboral e do conceito do dever de fidelidade, vide: MOREIRA, Teresa, ob.cit., 381-407; RAMALHO, Maria do Rosário, ob.cit., 227; CORDEIRO, Menezes, “Da boa fé...”, 607.

⁵⁷ Cfr. MARTINEZ, Romano, “*Incumprimento laboral e justa causa de despedimento*”, 97-99.

⁵⁸ Para mais desenvolvimentos vd. LEAL AMADO, “*Contrato de Trabalho*”, 75-76.

⁵⁹ Cfr. MOREIRA, Teresa, ob.cit. 391, no mesmo sentido, vd. J.J. ABRANTES, “*Contrato de trabalho de direitos fundamentais*”, 113, considera que será necessário proceder a uma redefinição do âmbito e dos contornos da subordinação jurídica, sobretudo no que ao dever de lealdade diz respeito, pelo que, devera entender-se o comportamento leal e fiel do trabalhador através da definição de boa fé.

⁶⁰ Cfr. MOREIRA, Teresa, ob.cit.391, Apud Gil y Gil.

A boa fé laboral⁶¹ encontra-se prevista no art.126º e surge como um dever geral imposto às partes. Resulta daquele preceito que, *"o empregador e o trabalhador devem proceder de boa fé no exercício dos seus direitos e no cumprimento das respectivas obrigações"*. Esta ideia de boa fé é de especial relevância dada a implicação da pessoa do trabalhador na execução do contrato e no caráter tendencialmente duradouro destas relações⁶², pelo que tem como fundamento primeiro a criação de deveres e direitos recíprocos a ambas as partes.

Desta nova interpretação dos deveres de fidelidade e lealdade, também presente no art.762º,nº2 e no art.334º CC, resulta a ideia de que os deveres acessórios dos trabalhadores deverão estar confinados ao interior dos *"muros da empresa"*⁶³ e durante o horário de trabalho. No fundo, o trabalhador não deixa de estar obrigado a cumprir com correção e boa fé a sua atividade laboral mas não está obrigado a mais do que isso⁶⁴.

Consideramos, por isso, que o trabalhador tem a liberdade de, no exercício e gozo da sua vida íntima e privada, adotar todos os comportamentos, atitudes, crenças e ideais que bem entender, de acordo com os seus interesses, sendo independente da relação laboral que o liga ao empregador. A todo o trabalhador deverá ser reconhecido o direito à fruição de um período de isolamento, material ou psicológico, sendo esse período uma exigência biologicamente inerente ao homem⁶⁵ e completamente independente dos ideais, objetivos, expectativas e exigências do empregador. Estando vedado ao empregador vigiar, controlar, restringir ou sancionar o trabalhador pela adoção de tais condutas.

O poder diretivo do empregador deverá limitar-se a assuntos relacionados com a atividade laboral, devendo cessar a partir do momento em que o trabalhador deixa os *"muros da empresa"* e se encontra fora do horário laboral acordado. A ser assim, qualquer conduta adotada pelo trabalhador, no contexto da sua vida privada, não deverá, em princípio, relevar para o estabelecimento, manutenção ou extinção do contrato de trabalho.

⁶¹ Para mais desenvolvimentos acerca da boa fé laboral, vd. MONTEIRO FERNANDES, *"Reflexões acerca da boa fé na execução do contrato de trabalho"*.

⁶² Cfr. FERNANDES, António Monteiro, *ob.cit.*,109. No mesmo sentido, vd. MONTOYA MELGAR, *"La buena fe en el Derecho del Trabajo"*.

⁶³ Expressão usada por TERESA MOREIRA, *ob.cit.*, cit. 408.

⁶⁴ Cfr. LEITE, JORGE, *ob.cit.* 99-101.

⁶⁵ CATAUDELLA, Antonino, Riservatezza (diritto alla) apud Teresa Moreia, *"Da esfera ..."*,62.

O princípio deverá ser o da irrelevância disciplinar das condutas extralaborais dos trabalhadores, se assim não fosse, existiria uma total absorção da esfera pessoal pela esfera profissional o que limitaria a pessoa do trabalhador à condição de “*ser humano absolutamente laboralizado*”, sendo encarado como mero instrumento de trabalho⁶⁶. No entanto, não nos parece atendível a ideia da separação radical entre a vida profissional e pessoal do trabalhador, uma vez que “*o homem não é um aglomerado de ilhas*”, onde exista uma “*muro intransponível*” entre as diferentes vidas dos trabalhadores: a vida pessoal e a vida profissional⁶⁷.

Na verdade o direito à privacidade não é absoluto⁶⁸, podendo o trabalhador adotar comportamentos que, ainda que ocorram fora do local e do horário laboral, podem ser potencialmente lesivos da imagem e do prestígio da empresa, da pessoa do empregador ou da relação deste com os colegas e que poderá acarretar uma total impossibilidade da manutenção da relação laboral que, nos termos atrás expostos, se deve fundir segundo critérios de confiança *inter partes*⁶⁹.

O ponto de partida deverá ser sempre o da irrelevância disciplinar das condutas extralaborais, na medida em que ao trabalhador deverá ser reconhecido o direito de adotar convicções, ideologias, escolhas ou condutas que sejam independentes das adotadas pelo empregador, sobretudo quando se encontra no gozo da sua vida íntima. No entanto, o trabalhador não poderá, em circunstância alguma, invocar esse direito, causar perturbações específicas à empresa.

Desta forma, em determinadas circunstâncias poderá ser reconhecido ao empregador o direito de exigir que o trabalhador se abstenha ou que pratique determinadas condutas, com vista à manutenção do bom nome da empresa, em virtude do cargo que exerce ou da própria atividade ali prosseguida⁷⁰. Considerando-se mesmo que a prática, ou não, dessas condutas

⁶⁶ Cfr. AMADO, LEAL, “*As condutas extra-laborais do praticante desportivo profissional*”, 176.

⁶⁷ No mesmo sentido, LEAL AMADO, 97.

⁶⁸ Cfr. J.J. ABRANTES, “*Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho...*”, 37.

⁶⁹ A violação da confiança também pode levar a que o trabalhador, legitimamente, rescinda do contrato de trabalho: veja-se a este propósito o ac. do TRP de 27.04.15.

⁷⁰ Veja-se o caso especial dos praticantes desportivos profissionais e dos trabalhadores dirigentes. Em posições distintas quanto aos praticantes desportivos LEAL AMADO, “*Contrato de trabalho desportivo Anotado*” 46-49; “*As condutas extra-laborais do praticante desportivo profissional (alguns tópicos...)*”; TERESA MOREIRA, ob.cit.; face ao trabalhador dirigente, vd. TERESA MOREIRA,

poderá relevar para efeitos disciplinares. Tratam-se, por isso, de verdadeiros desvios ao princípio da irrelevância jurídica das condutas extralaborais e só poderão ocorrer em casos muito excepcionais: seja por se considerar que houve uma lesão do bom nome ou do prestígio da empresa seja porque, em consequência daquela conduta, se tornou inviável a manutenção da relação laboral por quebra irreversível da confiança.

GOÑI SEIN considera tratar-se de uma questão bastante “difusa”⁷¹, pelo que, para que os comportamentos da vida privada possam ser considerados disciplinarmente relevantes é necessário, como vimos, que ponham em causa o prestígio e a imagem da empresa, sendo, para tal, necessário atender a factores casuísticos como sendo o posto de trabalho, o tipo de trabalho exercido, a posição do trabalhador na empresa, entre outros⁷².

LEAL AMADO reforça que “o trabalhador não deixa de ser pessoa-cidadão no espaço de tempo laboral”, e, “a pessoa-cidadão também não deixa de ser trabalhador fora do espaço-tempo laboral”⁷³. Assim, ainda que o trabalhador não tenha, em princípio, de restringir a sua vida privada aos ideais seguidos pelo empregador e, ainda que, ao empregador não seja reconhecido o direito de se imiscuir na vida privada do trabalhador, a verdade é que, o dever de lealdade a que aquele está adstrito impede-o, à partida, de adotar condutas que sejam susceptíveis de melindrar a imagem e o bom nome da empresa ou de criar constrangimentos ao vínculo de trabalho existente.

JORGE LEITE⁷⁴ ensina que “enquanto a vida extraprofissional do trabalhador não impedir o correto cumprimento do contrato ela é indiferente para o direito do trabalho”, considerando que mesmo quando os excessos extralaborais se reflitam negativamente na vida laboral, apenas poderá ser apreciado e sancionado o reflexo desses e não os excessos em si.

ob.cit. 438 ;vd. ainda, JORGE LEITE, que entende ser necessário atender ao critério do trabalhador normal, mas tendo em conta a natureza das funções exercidas, o contexto técnico-productivo e elementos subjetivos que podem variar o grau de diligência exigível perante circunstâncias concretas, como sendo a idade, a fadiga e a experiência, ob.cit. 96.

