



COLECCIÓN MONOGRAFÍAS DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

NÚMERO I

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y NUEVAS MANERAS DE TRABAJAR: ESTUDIOS DESDE EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO (ALEMANIA, REINO UNIDO, POLONIA, PORTUGAL Y ARGENTINA)

DIRECTORAS

LOURDES MELLA MÉNDEZ

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

COORDINADORA

AMANDA MORENO SOLANA



Centro de Estudios
SAGARDOY

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.



Los trabajos publicados en este libro son el resultado del estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación titulado “Análisis jurídico del teletrabajo en el Derecho español y comparado. El *e-work* como modelo de flexibilidad, conciliación y productividad” (DER2013-43615-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Reino de España, y dirigido por la Prof^a. Dr^a. Lourdes Mella Méndez de la Universidad de Santiago de Compostela.



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

Diseño: Rúnica servicios editoriales

e-mail: runica.servicios.editoriales@gmail.com

<http://www.runica.es>

ISBN: 978-84-9148-193-5

COLECCIÓN MONOGRAFÍAS **DERECHO SOCIAL Y EMPRESA**

NÚMERO I

El equipo directivo de esta Colección de monografías “Derecho social y empresa”, de la editorial Dykinson, se congratula en poner la Colección a disposición de toda la comunidad científica. Los interesados en publicar sus trabajos originales en la misma pueden consultar las condiciones en: amsolana@der-pr.uc3m.es o info@dykinson.com



Colección Monografías Derecho Social y Empresa



DIRECTORAS DE LA COLECCIÓN

Lourdes Mella Méndez

Pilar Núñez-Cortés Contreras

COORDINADORA DE LA COLECCIÓN

Amanda Moreno Solana

CONSEJO CIENTÍFICO

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

Duarte Abrunhosa e Sousa

Jaime Cabeza Pereiro

Javier Gárate Castro

Ignacio García-Perrote Escartin

José Luis Gil y Gil

Risa L. Lieberwitz

Fernando Lousada Arochena

Nicole Maggi-Germain

Alfredo Montoya Melgar

Antonio Ojeda Avilés

Luis Enrique de la Villa Gil



Colección Monografías Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY
EDITORIAL DYKINSON

«NUEVAS TECNOLOGÍAS Y NUEVAS MANERAS DE TRABAJAR:
ESTUDIOS DESDE EL DERECHO ESPAÑOL Y COMPARADO
(ALEMANIA, REINO UNIDO, POLONIA, PORTUGAL Y ARGENTINA)»

EDITORA

MARÍA GOL MONTSERRAT



PRESENTACIÓN

JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA

PRÓLOGO

LOURDES MELLA MÉNDEZ

PARTE I

**NUEVAS TECNOLOGÍAS Y MERCADO DE TRABAJO:
ASPECTOS GENERALES Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJAR**

**CAPÍTULO I. DIGITALISATION:
CHALLENGES AND PERSPECTIVES FOR LABOUR LAW**

Manfred Weiss

Catedrático Emérito de la Universidad de Goethe. Alemania

CAPÍTULO II. NOVEL FORMS OF EMPLOYMENT: QUID JURIS?

Jo Carby-Hall

*Catedrático y Director de Investigación Internacional en el
Centro de Estudios Legislativos de la Universidad de Hull (Inglaterra)*

**CAPÍTULO III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y
NUEVAS MANERAS DE TRABAJAR COLECTIVAMENTE**

Juan Carlos García Quiñones

*Profesor Contratado Doctor (Acreditado como Profesor Titular) de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. España*

**CAPÍTULO IV. NUEVAS MODALIDADES LABORALES:
CUANDO LAS TICS DEFINEN EL MERCADO DE TRABAJO**

Viviana Laura Díaz

*Dr.^a en Derecho. Directora de Trabajo Virtual. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad
Social. Argentina*

Alberto Eduardo Fantini

*Director del Instituto de Teletrabajo de FUNDESCO (Fundación para el Desarrollo del
Conocimiento). Profesor en la Universidad Nacional Tres de Febrero. Argentina*