⁷¹ GOÑI SEIN, “*El respeto...*” apud MOREIRA, Teresa, ob.cit. 446.

⁷² Cfr. MOREIRA, Teresa, ob.cit., 447.

⁷³ Cit. AMADO, LEAL, “*As condutas extra-laborais do praticante desportivo profissional*”.

⁷⁴ Cfr. LEITE, Jorge, “*Direito do Trabalho, vol.II*”, 175. Este entendimento tem sido o seguido pela doutrina francesa que entende que as obrigações que decorrem do contrato de trabalho podem acompanhar o trabalhador, pelo que, uma oposição demasiado nítida entre a vida extra profissional e extraprofissional poderá ser “inexata e enganosa”, PHILLIPPE CHAMPAUX, “*La vie personnelle*” apud MOREIRA, Teresa, cfr. ob.cit.

No mesmo sentido, TERESA MOREIRA⁷⁵ acolhe o entendimento da doutrina e jurisprudência francesas conhecido como “*trouble caractérisée*”, que defende que apenas serão de relevar os comportamentos que vierem a causar uma “*perturbação específica no seio da empresa*”, devendo atender-se apenas aos reflexos desses comportamentos na relação laboral e não o comportamento em si.

Aqui chegados, concluímos que caberá ao empregador o ónus da prova do nexo de causal entre os comportamentos extralaborais dos trabalhadores e a quebra irreversível da confiança que inviabiliza a relação laboral. Veja-se, p.e., o ac. do TRP de 21.10.85 onde o Tribunal considerou existir justa causa de despedimento na sequência de uma trabalhadora ter agredido outra, ainda que fora do local de trabalho, face ao burburinho ali causado⁷⁶; ou ainda, o recente ac. do mesmo Tribunal de 10.06.10 que considerou ilícito o despedimento de um trabalhador a quem foi detetada a taxa de 2,3g/l de álcool no sangue, aquando o exercício das suas funções⁷⁷.

CAPÍTULO II:

As NTIC e as Redes Sociais *online*

1. Considerações gerais

A evolução das NTIC têm sido uma mais valia quer para as pessoas singulares quer para as empresas, tendo-se tornado o principal veículo de comunicação: as pessoas singulares recorrem a estas NTIC para partilhar aspetos das suas vidas pessoais, opiniões ou para comunicar entre si; as empresas como forma de pesquisa das necessidades dos seus clientes, e da melhor forma de fazer propaganda aos seus produtos. Estas redes servem ainda como portal de perfis sociais onde várias associações expõem os seus ideais, objetivos, missões ou troca de ideias como é o caso das associações desportivas, das associações de caridade ou até mesmo associações sindicais. Nas palavras de TERESA MOREIRA as redes sociais *online*

⁷⁵ MOREIRA, Teresa, Ob.cit. 425 e 426.

⁷⁶ Vd. MENEZES CORDEIRO, “*O respeito pela esfera privada do trabalhador*”, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, Almedina, Coimbra, 2003, 23-46.

⁷⁷ Proc. 313/12.9TTAZ.P1, Vd. RAMALHO, M^a do Rosário, “*Factos da vida privada do trabalhador, prova ilícita e despedimento – comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Junho de 2013*”.

constituem, nos dias de hoje, “um local para o exercício do direito à informação e à liberdade de expressão sobre qualquer assunto e , em particular, sobre questões de trabalho”⁷⁸.

O uso cada vez mais indiscriminado das NTIC têm vindo a estreitar a relação entre o tempo de trabalho e o tempo de não trabalho, quer em termos de controlo da atividade do trabalhador, quer em relação à utilização que este faz dessas novas tecnologias. Fala-se, do acesso a determinados sítios da Internet ou da própria utilização das redes sociais *online*^{79 - 80}.

Esta problemática da relação dos trabalhadores com o uso da Internet, desdobra-se em dois aspetos distintos, por um lado, no facto dos trabalhadores poderem ver os seus comportamentos mais facilmente controlados pelo empregador e, por outro, em eventuais riscos do empregador ver difundidas informações ou comentários que lhe podem ser desfavoráveis. Estas problemáticas podem ocorrer desde logo no momento da candidatura a emprego e durante a execução da sua atividade.

Os direitos fundamentais à liberdade de reserva da vida privada, ao bom nome e reputação, à liberdade de empresa e de expressão⁸¹ ocupam um domínio particularmente sensível quando confrontados com publicações feitas, não raras as vezes sem grande decoro, nas redes sociais. Por esse motivo, as questões relacionadas com a subordinação jurídica e a posição de particular fragilidade do trabalhador na relação laboral, a garantia dos direitos

⁷⁸ Cit. MOREIRA, Teresa, “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online”, QL, 41, 2013, p. 95.

⁷⁹ MARIA REDINHA designa as “redes sociais” como sendo uma aplicação da internet que permite a criação de conteúdos gerados pelos utilizadores e que se destina a congregar, em regra por multiplicação, comunidades virtuais assentes na partilha de informações, interesses e atividades. Acrescentando que se tratam “inequivocamente de redes pela conexão estrutural que apresentam”, cit. “Redes Sociais: Incidência laboral Incidência Laboral (primeira aproximação)” PDT, nº87, Set./Dez. 2010,p.33e34; Na perspectiva de ALICE CAMPOS, deverá entender-se por rede social a estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações, que compartilham valores e objetivos comuns, Cfr., *ob.cit.*,p.117.

⁸⁰ JOANA VERÍSSIMO,AAVV, fazem um breve resumo sobre a evolução histórica destas redes, cfr. “Implicações Jurídicas das Redes Sociais na Internet: um Novo Conceito de Privacidade”,p.4; vd. ainda TERESA MOREIRA,*ob.cit.*,p.53-57.

⁸¹ Sobre o direito à liberdade de expressão, entre outros, vd. MENEZES CORDEIRO, “A liberdade de expressão do trabalhador”; JORGE LEITE, “Liberdade de expressão, infração disciplinar e justa causa”; JÚLIO GOMES, “Direito do Trabalho – Relações individuais de trabalho”, vol.I, Coimbra Editora, 2007, 272.

fundamentais e de personalidade à intimidade e os limites aos poderes do empregador assumem, neste contexto, uma maior complexidade.

Estas implicações decorrem do uso normal das redes sociais. O Facebook, por exemplo, define que tem como missão dar às pessoas o poder de partilhar tudo o que entenderem e criar um mundo mais aberto e em conexão seja entre amigos e familiares, seja para descobrir o que se passa no mundo, seja para partilhar e partilhar tudo o que seja considerado importante ou simplesmente interessante para os utilizador⁸². Centraremos a nossa análise a partir do uso desta rede social online, o Facebook, por considerarmos que será a rede mais utilizadas em Portugal⁸³, porém acreditamos que tudo o que for dito servirá para qualquer outra rede de socialização online ou blogue.

Como resume ALICE CAMPOS⁸⁴, cada utilizador, após efetuar o seu registo pode criar um perfil pessoal⁸⁵ e, a partir daí, trocar mensagens privadas com outros utilizadores, publicar informações⁸⁶ sobre os assuntos que entender, criar ou aderir a grupos de interesses comuns e publicar informações nos mesmos. No entanto, ainda que se trate de níveis de proteção diferentes para formas de privacidade diferentes⁸⁷, a verdade não deixa de ser uma: as redes sociais online vieram por em sério risco a intimidade, a honra e a reputação tanto do trabalhador como do empregador⁸⁸.

⁸² cit. <http://newsroom.fb.com/company-info/>, cons. em 29/06.

⁸³ No estudo “Os portugueses e as redes sociais”, revela que o Facebook é a rede social preferida pelos portugueses (96%), consultável em: <http://www.marktest.com/wap/>, consult. em 29/06.

⁸⁴ CAMPOS, Alice, *ob.cit.*, 118.

⁸⁵ O Facebook define “perfil” como sendo “coleção de fotos, histórias e experiências que contam a tua história”, cit. “Glossário de Termos”, <https://www.facebook.com/help/219443701509174/>, em 29/06.

⁸⁶ Estas publicações que o utilizador faz, quer no seu perfil quer no perfil de outro utilizador são designadas de “post”.

⁸⁷ Ideia partilhada por ALICE CAMPOS, *ob.cit.* 118.

⁸⁸ Cfr. SULMER COLINA “*La libertad de expresión del trabajador en Facebook y el poder disciplinario del empleador*”, 61, disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4646163>, cons. em 29/06.

2. Redes sociais e candidatura a emprego

O problema do uso das NTIC no momento da candidatura a emprego tem surgido na medida em que, começa a ser prática corrente⁸⁹ os empregadores utilizarem as redes sociais como mecanismo de pesquisa durante a seleção dos candidatos, como complemento da avaliação dos mesmos. Desta forma, os empregadores procuram nos perfis dos candidatos informações pessoais que não conseguem obter nos Currículos, como hobbies e hábitos, opiniões, preferências musicais, desportivas, musicais ou políticas, locais que frequentam, amigos em comum e as diferentes formas daqueles comunicarem e expressarem em ambientes descontraídos, enfim, uma panóplia de informação que, à partida deveria ser privada mas que usualmente é partilhada pelos utilizadores das redes sociais online⁹⁰. Como realça MARIA REDINHA⁹¹ *“já não é preciso perguntar aquilo que não se pode ou não se deve perguntar, pois em muitos casos a resposta às questões inconvenientes está dada antes mesmo de a pergunta ser formulada”*.

O acesso a este tipo de informação que, para além de privada é recolhida sem conhecimento ou consentimento pode incorrer em opções verdadeiramente injustas e discriminatórias por parte dos empregadores⁹². TERESA MOREIRA⁹³ compara estas formas de pesquisa às informações recolhidas no caso de o empregador pedir ao responsável pelo

⁸⁹ Um estudo americano (Careerbuilder.com) revelou que, em 2010, cerca de 20% dos empregadores investiga nas redes sociais os candidatos a emprego, apud REDINHA, MARIA, op. cit. 35.

⁹⁰ Cfr. MOREIRA, TERESA, *ob. cit.* 69; A autora refere, a título de exemplo, dados referidos por IRENE RIBEIRO, *“As redes sociais como ligação no mercado de trabalho”*, onde empresas como a Sonae, Optimus, Microsoft e Páginas Amarelas assumem usar as redes sociais online como complemento no processo de seleção dos candidatos a emprego.

⁹¹ Cit. MARIA REDINHA *ob.cit.*,37.

⁹² A este propósito veja-se os exemplos ilustrados por WILLIAM SMITH e DEBORAH KIDDER e SHERRY ROBERTS e TERRY ROACH, apud TERESA MOREIRA sobre uma organização não-governamental nova-iorquina que excluiu um candidato devido ao conteúdo da sua página pessoal no Facebook onde relatava inúmeros casos amorosos e o seu gosto por filmes violentos, ou o caso de outra empresa norte americana que recusou um estágio a uma estudante após ter visto no perfil da mesma uma fotografia em que segurava uma garrafa de vodka, ou ainda, o caso em que o gestor de recursos humanos num recrutamento para psiquiatra de um hospital norte-americano, recusou a candidata com o melhor currículo por ter encontrado fotos que considerou inapropriadas, *ob.cit.*70.

⁹³ MOREIRA, TERESA, *Ob.cit.*70.

recrutamento que seguisse todos os candidatos e ouvisse todas as conversas que estes tem com os amigos nos cafés, restaurantes ou bares, para controlar todos os seu movimentos, pelo que, não sendo esta ultima solução possível a primeira também não o deverá ser.

MARIA REDINHA considera que a questão de saber se os empregadores podem basear-se em informações disponíveis online nas suas decisões de contratar ou não com determinado candidato, deverá ser resolvida com base no disposto no art. 17º, CT, que, em regra, veda ao empregador a exigência de informações de carácter pessoal ou privado. No entanto, a autora ressalva que este direito à proteção de dados não proíbe o empregador de recolher dados que se encontram publicamente disponibilizados pelo titular do direito, considerando ainda que estes dados poderão configurar um verdadeiro consentimento do trabalhador para a sua captação e utilização pública. Assim, a ilicitude não está na recolha de informação privada mas sim na conduta discriminatória⁹⁴.

Quanto a nós, concordamos com as autoras citadas, cabendo-nos acrescentar que a pesquisa feita pelo empregador nas redes sociais pode ser ainda mais irrealista e falível do que a feita no caso em que o responsável pelo recrutamento vigia os candidatos, já que, ainda que a primeira seja obviamente inconcretizável, ou de muito difícil concretização, a informação proveniente destas redes sociais nem sempre reflete os reais hábitos de vida dos seus utilizadores. Em primeiro lugar não há forma de certificar a informação constante dos perfis das redes sociais como verdadeira, pelo que, ainda que o perfil esteja com a foto e o nome do candidato pode, na verdade tratar-se de um perfil falso⁹⁵, criado por outra/s pessoa/s com o objetivo de difamar, sem que aquele tenha qualquer conhecimento ou controlo sobre o mesmo, em segundo lugar porque a informação ali constante pode estar desatualizada⁹⁶ e em terceiro lugar porque muitas vezes estas redes são utilizadas para exibir autênticos exageros da realidade, como forma de ostentar estilos de vida falsos para impressionar os demais utilizadores.

⁹⁴ Cfr.ob.cit.37.

⁹⁵ A propósito da criação de perfis falsos e dos problemas que daí podem ocorrer, vd. JOANA VERÍSSIMO, AAVV,ob.cit.4-6.

⁹⁶ Veja-se, abaixo o disposto acerca do “direito ao esquecimento”.

Por tudo isto, concordamos com TERESA MOREIRA⁹⁷ quando afirma que não se vislumbra como factos da vida privada do trabalhador “*como fotografias onde uma candidata está em biquíni ou com uma garrafa de vodka na mão*”, poderão determinar a sua competência ou adequação a determinado posto de trabalho.

3. Redes sociais online, controlo do empregador e condutas extralaborais

A problemática laboral da utilização das NTIC pode surgir quer nas circunstâncias em que as incidências da rede seja feita no local de trabalho quer quando feitas fora dele⁹⁸.

Quando a incidência ocorrer no local de trabalho, o problema centra-se sobretudo no facto de a utilização destas NTIC constituir um factor de distração e de ocupação de tempo que deveria ser apenas tempo de trabalho. Como sublinha MARIA REDINHA, a utilização destas tecnologias pode ocupar bastante tempo e tornar-se uma atividade absorvente para aqueles trabalhadores que não resistem a consultar as suas caixas de correio ou a ocupar-se em diversos jogos⁹⁹ ali disponíveis.

Consideramos que, a utilização reiterada e abusiva feita no tempo e local de trabalho pode traduzir-se em verdadeiras perdas de produtividade pelo tempo que os trabalhadores-utilizadores despendem com o uso destas redes. Nestes casos, os trabalhadores incorrem em violação dos deveres de zelo, diligência e empenho a que está adstrito, de acordo com a al. c), do art. 128ºCT. No entanto, o acesso à Internet é cada vez mais facilitado¹⁰⁰, podendo os trabalhadores aceder às suas redes sociais online ou a qualquer outro sitio na Internet através de telemóveis ou *smartphones*, *Ipod's* e, agora, até mesmo dos próprios óculos ou do relógio¹⁰¹ de pulso que torna o controlo do empregador praticamente impossível e irreal. Este entendimento tem sido facilmente aceite pela doutrina e pela jurisprudência.

⁹⁷ MOREIRA, Teresa, “*To be or not to be digital: o controlo das redes sociais online dos candidatos no processo de recrutamento*”, in *Escritos Jurídico-Laborais para Jorge Leite*, vol.I, Coimbra Editora, 2014, 641.

⁹⁸ Cfr. REDINHA, Maria Regina, “*Redes Sociais...*”.

⁹⁹ Cfr. REDINHA, Maria Regina, *Ob. Cit.* 39.

¹⁰⁰ No estudo “*Os portugueses e as redes sociais*” *supra* citado divulgou que “26% usa smartphone para aceder às redes sociais entre as 13 e as 15 horas”, em <http://www.marktest.com/wap/a/grp/p~96.aspx>, cons. em 29/06.

¹⁰¹ *IWatch* ou os *IGlass*.

A utilização das redes sociais, como referimos *supra*, pode ainda potencializar a intromissão do empregador na vida pessoal do trabalhador.

Nestas redes sociais online, é comum¹⁰² expor-se partes das vidas privadas e íntimas dos seus titulares: fotografias de família, desabafos, pensamentos, opiniões, críticas. O acesso do empregador ou de outros trabalhadores a essas redes possibilita um conhecimento desses aspetos pessoais do trabalhador, que de outra forma não teriam acesso, e que pode traduzir-se numa verdadeira intrusão na esfera pessoal daquele.

Ora, estes desabafos, pensamentos, opiniões e críticas que os trabalhadores partilham nas suas redes sociais *online* podem inviabilizar a relação jurídica laboral, por ameaçar a reputação das empresas, do empregador, dos restantes trabalhadores, ou até de eventuais parceiros ou clientes, quando se traduzirem em comentários ou apreciações pouco abonatórias. Veja-se, a título de exemplo, as consequências para o bom nome da empresa e, consequentemente, para o valor das ações da companhia United Airlines, quando um cliente insatisfeito colocou um vídeo no Youtube onde revelava as suas críticas e desagrado enquanto passageiro¹⁰³.