CAPÍTULO V. TELEWORK IN POLAND. LEGAL ASPECTS

Malgorzata Kurzynoga

Dr.^a en Derecho y Profesora Ayudante de la Universidad de Lodz. Polonia

**CAPÍTULO VI. EL ACTUAL RÉGIMEN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL
ESPAÑOL VERSUS EL CONTRATO A LLAMADA DEL REINO UNIDO:
VALORACIÓN CRÍTICA**

Pilar Núñez-Cortés Contreras

Profesora Titular de Área. Universidad Loyola Andalucía. España

PARTE II

NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RELACIÓN LABORAL:

CONTROL EMPRESARIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

**CAPÍTULO VII. LOS CONTROLES INFORMÁTICOS DE LA EMPRESA Y EL USO
DEL ORDENADOR POR LOS TRABAJADORES: LAS NUEVAS TENDENCIAS
DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL USO DE LAS TIC**

Amanda Moreno Solana

*Profesora Dr.^a. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**CAPÍTULO VIII. LA UTILIZACIÓN DE INTERNET EN EL ÁMBITO LABORAL
Y EL CONTROL EMPRESARIAL**

Alexandre Pazos Pérez

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo. España*

**CAPÍTULO IX. EL CONTROL EMPRESARIAL A TRAVÉS DE
MEDIOS DE VIDEOVIGILANCIA**

Rosa M^a Rodríguez Martín-Retortillo

Profesora Visitante Dr.^a. Universidad de Vigo. España

**CAPÍTULO X. AS NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO DO TRABALHADOR
À INTIMIDADE EM PORTUGAL**

Tiago Pimenta Fernandes

*Doctor en Derecho. Profesor Auxiliar de la Universidade Portucalense. Asistente Invitado
del Instituto Superior de Contabilidade y Administração de Oporto. Abogado. Portugal*

**CAPÍTULO XI. DEL *WORK-LIFE BALANCE* AL *WORK-CAREER BLEND*:
APUNTES PARA EL DEBATE**

Tatsiana Ushakova

Profesora Dr^a. Universidad de Alcalá de Henares. España

PARTE III

**NUEVAS TECNOLOGÍAS Y RELACIÓN LABORAL:
PODER DISCIPLINARIO Y OTROS ASPECTOS**

**CAPÍTULO XII. EL USO Y ABUSO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DURANTE EL
TIEMPO DE TRABAJO Y EL PODER DISCIPLINARIO DEL EMPRESARIO**

Carmen Jover Ramírez

*Prof^a. Dr^a. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Cádiz. España*

**CAPÍTULO XIII. AS CONDUTAS EXTRA-LABORAIS NAS REDES SOCIAIS
E A JUSTA CAUSA DE DESPEDIMENTO**

Sónia De Carvalho

Abogado. Prof^a. Dr^a. Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Porto. Portugal

CAPÍTULO XIV. LAS NUEVAS MANERAS DE TRABAJAR Y LAS REDES SOCIALES

Luis Fernando De Castro Mejuto

*Magistrado Especialista en el orden social (Tribunal Superior de Justicia de Galicia).
Fiscal en excedencia. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universidad
de A Coruña. España*

**CAPÍTULO XV. LAS NUEVAS MANERAS DE TRABAJAR
Y LOS NUEVOS MEDIOS DE PRUEBA**

Lara M. Munín Sánchez

*Dr^a. en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo en la ERLAC de la Universidad de A
Coruña. Profesora Asociada de la FCT (UDC). Juez Sustituta. España*

PRESENTACIÓN

Uno de los acontecimientos cotidianos en el mundo de la ciencia jurídica más reconfortante es la aparición de libros que ayuden a pensar, a formar, y a crear nuevos ámbitos de pensamiento. Hoy celebramos uno de esos gratos acontecimientos en el ámbito del Derecho del Trabajo con la publicación de esta monografía colectiva sobre “Nuevas Tecnologías y Nuevas Maneras de Trabajar, Estudios desde el Derecho español y Comparado”. Es la primera publicación de Dykinson y la Cátedra Unesco del Centro de Estudios Sagardoy (CESS), que tienen el propósito de seguir haciéndolo, al menos, anualmente.