Primeiramente, importa perceber até que ponto as publicações feitas nas redes sociais, mais concretamente no Facebook deverão ser consideradas privadas ou públicas e, portanto, se estarão protegidas pela liberdade de expressão do trabalhador e pelo direito à reserva da vida privada. A este propósito, o Court of Appeal da California entendeu, no caso que deu origem ao *Ac. Moreno vs Hanford Sentinel*¹⁰⁴ (2009) não existiu violação do direito à privacidade após ter sido publicado um artigo na rede MySpace por considerar que não havia qualquer expectativa nesse sentido, por parte da autora.

¹⁰² O mesmo estudo divulgou que 36% dos inquiridos assumem que publicam “pelo menos uma vez por dia” sendo “as fotos ou imagens são os tipos de publicações mais frequentemente colocadas”, de acordo com os dados divulgados em http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2899798, cons. em 29/06.

¹⁰³ Cfr. REDINHA, MARIA, op. cit. p.34, a Autora diz tratar-se de um testemunho partilhado num “livro de reclamações à escalda mundial”; vd. CHRIS AYRES, “Revenge is best served cold- onn YouTube”, que noticiou a situação, a 22 de Julho de 2009, <http://www.thetimes.co.uk/tto/law/columnists/article2051377.ece>, cons. em 29/06.

¹⁰⁴ O acórdão em questão pode ser consultado em: <http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1074276.html>, cons. em 29/06.

Por sua vez, um Tribunal holandês entendeu que “*o facto de todos os comentários e mensagens publicados no mural da rede social poderem ser republicados facilmente faz com que a informação seja visível para outras pessoas e, assim, deva ser considerada semipública*”, pelo que, considerou lícito o despedimento de um empregado de armazém na sequência de este ter expressado comentários ofensivos sobre a entidade patronal¹⁰⁵.

Em Espanha, o Tribunal Superior de Justicia de Cataluña na sentença 3636/2007 de 26 de mayo de 2007 decidiu-se pela procedência do despedimento por considerar que, pelo facto de que, qualquer pessoa conseguir aceder à publicação feita pelo trabalhador no seu blog, existia uma vontade implícita de difundir a mensagem publicada¹⁰⁶.

Em Portugal, a CNPD, a propósito da Deliberação nº 1638/2013 considerou que “*o acesso ao perfil pessoal do trabalhador em redes sociais é proibido*” esclarecendo que “*nas redes sociais os perfis pessoais são espaços utilizados para expressar a individualidade de cada um, caindo no circulo restrito da reserva de intimidade da vida privada, contendo, por regra, informações de carácter pessoalíssimo, e mesmo íntimo*”, pelo que o acesso a este tipo de informação estará “*manifestamente*” fora do espectro do art. 22.º, nº 2 CT¹⁰⁷.

Esta não é uma interpretação livre de críticas. Em principio, é o utilizador do perfil da rede social online quem define as suas próprias configurações de privacidade, sendo o próprio que decide restringir o acesso da mesma apenas aos amigos que estão adicionados naquela rede, aos “amigos dos amigos” ou ao público em geral. Como, por defeito, muitas destas definições de privacidade estão configuradas, desde logo, para serem acessíveis ao

¹⁰⁵ Caso referido por J.J. ABRANTES, “*Direitos Fundamentais da pessoa humana no trabalho*”, 31e32.

¹⁰⁶ O Tribunal referiu ainda que “*La Web-blog no va dirigida a ninguna persona en concreto y conlleva que cualquier persona tenga acceso, porque es un espacio abierto, de manera que se renuncia a la privacidad de su contenido*”, disponível em http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial, cons., em 29/06.

¹⁰⁷ De acordo com o art. 22.º CT enumera regras quanto à “*confidencialidade de mensagens e de acesso a informação*”, nos termos, o nº1: “*o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico*”, de acordo com nº2: “*o disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico*”.

público, concordamos com TERESA MOREIRA¹⁰⁸ que deverá, ainda, atender-se aos conhecimentos tecnológicos que o utilizador detém, para averiguar da privacidade do perfil.

Ora consideramos que apenas a informação partilhada nos perfis pessoais dos utilizadores cuja definição de privacidade restrinja o acesso aos “amigos” por ele adicionados poderá ser considerada no conceito de esfera privada. Em contrapartida, quando as definições de privacidade permitirem que determinados conteúdos publicados pelo utilizador possam ser vistos *online* por todos, ou pelos “*amigos dos amigos*”, deverá considerar-se público, por não parecer existir qualquer expectativa de privacidade¹⁰⁹.

No entanto, ainda que as definições de privacidade possam ser as mais restritas, coloca-se uma outra questão, que resulta do próprio conceito de “*amigos online*”¹¹⁰⁻¹¹¹, isto é, os “amigos” que são adicionados pelo utilizador e que podem não ser realmente amigos, na acepção tradicional da palavra. Os amigos *online* podem ser amigos próximos, conhecidos, ou qualquer pessoa que tenha feito o pedido de amizade ao utilizador ou ainda uma pessoa

¹⁰⁸ Cfr. MOREIRA, Teresa, ob.cit.91.

¹⁰⁹ JOANA VERÍSSIMO, AAVV, consideram que as publicações feitas nestas redes sociais online não parecem caber em nenhuma das três esferas, propostas pela doutrina alemã e acolhidas pela doutrina portuguesa (“*Sphärentheorie*”), *supra* explicada. Neste sentido, propõem a adoção de um “critério personalizável” segundo o qual, se o conteúdo partilhado pelo utilizador estiver definido como “privado”, e por isso, apenas visível aos amigos adicionados, estará dentro da esfera privada. Por sua vez, se o conteúdo estiver marcado como público, visível a todos os utilizadores, então considera-se que está dentro da esfera pública., ob.cit.17-18; no mesmo sentido “TERESA MOREIRA”, “A privacidade dos trabalhadores...”, 87.

¹¹⁰ Cfr. MOREIRA, Teresa, ob.cit. p.87; No mesmo sentido, vd. ALICE CAMPOS, “*Infracções disciplinares em redes sociais online*”, in *Direito e Justiça - Estudos dedicados ao Prof. Dr. Bernardo Lobo Xavier*, Almedina, Lisboa, 2015, 120; JOANA VERÍSSIMO, AAVV, ob.cit.18.

¹¹¹ No mesmo sentido, o TrL, ac. 24.09.14, esclareceu que “no conceito de “amigos” cabem não só os amigos mais próximos, como também outros amigos, simples conhecidos ou até pessoas que não se conhece pessoalmente, apenas se estabelecendo alguma afinidade de interesses no âmbito da comunicação na rede social que leva a aceita-los como “amigos”. O Facebook, no seu “Glossário de Termos”, disponível em, <https://www.facebook.com/help/219443701509174/>, define “amigos” como sendo “as pessoas com quem estabeleces ligações e com quem partilhas conteúdo no Facebook”, cons. a 29/06.

diferente da que aparece na identificação, como vimos *supra*, com os perfis falsos¹¹². Para além das hipóteses levantadas é ainda possível o acesso ilícito às informações partilhadas através de técnicas insidiosas (spyware¹¹³) ou o acesso indireto feito através de terceiros que estão agregados ao círculo de amizade online do utilizador¹¹⁴. Em bom rigor, a partir do momento que partilharmos seja o que for nestas redes sociais online, ainda que essa partilha seja feita apenas com os amigos online, não nos parece possível garantir o controlo efetivo dessa informação. As redes sociais são, na verdade um circuito indiscriminado de pessoas e de informação, bastando uma partilha ou um *print scream* para que percamos o controlo daquilo que pensávamos partilhar com um grupo restrito de pessoas.

Neste sentido, considerou o TRP que “*é muito fácil um utilizador perder o controlo dos dados que coloca na página pessoal: assim que um dado fica online, muito dificilmente desaparecerá, mesmo se depois for apagado*”¹¹⁵, o mesmo acórdão sublinha que “mesmo que o perfil esteja definido como privado, nada impede a quem tenha acesso autorizado ao mesmo de copiar os conteúdos e enviá-los a terceiros”, assim, os conteúdos partilhados, “*além de poder ser copiado para papel e exportado para outros sítios na Internet ou para correio electrónicos privados*” mantendo-se online por “*um período indeterminado de tempo*”.

4. A privacidade e o direito ao esquecimento online¹¹⁶

Ainda que o nível de privacidade das publicações feitas nas redes sociais seja, à partida, definido pelo utilizador, há quem¹¹⁷ coloque a questão de saber até que ponto estes utilizadores estão devidamente informados sobre estas definições de privacidade e até que

¹¹² Os perfis fictícios que se destinam exclusivamente à recolha de dados pessoais dos trabalhadores (ou dos candidatos a emprego) poderá incorrer o empregador em responsabilidade contratual (ou pré-contratual) por violação do princípio da boa fé; Cfr., Maria REDINHA, ob.cit. 37.

¹¹³ O **Spyware** consiste num programa de computador e visa recolher informações sobre o usuário, os seus costumes na Internet transmitindo essa informação a uma entidade externa, sem o conhecimento e consentimento do usuário.

¹¹⁴ Cfr. REDINHA, Maria, ob.cit. 37.

¹¹⁵ Cit. proc. de 09.08.14.

¹¹⁶ Para mais desenvolvimentos: TERESA MOREIRA “*A privacidade e a utilização...*”, p.52-67. JOANA VERÍSSIMO, AAVV, ob.cit. 8-10.

¹¹⁷ Vd. MARIA REGINA REDINHA, ob.cit., 41; TERESA MOREIRA, ob.cit, 91.

ponto estão familiarizados com as reais consequências que as publicações ali feitas poderão surgir. A este propósito, em 2011, a Comisión de Protección de Datos de Irlanda (DPC) terá mesmo decidido denunciar o Facebook por considerar que a política de proteção de privacidade que detinha não era suficientemente nítida¹¹⁸.

A questão da privacidade assume contornos mais preocupantes se pensarmos que a Internet não reconhece o direito ao esquecimento¹¹⁹. Nas palavras de TERESA MOREIRA¹²⁰ “os computadores não esquecem e não perdem a sua memória deixando pistas digitais”, encontrando-se o trabalhador “amplamente radiografado”.

MAX SCHREMS¹²¹, ativista austríaco, foi um dos impulsionadores da discussão desta problemática ao processar o Facebook após descobrir que os dados que havia apagado, enquanto utilizador, não eram verdadeiramente excluídos daquela rede, ficando, na verdade ali armazenados. MAX SCHREMS criou inclusivamente uma organização não-governamental com vista a identificar os eventuais abusos às políticas de privacidade europeias patentes nesta rede social, “Europe vs Facebook¹²²”.

Tanto quanto julgamos saber, esta questão carece de regulamentação específica tanto no ordenamento jurídico nacional como na grande maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, sendo a doutrina e a jurisprudência nacionais quem têm procurado a melhor forma de resolução deste tipo de conflitos¹²³.

¹¹⁸ Cfr. LUCÍA TELLO, “Intimidad y “extimidad” en las redes sociales. La demarcaciones éticas de Facebook”, 210, disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4376545>, consult. em 29/06.

¹¹⁹ Na doutrina francesa “droit à l’oublié” e “right to be forgotten”, na doutrina inglesa.

¹²⁰ Cit. Moreira, Teresa, ob.cit.57.

¹²¹ Reportagem disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=ObbiBeXevkE>, consultado em 29/06

¹²² Os objetivos desta organização podem ser consultados em: <http://europe-vs-facebook.org/EN/Objectives/objectives.html>, cons. em 29/06.

¹²³ No ordenamento jurídico norte americano começam a surgir algumas leis dispersas com vista a evitar este tipo de conflitos. Veja-se o supra mencionado exemplo do estado da Califórnia onde foi proposta a criação de uma lei que visa obrigar as redes sociais a definir melhor as condições de privacidade. Neste estado, foi ainda publicada uma que proíbe o cyber-bullying, isto é, eventuais assédios praticados nas redes sociais.

Estas preocupações levaram a Comissão Europeia na apresentar uma Proposta de Regulamento sobre a Proteção de Dados Pessoais¹²⁴ com vista na alteração da Diretiva 95/46/CE. A Comissão propõe, no art. 17º da Proposta, entre outras coisas, a consagração de um “direito a ser esquecido e ao apagamento” de dados pessoais disponibilizados, “desde que não existem motivos atendíveis para a sua conservação” e o estabelecimento de um limite quanto ao tempo em que estes sites poderão manter armazenados os dados e as informações relativas às publicações, partilhas, comentários dos seus utilizadores.

5. O Trabalhador, o Facebook, os “grupos” e os “gostos”

O utilizador-trabalhador também pode fazer publicações em grupos do qual seja aderente, sendo que, neste caso a situação da privacidade dessas publicações revestir um carácter diverso do exposto até aqui.

Por “grupo do Facebook” deverá entender-se como “espaços privados” onde é possível “manter contacto com pessoas, partilhando atualizações, fotos ou documentos¹²⁵”. Estes grupos são organizados por um “administrador” que tem o poder de gestão do grupo, podendo, nomeadamente, adicionar ou expulsar elementos ou alterar as configurações de privacidade.

Também estas configurações de privacidade são diferentes quando relativas a um grupo. Este pode ser secreto, fechado ou publico.

Se o grupo for “secreto”, apenas poderá aderir quem for convidado ou adicionado por outros elementos já nele integrantes. Só quem é membro do grupo tem acesso ao mesmo assim como às publicações que ali são partilhadas. No grupo “fechado” qualquer elemento já pertencente ao grupo pode decidir convidar ou adicionar novos utilizadores, assim como, apenas os membros podem ver as publicações partilhadas. Por fim, o grupo “público” pode ser acedido por qualquer pessoa, quer para a ele aderir, quer visualizar o seu conteúdo.

Neste sentido, não temos dúvidas que os grupos secretos integram a proteção relativa à esfera privada do utilizador-trabalhador, como também não temos duvidas quanto aos grupos públicos, já que, pela facilidade de acesso por qualquer outro utilizador invalida qualquer expectativa de privacidade. A dúvida reside quanto aos grupos fechados, onde consideramos

¹²⁴ Cons.: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_pt.pdf , a 29/06.

¹²⁵ Cit. <https://www.facebook.com/help/219443701509174/> , consult. em 29/06.

que para aferir da expectativa de privacidade deverá ter-se em conta o número de elementos, os objetivos do grupo e as configurações de privacidade¹²⁶.

Quanto aos “gostos” que podem ser feitos pelo trabalhador-utilizador num determinado grupo, evento, publicação ou fotografia. Concordamos com ALICE CAMPOS que defende que quando for feito numa publicação de alguma forma relacionada com a sua atividade laboral, devesse ter o mesmo enquadramento que quaisquer outras publicações, ainda que o grau de censurabilidade seja necessariamente menor. Veja-se, por exemplo, o caso de 5 trabalhadores norte-americanos que foram despedidos após terem clicado em “gosto” na candidatura do seu opositor¹²⁷ ou no Brasil, o trabalhador que foi despedido após ter feito gosto num *post* ofensivo da empregadora e de uma das sócias publicado por um ex-trabalhador¹²⁸.

6. O controlo do empregador e as mensagens online¹²⁹

Uma outra problemática que surgiu com a evolução das NTIC encontra-se relacionada com o correio electrónico e as mensagens privadas enviadas pelo trabalhador. Estas mensagens podem ser enviadas tanto por correio electrónico (*e-mail*) como através das próprias redes sociais (veja-se, por exemplo, a propósito do Facebook que disponibiliza um sistema de troca de “mensagens privadas” instantâneas- através de *chat*, ou do *Messenger*).

A jurisprudência nacional já várias vezes se pronunciou acerca do conteúdo de mensagens pessoais e da suscetibilidade de estas serem usadas como fundamento para fins disciplinares¹³⁰. Os Tribunais Superiores têm decidido pela inadmissibilidade da utilização do conteúdo destas mensagens para fins disciplinares, comparando-as aos restantes meios de

¹²⁶ A este propósito, ALICE CAMPOS, *ob. cit.* 121-122.

¹²⁷ Caso citado por TERESA MOREIRA, “To be...”, 635.

¹²⁸ Caso referido no ac. TRP de 09.08.14.

¹²⁹ Para um estudo mais detalhado vd. TERESA MOREIRA, “*A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador*”, Teses, Almedina, Coimbra, 2010.

¹³⁰ A este propósito vd. MARIA LEITO, “*A admissibilidade como meio de prova em processo disciplinar das mensagens de correio eletrónico enviadas e recebidas por trabalhador a partir e na caixa de correio fornecida pela entidade empregadora - eventual definição de linhas orientadoras pela jurisprudência*”, disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/maria_glria_leito.pdf, a 29/06.

comunicação privada¹³¹. Veja-se, a este propósito o ac. do TRL de 07.03.2012¹³², que equipara o facto de a entidade empregadora ler mensagens trocadas via Messenger da trabalhadora com amigas e com o companheiro “à audição de vários telefonemas particulares” ou “à leitura de cartas dessa mesma índole, sem que, quer o remetente, como o destinatário, tenham dado o seu consentimento prévio a tal visionamento escrito”, tendo-se decidido pela inadmissibilidade do uso dessas conversas como prova para fins disciplinares.