El tema tiene un gran interés porque, una vez más, la realidad social exige una respuesta adecuada del ordenamiento jurídico. Siempre es así en todos los ámbitos, pero especialmente en el laboral, por la implicación de la persona en la relación contractual. Esa implicación da, a la prestación laboral, una dimensión de la que carece un contrato civil o mercantil. El “humanismo” traspasa a la relación laboral y de un modo progresivo se ha ido produciendo una “vis atractiva” del Derecho del Trabajo hacia realidades sociales que tenían en común lo esencial: la prestación de un trabajo por una persona y aunque existieran notables diferencias en el modo de realizarla, fundamentalmente por la existencia o no de la subordinación o dependencia.

Mi maestro Gaspar Bayón, defendía hace muchos años, con visión profética, que caminábamos a un “Derecho Profesional”, es decir, una rama del Ordenamiento Jurídico que contemplaba y regulaba el “trabajo para otro”, la “profesión” de trabajador, de persona que vive de su trabajo. Y por esos derroteros va caminando el Derecho del Trabajo en los últimos años, fundamentalmente por la “carta de ciudadanía laboral” otorgada a los autónomos.

El trabajo, sin más, va erigiéndose en el protagonista único, sin necesitar más compañía. Es lo que al final queda, una vez rechazados los contornos que tenga la prestación de trabajo. Es muy significativa, al respecto la St. del TS de 26 de febrero de 1986, cuando dice que “una relación civil o mercantil puede presentar las características propias del contrato de trabajo”.

Ahora el reto, en cuanto al ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo, viene de la mano de las nuevas formas de trabajar, en las que cobra un especial significado la tecnología. En esta era postindustrial, las nuevas formas de trabajo inciden decisivamente en todos los conceptos nucleares del Derecho del Trabajo hasta ahora conocido, y fundamentalmente en la ajenidad y dependencia. El Prof. Mercader en una extraordinaria monografía

sobre “nuevas tecnologías y sociedad de la información” nos dice, con gran clarividencia, que “en esta nueva era se producen una neta mutación en la morfología del concepto de trabajador”. La tercerización y el postindustrialismo conforman una relación salarial en la que la prestación de servicios en régimen de alteridad se adorna de nuevos perfiles. Autonomía, coordinación, participación son los rasgos diferenciadores de este momento frente a las clásicas de dependencia, subordinación y conflicto. Los valores cambian y también lo hacen los conceptos jurídicos sobre los que las realidades se asientan. Esta nueva situación produce, así pues, mutaciones no solo en la cultura y modos de gestión empresarial, sino que muestra una incidencia directa e inmediata sobre el instrumental dogmático que ha venido sirviendo de fundamento a las categorías definidoras del trabajo “asalariado”. Como bien dice el autor, la dependencia y ajenidad se han convertido, sobre todo la segunda, en “símbolos incompletos”; la economía colaborativa, la “tecnificación” del trabajo y la globalización productiva son olas que, a modo de tsunami, arrasan conceptos seculares, precisando de nuevas categorías y distintos prismas de comprensión y configuración jurídica de la realidad. No sería extraño que no muy tarde se plantee la cuestión de si los robots deben cotizar a la seguridad social.

Ahora más que nunca el legislador, la doctrina y la jurisprudencia deben realizar un esfuerzo ímprobo para lograr que el río de la tecnología y los usos sociales no arrastren el núcleo esencial del Derecho del Trabajo, como es la conformación y guarda de un trabajo digno, base del sustento personal y familiar. Y es que hay voces solventes que prevén enormes grietas en nuestra disciplina, llegando algunos como Rifkin a titular su importante libro: “El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo; el nacimiento de una nueva era”. Su conclusión induce al pesimismo: “Justo a las puertas de la nueva aldea global de base tecnológica encontraremos un creciente número de seres desesperados y sin futuro... la única vía de salida es entrar en una era “postmercado” con un amplio desarrollo de la economía social que permita, a la vez, la creación de empleos alternativos y la mejora de condiciones sociales”.