Aliás, já no celebre ac. do STJ de 5 de Julho de 2007¹³³, acerca do despedimento de dois trabalhadores em virtude de uma troca de e-mails entre colegas onde falavam em tom intimista e jocosa sobre uma reunião que haviam tido com alguns superiores hierárquicos. Neste acórdão ficou esclarecido que “*não são apenas as comunicações relativas à vida familiar, afectiva, sexual, saúde, convicções políticas e religiosas do trabalhador*”, sendo que “*a definição de natureza particular da mensagem obtém-se por contraposição à natureza profissional da comunicação, revelando para tal, a vontade dos intervenientes, ao postularem, de forma expressa ou implícita, a natureza profissional ou privada das mensagens que trocam*”. No entanto, a referência prévia e expressa da “pessoalidade” da mensagem não chega para afastar a tutela legal e constitucional de confidencialidade¹³⁴.

Tratando-se de meios de comunicação privados, estará vedado ao empregador qualquer tipo de “*intrusões no conteúdo das mensagens de natureza não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte a partir ou no local de trabalho, independentemente*

¹³¹ Acerca das comunicações feitas pelo trabalhador através de telemóvel fornecido pelo empregador, vd. Ac. do TRP, de 20.12.2011, Proc. nº 520/08.9TTMTS.P2; M^a do ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “*O telemóvel e o trabalho algumas questões jurídicas*”, PDT, N°91/92, Abril/Maio 2012.

¹³² vd. TERESA MOREIRA, “*Controlo do Messenger dos trabalhadores: Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012*”, PDT, n°91-92, 2012.

¹³³ Proc. nº.07S043 (Mário Pereira), vd. comentário de TERESA MOREIRA, “*Controlo do correio electrónico dos trabalhadores: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Fevereiro de 2010*”; no mesmo sentido, ac. TRP de 8.Fev.2010.

¹³⁴ O Tribunal considerou que ainda que o empregador tenha “*acedido à pasta de correio eletrónico, ainda que de boa fé por estar de férias a destinatária da mensagem em causa, e tendo lido esta, a natureza pessoal do seu conteúdo e a inerente confidencialidade impunham-lhe que desistisse da leitura da mensagem logo que se apercebesse dessa natureza e, em qualquer caso, que no divulgasse esse conteúdo a terceiros*”.

da sua forma”, tal como decidiu o TRL num ac. de 05.06.2008¹³⁵. Assim sendo, mesmo que estas mensagens sejam enviadas ou recebidas através do computador disponibilizado pela empresa, estão abrangidas pelo direito de reserva e confidencialidade, tal como esclarece o TRP, num ac. de 08.02.2010^{136 137}.

Ora, nos termos do art. 22º, nº1CT “*o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico*”, pelo que consideramos que o disposto deverá aplicar-se às restantes formas de comunicação privada, como o *chat* do Facebook. Este direito à reserva da confidencialidade decorre do direito à reserva da intimidade e também tem consagração constitucional, art.34º, nº4.

No nº2 do art.22º o legislador laboral prevê, contudo, a possibilidade de o empregador estabelecer regras quanto à utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente o correio electrónico. A CNPD pronunciou-se quanto a esta questão a propósito da Autorização nº 891/2005¹³⁸ considerando que tal caberá no âmbito dos poderes de direcção legalmente conferidos ao empregador e no reverso dever de obediência do trabalhador de “cumprir as ordens e instruções do empregador”. O que o empregador não pode é invocar esses poderes para limitar um direito constitucionalmente garantido¹³⁹.

¹³⁵ Proc. 2970/2008.

¹³⁶ Proc. 452/08.0TTVFR.P1,Vd. TERESA MOREIRA, “*Controlo do correio eletrônico dos trabalhadores: comentário ao acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de Fevereiro de 2010*”, QL Ano XVI, 2009, Nº34.

¹³⁷ O mesmo se aplica no caso de o trabalhador usar o computador da empresa para consultar determinados sites durante o horário laboral, vd. LEAL AMADO, “*Pornografia, informática e despedimento (a propósito de um acórdão da Relação de Lisboa)*”, QL, ano I, nº2, 1994.

¹³⁸ Cfr. QUINTAS, Paula e Hélder QUINTAS, ob.cit. 22.

¹³⁹ Veja-se, p.e. o caso espanhol em que o STST Galiza, de 20.02.2011 (Rec nº4905) considerou nulo o despedimento de um trabalhador da urgência médica após este ter tirado uma fotografia a uma recém nascida, não sendo possível reconhecer a identidade daquela nem dos seus pais. O Tribunal considerou que o empregador usou essa questão para despedir o trabalhador, quando na verdade já existiam conflitos anteriores.

Neste sentido, as empresas nacionais têm optado pela criação de códigos de conduta, ou cartas de boa conduta^{140 141}, com vista ao controlo do uso da Internet pelos trabalhadores. Estes códigos de conduta, que deverão assumir a forma de regulamentos internos, visam dispor as diretrizes impostas pelo empregador, sobre o correto uso das NTIC e das redes sociais dentro da empresa. Trata-se de um corolário do princípio da transparência segundo o qual deve assentar a relação laboral: o empregador deverá esclarecer o trabalhador sobre os limites que impõe ao uso das NTIC, da forma de vigilância e do controlo que irá exercer, dentro da empresa. A finalidade destas cartas de boa conduta deverá ser preventiva e vale tanto para o uso das redes sociais como para a navegação de determinados sítios da Internet.

Para JULIO GOMES¹⁴², estas cartas deveriam servir para “definir com precisão as modalidades de utilização autorizadas dos sistemas informativos e de comunicação da empresa”. Como forma de garantir o direito à liberdade de expressão e o direito à reserva da vida privada dos trabalhadores as cartas de boa conduta deverão ser elaboradas em conjunto com os sindicatos ou associações de trabalhadores e pautar-se em critérios de proporcionalidade. A violação do que aqui ficar regulado poderá implicar por parte do empregador advertências, processos disciplinares ou o despedimento por justa causa. No entanto, é de sublinhar que o acesso ao perfil pessoal do trabalhador deverá ser sempre vedado ao empregador, mesmo que aquele tenha sido feito em condições proibidas pela entidade empregadora.

7. Redes Sociais e a jurisprudência nacional

Ainda que só em 2014 tenham surgido nos Tribunais Superiores nacionais questões relacionadas com o despedimento em consequência de publicações feitas em redes sociais online, a verdade é que este tipo de litígios já havia ocorrido tendo sido fortemente divulgados e discutido nos meios de comunicação social.

O primeiro grande caso, surgiu a propósito do professor de um estabelecimento de ensino privado que publicou na sua página pessoal de Facebook uma fotografia de um colega sentado em cima de um pilha de trabalhos realizados pelos alunos com o seguinte comentário “abram alas... este não deixa nada para ninguém... é o próximo” fazendo referencia à

¹⁴⁰ Acerca das cartas de boa conduta, vd. TERESA MOREIRA, “A privacidade e a utilização...”,96-97 e “Controlo do Messenger...”,139-140; vd. Deliberação nº1638/2013.

¹⁴¹ Ou, como designa JÚLIO GOMES,ob.cit. “carta das tecnologias da informação”, p. 382.

¹⁴² Cfr.GOMES, JÚLIO, ob.cit.382.

atribuição do prêmio “Professor do Mês” que aquela instituição atribuía, como forma de motivar o corpo docente. Seguiram-se vários comentários de outros professores e dos próprios. Os empregadores consideraram o comportamento dos professores como sendo “de galhofa e revelador de desprezo pelo profissionalismo”, pelo que, estes acabaram por ser despedidos, após terem recusado assinar uma rescisão de contrato por mútuo acordo¹⁴³.

ALICE CAMPOS, pronunciou-se sobre este caso considerando que estas publicações são de natureza pública, esclarecendo que não parece defensável considerar que o trabalhador tinha uma real expectativa de privacidade ou de que o empregador não viesse a ter conhecimento do seu conteúdo, uma vez que, estava *“em causa um tema relacionado com a atividade profissional do trabalhador e tendo sido demonstrado que outros colegas do trabalhador tiveram acesso à publicação em causa”*¹⁴⁴.

Outro caso que também mereceu muito interesse pela comunicação social foi o despedimento de alguns trabalhadores da TAP na sequência de vários comentários depressivos feitos via Facebook, acerca de outros colegas e da própria empresa, tendo sido convocados pela empresa para integrarem um curso de ética.

Em 2014, os Tribunais Superiores foram chamados a decidir se as publicações partilhadas nos perfis pessoais dos seus trabalhadores poderiam constituir justa causa de despedimento. Para tal, como temos vindo a expor, é necessário perceber se as publicações em causa eram susceptíveis de por em causa a relação laboral existente ou se se trata da esfera íntima e pessoal daquele ou de uma informação não profissional, protegida no âmbito do art.22º CT.

Neste sentido, o TRP, numa decisão de 09.08.14¹⁴⁵, considerou *“ser de fundamental relevância a ponderação dos fatores enunciados- e de outros que se perfilhem pertinentes em cada caso a analisar-, de molde a poder concluir-se se na situação em causa havia uma legítima expectativa de que o círculo estabelecido era privado e fechado”*, pelo que, *“nao havendo essa expectativa de privacidade, e estando o trabalhador ciente de que publicações com eventuais implicações de natureza profissional, designadamente porque difamatórias*

¹⁴³ Noticiado pela revista Visão nº 1054, 16 a 22 de Maio, “Apanhados na Rede”, disponível em: http://issuu.com/medianasa/docs/vis_o_-_apanhados_na_rede/5, cons. 29.06.

¹⁴⁴ CAMPOS, ALICE, ob.cit.129.

¹⁴⁵ Proc. nº101/13.5TTMTS.P1.

para o empregador, colegas de trabalho ou superiores hierárquicos, chegariam ao universo de pessoas que constituem o grupo e extravasar as suas fronteiras, cremos que não lhe assiste o direito de invocar o carácter privado do grupo e a natureza “pessoal” das publicações”. Ora, o Tribunal considerou não existir uma legítima expectativa de privacidade por parte do trabalhador-utilizador, já que, os comentários foram publicados num grupo do Facebook, do qual faziam parte vários trabalhadores e ex-trabalhadores da empresa.

No mesmo sentido, o TrL, numa decisão de 24.09.14¹⁴⁶ decidiu-se pela justa causa do despedimento, na sequência de uma publicação feita pelo trabalhador na sua página de Facebook que se traduzia em verdadeiras ofensas ao seu empregador, entendendo que aquele não só desconsiderou o facto de que esta publicação poderia chegar ao conhecimento de pessoas alheias ao seu círculo de amigos online como ainda apelou a que esta fosse partilhada, “PARTILHEM AMIGOS”. O Tribunal considerou “*claramente afastado o carácter privado do grupo e a natureza “privada” ou “pessoal” das publicações e, logo, aquele conteúdo (post) e o seu autor não beneficiam da tutela da confidencialidade prevista no artigo 22ºCT*”, sustentando que, o trabalhador “*não podia ter qualquer expectativa de privacidade, já que deliberadamente nem a procurou preservar, antes apelando a que os seus amigos partilhassem o conteúdo (post) que publicou*”. Quanto ao direito à liberdade de expressão e opinião, consagrado no art.14ºCT, o Tribunal é perentório ao considerar que o exercício desse direito “*deve conter-se dentro de determinados limites, nomeadamente, respeitando os direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa*”.

Ora, ainda que seja verdade que o direito à reserva da vida privada seja um direito fundamental que assiste a todos os cidadãos, que penetra na relação laboral e que constitui um limite dos poderes do empregador, também não deixa de ser verdade que o trabalhador ao publicar comentários de cariz insultuoso ou jocoso acerca do empregador ou até mesmo em relação a outros trabalhadores, podendo estes comentários chegar ao conhecimento de uns e de outros, pode vir a tornar completamente inviável e insustentável a relação laboral. Aliás, o TRP, no ac. de 09.08.14, sublinha que “*mesmo que o perfil esteja definido como privado, nada impede a quem tenha acesso autorizado ao mesmo de copiar os conteúdos e enviá-los a terceiros*”.

¹⁴⁶ Proc. nº 431/13.6TTFUN.L1-4.

Desta forma, mesmo que, de acordo com o art. 22º o empregador esteja impedido de aceder a mensagens privadas enviadas e recebidas online pelo trabalhador ou a publicações de carácter não profissional partilhadas em redes sociais online, a verdade é que, se estas estiverem exibidas num perfil considerado publico não será de todo “*aceitável que o empregador fique impedido de tomar em consideração os posts publicados (...) que cheguem ao seu conhecimento que revistam – ou possam traduzir – a violação de deveres laborais por parte dos utilizadores relativamente a questões conexas com a prestação de trabalho, sob pena de poder ficar gravemente comprometido o normal funcionamento da empresa, bem como a sua reputação ou a de colaboradores seus*”¹⁴⁷.

Aqui chegados, não temos dúvidas que o uso indiscriminado das redes sociais *online* pode trazer constrangimentos à relação laboral e sobretudo ao direito à reserva da vida privada do trabalhador: através destas redes, o empregador consegue aceder mais facilmente e de forma discreta à vida, às preferências, opções e aos desabafos que o trabalhador-utilizador compartilha, mesmo que apenas com os seus “amigos *online*”.

É necessário atender a critérios de proporcionalidade e adequação para resolver este conflito. Da mesma forma que, como vimos *supra*, se os comportamentos extralaborais do trabalhador não podem releva para efeitos disciplinares, consideramos que, a mera partilha que o trabalhador faz nas suas redes sociais *online* desses comportamentos ou opções também não poderão releva: se, em princípio, não releva o facto de o trabalhador consumir em excesso bebidas alcoólicas durante o fim de semana, também não deverá releva que o mesmo partilhe uma fotografia com uma garrafa de vodka no seu perfil de Facebook.

Consideramos, tal como TERESA MOREIRA¹⁴⁸, que deverá adotar-se o entendimento defendido na doutrina e jurisprudência francesa de “*trouble caractérisée*”, segundo o qual, só poderão releva os comportamentos extralaborais que causem uma “*perturbação específica no seio da empresa*”. Ou seja, poderão releva para fins disciplinares, apenas os eventuais reflexos que aquele comportamento pode ter na relação laboral, analisados segundo critérios objetivos.

O trabalhador tem o direito a ser “*senhor de si*”¹⁴⁹ fora do horário de trabalho e no gozo da sua vida pessoal, sendo-lhe reconhecido não só o direito à reserva da vida privada

¹⁴⁷ Cit. ac. do TRP de 09.08.14.

¹⁴⁸ Cfr. MOREIRA, Teresa, *ob.cit.* 93-94.

¹⁴⁹ Expressão utilizada por JORGE LEITE, *ob.cit.*97.

como o direito a não ser controlado. O empregador não poderá, por isso, munir-se das NTIC para fiscalizar sorrateiramente a vida privada dos trabalhadores através da consulta dos seus perfis pessoais, mesmo que essas publicações sejam tendencialmente públicas e acessíveis a aquele. Aceitar-se isso seria aceitar-se uma intrusão não consentida na intimidade do trabalhador-utilizador e uma conseqüente violação dos seus direitos fundamentais.

Nestes termos, ainda que publicada nas redes sociais *online*, os factos da vida extralaboral do trabalhador que não causem uma real e objetiva perturbação na empresa, não podem ser valorados disciplinarmente¹⁵⁰.

Questão diversa é aquela em que o trabalhador usa as redes sociais para, invocando o seu direito de expressão e liberdade de opinião desrespeitar a honra o bom nome e a imagem do empregador ou de outros colegas. Neste caso, acreditamos, tal como ALICE CAMPOS¹⁵¹, que será necessário fazer uma avaliação casuística da situação para aferir da publicidade dos comentários. Sendo ainda essencial apelar ao bom senso dos trabalhadores quanto às publicações e aos comentários que partilham, já que, ainda que tenham as configurações de privacidade mais restritas, a verdade é que a Internet não deixa de ser um universo aberto a todos por tempo indeterminado.

Acreditamos, ainda, que no caso de as publicações partilhadas por trabalhadores dirigentes é necessária uma atenção especial, pela influência que estes trabalhadores têm na empresa, perante os restantes trabalhadores e o público em geral¹⁵².

Ora, se já pode acarretar sérios prejuízos ao empregador eventuais comentários e apreciações negativas por parte de trabalhadores comuns, esse prejuízo será, sem dúvida mais evidente no caso de serem proferidos por um trabalhador especialmente envolvido no corpo da empresa. A manutenção da confiança nestas relações, fundamento base de qualquer relação laboral, ocupa aqui uma dimensão ainda maior, pelo que o direito à liberdade de expressão do trabalhador dirigente envolve necessariamente algumas restrições.

¹⁵⁰ No mesmo sentido, TERESA MOREIRA, *ob.cit.* 94-95; M^a. REDINHA, *op.cit.*, 42.

¹⁵¹ CAMPOS, Alice, *ob.cit.* 131-133.

¹⁵² Cfr. MOREIRA, Teresa, *ob. cit.* 83.

Conclusão:

I) A relação laboral é uma relação jurídica privada fortemente marcada pela sua assimetria: ao empregador é legalmente reconhecido uma tríade de poderes: o poder disciplinar, de regulamentação e o poder diretivo. Ao trabalhador caberá um dever de obediência, reverso do poder diretivo.