Sea lo que sea, no cabe duda que estamos entrando en una nueva y revolucionaria situación de cambio que nos va a exigir a todos, imaginación, esfuerzo y solidaridad. Y monografías como la presente ayudan a esa ingente tarea.

JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA

*Académico de Número de la Real Academia de
Jurisprudencia y Legislación*

PRÓLOGO

Una de las grandes satisfacciones de la vida universitaria es la de poder centrar la investigación en los temas que más nos atraen y desarrollar aquella con otros reconocidos expertos en los mismos y con los que es un placer el compartir trabajo y amistad. Precisamente, esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que la investigación versa sobre uno de los retos más apasionantes de la actualidad social y jurídico-laboral, cual es el del impacto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en el mercado de trabajo y, más específicamente, en la relación laboral. En cuanto a los autores, como es fácil apreciar, se trata de reconocidos especialistas en la materia de diferentes países que presentaron sus trabajos en el Congreso Internacional “Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajar en el Derecho español y comparado”, celebrado en Santiago de Compostela, en abril de 2016. A todos ellos les expreso mi sincero agradecimiento personal y profesional.

Esta obra se estructura en tres grandes partes, cada una de ellas con varios capítulos monográficos; la primera de aquellas está dedicada al análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado de trabajo, abordando -a través de seis excelentes estudios- sus aspectos generales y las nuevas formas de trabajar que surgen del uso de aquellas.

Resulta evidente que la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral tiene múltiples consecuencias y afecta a innumerables aspectos de la forma de vivir y trabajar, por lo tanto, no cabe tratar el fenómeno aisladamente, sino desde una perspectiva global. Aunque muchos efectos aún están sin concretar y no se conoce el verdadero y final alcance del proceso de la digitalización de la empresa, la pregunta que debe hacerse desde el Derecho del Trabajo es -como afirma el Prof. Weiss- la de si dicho proceso es una amenaza o una oportunidad para los protagonistas de la relación laboral. No hay duda que parte de los trabajos se perderán a raíz de la sustitución de trabajadores por robots, pero uno de los retos que se deben afrontar será el de la recualificación profesional de los sujetos afectados para volver a incorporarlos, lo antes posible, al mercado de trabajo. Más ampliamente, incluso, la formación continua a lo largo de la vida y específicamente orientada al manejo de las nuevas tecnologías y la adquisición de las necesarias habilidades para utilizarlas será un objetivo de la formación ligada a la actividad laboral de los trabajadores. Otro reto, sin duda, será el de adaptar el Derecho del Trabajo para garantizar su tradicional función de proteger a los trabajadores frente a los nuevos desafíos laborales, como los que surgen en materia de prevención de riesgos laborales (físicos y psíquicos), de protección de los derechos fundamentales (por ejemplo, dignidad, honor,

propia imagen o secreto de las comunicaciones), de mantenimiento de las condiciones laborales mínimas de derecho necesario (salario mínimo suficiente para cubrir las necesidades básicas, tiempos mínimos de descanso y máximos de trabajo en orden a poder conciliar la vida laboral y familiar) o, en fin, de protección de los derechos colectivos y del papel equilibrador de la negociación colectiva. Para el Prof. Weiss, el hacer frente a tales retos implica, además, el redefinir los conceptos de empresario y trabajador y, en relación con el segundo, cabe atender de manera especial a la gran masa de trabajadores autónomos que son económicamente dependientes de un empresario, y que no puede ser olvidada por el legislador laboral, quien, de alguna manera, debe ser capaz de proteger también a ese conjunto de personas trabajadoras.