II) O controlo do empregador não pode, no entanto, afetar os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos ao trabalhador-cidadão.

III) Em salvaguarda do direito à reserva da vida privada, o poder do empregador deverá cessar assim que o trabalhador se encontre fora do horário e local de trabalho, sendo-lhe reservado a faculdade de gerir a sua vida íntima da forma que bem entender.

IV) Com a evolução das NTIC a linha que separa o poder do empregador e a vida privada do trabalhador tende a estreitar-se ainda mais: o acesso do empregador a factos da vida privada do trabalhador é mais fácil e “secreto”, podendo ser feito sem que o trabalhador tenha sequer disso conhecimento.

V) As publicações partilhadas nas redes sociais podem relevar para efeitos disciplinares se inviabilizarem a manutenção da confiança, princípio base da relação laboral.

VI) No entanto, as publicações privadas seguirão a regra da irrelevância jurídica.

VII) Desta forma, para averiguar da privacidade das publicações partilhadas pelo trabalhador-utilizador acreditamos que deverão ser analisados os seguintes factores: o tipo de serviço da rede (perfil pessoal, grupo ou página); os membros que integram a rede e as suas características; a matéria das publicações; as restrições de privacidade; o número de amigos ou membros do grupo¹⁵³.

VIII) Espera-se do legislador a capacidade de criar novas soluções que equilibrem a tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores e as exigências e interesses da empresa. Do trabalhador-utilizador espera-se cautela quanto ao modo de gozo destas NTIC.

¹⁵³ Cfr. CAMPOS, ALICE, ob.cit. 124.

Bibliografia:

ABRANTES, José João

- “*Direito do Trabalho, Ensaios*”, Edições Cosmos, 1995, Lisboa
- “*O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade*”, in Estudos sobre o Código do Trabalho, Coimbra Editora, 2004, pág. 145 e ss, Coimbra
- “*Contrato de trabalho e direitos fundamentais*”s, Coimbra Editora, 2005, Coimbra
- “*Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões)*”, Almedina, 2014, Lisboa

ANDRADE, Vieira de

- *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª Edição, Almedina, 2012

“

AMADO, Leal

- “*As condutas extra-laborais do praticante desportivo profissional*”, Temas Laborais, Coimbra Editora
- “*Contrato de trabalho desportivo DL 305/95 de 18/11*”, Anotada, Coimbra Editora
- “*Contrato de Trabalho*, 3ª Edição, 2011, Coimbra

CASTRO, Catarina Sarmento

- “*A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores*”, QL, 2002, IX, nº19, 2002, p.27-60

CAMPOS, Alice Pereira de

- “*Infrações disciplinares em redes sociais online*”, in vol. I, Direito e Justiça - Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Almedina, Lisboa, 2015, p. 111-224

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital

- “*Constituição da República Portuguesa*, Anotada, Vol.I”, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

CORDEIRO, António Menezes

- “A liberdade de expressão do trabalhador”, II Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias, Almedina, 1999, p.23-43

- “*Concorrência laboral e justa causa de despedimento*”, in *ROA*, Ano 46, 1989, p.197-241

- “*O respeito pela esfera privada do trabalhador*”, in I Congresso Nacional de Direito do Trabalho Memórias (Coord. António Moreira), Almedina, Coimbra, 1999, p. 23-43

- “*Manual de Direito do Trabalho*”, Almedina, Coimbra, 1991

DRAY, Guilherme

- “*Justa causa e esfera privada*”, in Instituto de Direito do Trabalho Da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Coord. Pedro Romano Martinez), Almedina, Coimbra, 2001, p.35-91

- “*Princípio da Proteção do trabalhador*”, Teses, Almedina, 2015

DIAS, José Figueiredo

- “*Direito à informação, proteção da intimidade e autoridades administrativas independentes*”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2001

FERNANDES, António Monteiro

- “*Reflexões acerca da boa fé na execução do contrato de trabalho*”, in V Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, coord. Prof. Dr. António Moreira, Almedina, 2003.

- “*Direito do Trabalho*”, 15ª edição, Coimbra, 2010

GOMES, Júlio Vieira

- “*Direito do Trabalho – Relações individuais de trabalho*”, vol.I, Coimbra Editora, 2007

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- “*A proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho*”, in A reforma ao Código de Trabalho, Coimbra, 2004, p.123-138

LEITE, Jorge

- *“Direito do Trabalho, vol. II”*, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1999

- *“Liberdade de expressão, infração disciplinar e justa causa de despedimento”*, QL, XVIII, nº37

MARTINEZ, Pedro Romano

- *“Incumprimento Contratual e justa causa de despedimento”*, in Estudos ao Instituto de Direito do Trabalho, vol.II, Almedina, 2001

MOTA, Pinto Paulo

- *“A proteção da vida privada e a Constituição”*, Boletim da FDUC 76, 2000, p.153 s

MONTOYA, Melgar Alfredo

- *“La buena fe en el Derecho del Trabajo”*, Tecnos, Madrid, 2001

MOREIRA, Teresa Coelho

- *“Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador”*, Coimbra, 2004

- *“A conduta e a orientação sexuais do trabalhador”*, Estudos em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea, Almedina

- *“A privacidade dos trabalhadores e o controlo electrónico da utilização da Internet”*, QL, Ano XVIII, 2010, 23-82

- *“Controlo do Messenger dos trabalhadores: Anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012”*, PDT, Abril/Maio, nº91/92, p.135-142

- *“A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online: algumas questões”*, QL, ano XX, 2013, nº41, p. 41-100

- *“Direitos de Personalidade”*, in Código do Trabalho a revisão de 2009, coord. Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p.93-114

- *“To be or not to be digital: o controlo das redes sociais online dos candidatos no processo de recrutamento”*, in Escritos Jurídico-Laborais para Jorge Leite, vol.I, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

- *“A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo electrónico do empregador”*, Teses, Almedina, Coimbra, 2010

QUINTAS, Paula e Hélder Quintas

- *“Código do trabalho, Anotado e Comentado”*, Almedina, Coimbra, 2012, 3ª Edição

RAMALHO, Maria do Rosário Palma

- *“O telemóvel e o trabalho algumas questões jurídicas”*, PDT, N°91/92, Abril/Maio 2012

- *“Contratos de trabalho e direitos fundamentais da pessoa”*, in Estudos em homenagem à Professora Isabel Magalhães Colaço, Vol.II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 359-395

- *“Da autonomia dogmática do Direito do trabalho”*, coleção teses, Almedina, 2000, Coimbra

- *“Factos da vida privada do trabalhador, prova ilícita e despedimento – comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de julho de 2013*, QL, Edição Especial 20 anos, n° 40, Coimbra editora

- *“Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais”*, 5.ª Ed., Revista e Actualizada ao Código do Trabalho de 2009, com as alterações introduzidas em 2011, 2012, 2013 e 2014, Almedina, Coimbra, 2014

REDINHA, Maria Regina

- *“Contrato de Trabalho e direitos fundamentais da pessoa”*, Estudos de Direito do Trabalho, vol.I, Almedina

- *“Redes Sociais: Incidência Laboral”*, PDT, Setembro/ Dezembro 2010, p.33-44

VIEIRA, Andrade De

- *“Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”*, Almedina, 2012, 300-314.

Fontes Digitais:

CHRIS AYRES

- “Revenge is best served cold - on YouTube”, disponível em: <http://www.thetimes.co.uk/tto/law/columnists/article2051377.ece> , 29/06

LUCÍA TELLO

- “Intimidación y “extimidad” en las redes sociales. La demarcaciones éticas de Facebook ”, disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4376545> , 29/06

MARIA LEITO

- “A admissibilidade como meio de prova em processo disciplinar das mensagens de correio eletrónico enviadas e recebidas por trabalhador a partir e na caixa de correio fornecida pela entidade empregadora - eventual definição de linhas orientadoras pela jurisprudência”, disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/maria_glria_leito.pdf , a 29/06.

MIRANDA, Jorge

- *Direitos fundamentais e ordem social* (na Constituição de 1933), disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Miranda1933.pdf , a 29/06

NOBRE, DIOGO LEOTE

- “A relevância dos comportamentos extra-laborais em sede de justa causa de despedimento”, disponível em: http://www.cuatrecasas.com/web/ES-ESN/PDF/diogo_leote.pdf , 29/06

SULMER COLINA

- “La libertad de expresión del trabajador en Facebook y el poder disciplinario del empleador, disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4646163> , 29/06

VERÍSSIMO, JOANA MACIAS e SOFIA RODRIGUES

- *Implicações Jurídicas das Redes Sociais na Internet: um Novo Conceito de Privacidade*, acessível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/meg_ma_15739.pdf , a 05/06