Tras esta primera aguda reflexión doctrinal, se entra de lleno en el examen de las nuevas formas de trabajo que surgen a raíz de la introducción de las nuevas tecnologías, tales como el *employee sharing*, *job sharing*, *voucher-based work*, *interim management*, *portfolio work*, *crowd employment*, *ICT-based mobile work*, *casual work* y el *collaborative employment*. Aunque en España solo se registran, por el momento, tres de estas nuevas formas de trabajar (*crowd employment*, *ICT-based mobile work* y el *collaborative employment*), el resto de aquellas ya se están adoptando en otros países europeos, más avanzados en el ámbito tecnológico. Así lo muestra el Informe de EUROFOUND, “New forms of employment” (2015), y el estudio del Prof. Carby-Hall, quien, con su conocida maestría, realiza un profundo análisis de esas diversas formas de trabajar, algunas de ellas ya no tan novedosas en el Reino Unido. Ciertamente, en este último, ya tienen un determinado arraigo el *job sharing*, el *crowd employment*, el *casual work* (con sus dos modalidades: trabajo intermitente y trabajo a llamada) y el *interim management*; en relación con este último, el autor describe las cinco típicas fases de evolución de la actividad del trabajador-gestor contratado (entrada en la empresa, diagnóstico del problema, propuesta de solución, desarrollo y salida de aquella), así como sus ventajas e inconvenientes. En cualquier caso, la pregunta general en todas esas nuevas maneras de trabajar es la si la persona que trabaja lo hace, como subordinado, bajo un contrato de trabajo o, como autónomo, desde un contrato de prestación servicios.

En el Reino Unido no existe una definición legal de trabajador dependiente y es el *common law* quien lo resuelve caso por caso; los jueces aplican un test de control que atiende a la realidad económica, la integración, el carácter recíproco de las obligaciones de las partes, la intención de estas, al enfoque intuitivo y la situación global. Así las cosas, ante la emergencia de esas nuevas maneras de trabajar, habrá que actuar con cautela y prudencia y tener en cuenta todas las circunstancias del supuesto concreto para determinar si hay dependencia y subordinación o no a la hora de prestar servicios para la contraparte, de la cual se recibirá, según el caso, un precio o un salario. En todo caso,

el autor apunta a la urgente necesidad de una regulación general que proteja a los trabajadores vinculados a estas nuevas maneras de trabajar, que, en la mayoría de supuestos, son claramente favorables para la empresa.

En la profundización del estudio de algunas de esas nuevas formas de empleo ya presentadas -las que implican a varios trabajadores (*employee sharing, job sharing, crowd employment y collaborative employment*)- incide el Prof. García Quiñones, para quien el Derecho del Trabajo aparece sometido a un proceso de cambio permanente en su interacción con la realidad compleja sobre la que se proyecta, en la que surgen variables como las del desarrollo tecnológico y la continua necesidad de empleo. Sin embargo, para el autor, las nuevas maneras de trabajar no alcanzan la suficiente importancia como para exigir una reconfiguración de los contornos del Derecho del Trabajo. Cabe actuar con cautela, poniendo en valor todo el bagaje protector que implica dicha parcela del Derecho, sin dar pábulo a pretensiones rupturistas demasiado precipitadas, especialmente ante la emergencia de estos cambios que se prevén continuos en el futuro inmediato. Tal previsible evolución valoriza aún más, si cabe, la preservación de ese factor de estabilidad que supone mantener la identidad básica inherente a esa parcela del Derecho.

A pesar de esa posición restrictiva a ampliar los límites del Derecho del Trabajo para dar cabida, dentro del mismo, a esas nuevas formas de trabajar, el autor deja claro que el previsible éxito futuro de esos nuevos modos de prestar servicios va a requerir una adecuada sensibilización de todos los actores implicados, particularmente, empresarios y trabajadores y sus respectivas organizaciones colectivas (patronales y sindicatos), para asegurar que el desarrollo progresivo de cada una de esas modalidades de trabajo colectivo analizadas proyecta sus efectos positivos tanto sobre las condiciones de trabajo individuales como en el propio mercado laboral, en su conjunto. En tal sentido, el legislador también debe valorar la posibilidad de extender las políticas activas de empleo hacia estas nuevas modalidades de trabajo colectivo, según los efectos positivos que puedan conllevar para satisfacer la necesidad perenne de creación de empleo.

Otro estudio de interés sobre las diferentes posibilidades de organizar el trabajo con la intervención de las nuevas tecnologías es el de la Dr^a. Laura Díaz y el Prof. Fantini, que profundizan en las políticas públicas adoptadas en Argentina para el impulso de esas nuevas formas de trabajo. En ocasiones, esas nuevas maneras de trabajar sirven de medidas de fomento del empleo de colectivos sociales desfavorecidos o de promoción de la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. Precisamente, una forma de trabajo que algunos países están focalizando, claramente, hacia tal fin es el teletrabajo, como ocurre en el caso de Polonia, aquí abordado espléndidamente por la Dr^a. Kurzynoga. Por último, cierra esta primera parte el estudio de la Prof^a. Núñez-Cortés, que, con claridad y acierto, reflexiona sobre el actual régimen del trabajo a tiem-

po parcial en el derecho español y lo somete a una comparación crítica con el contrato a llamada del Reino Unido, con el fin de valorar sus analogías y diferencias. La autora concluye reclamando una vuelta al equilibrio del contrato, a la sinalgmaticidad del mismo, a la buena fe y a la interdicción del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo. Todo ello conforme a los principios tradicionales del derecho contractual civil, que, como primer requisito, exigen, que el objeto del contrato exista en el momento de la celebración del mismo. En cuanto la observancia de tal exigencia requiere la cuantificación del tiempo de trabajo y su posterior distribución, parece evidente que un puro y duro contrato “a llamada” sería contrario a lo dispuesto en los arts. 1.261 y 1.273 Código Civil.

La segunda parte de la obra se titula “Nuevas tecnologías y relación laboral: control empresarial y derechos fundamentales del trabajador”, y, como su nombre indica, se integra por varios capítulos -cinco- que estudian el ejercicio del poder empresarial de control de la prestación laboral del trabajador. Como es sabido, el ejercicio de dicho poder siempre tiene como límite obligado el necesario respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y cuando este entiende que tales límites se han vulnerado puede acudir a los tribunales en busca de amparo. En este sentido, numerosos son los importantes fallos que se han dictado por los diferentes tribunales españoles y del ámbito internacional (TEDH) en la materia en los últimos tiempos, especialmente a raíz del uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación para la realización de la actividad laboral y del control empresarial.

En este sentido, resultan de máximo interés los trabajos de los Profesores Moreno Solana y Pazos Pérez. La primera autora analiza, con claridad y soltura, la evolución y equivalencia doctrinal que se ha ido produciendo respecto del control del empresario sobre los usos de las nuevas tecnologías por parte de los trabajadores, y los márgenes con los que estos cuentan al amparo del contenido de los derechos fundamentales de la dignidad y del secreto de las comunicaciones. Para aquella, dicha evolución tiende a la restricción de esos derechos y a la ampliación de los poderes de control empresarial, especialmente cuando el trabajador usa los medios tecnológicos facilitados por la empresa en el tiempo de trabajo y para fines personales. Por analogía, complementa muy bien esta temática el interesante estudio del Prof. Pazos, quien incide particularmente en el hecho de que el poder de control del empresario sobre la utilización que los trabajadores hacen de internet en horario laboral no es ilimitado. El deber de buena fe que vincula a ambas partes del contrato obliga a que aquel informe, previamente, a los trabajadores sobre el correcto manejo de los medios informáticos, así como sobre el posible control que se vaya a efectuar sobre el uso de estos. El previo aviso al trabajador y su consentimiento son requisitos que el empresario debe observar para poder acceder a la

información contenida en el ordenador de aquel. Así las cosas, se reclama un control empresarial con límites en los derechos del trabajador, aunque este debe saber que el acceso a internet y a las redes sociales durante la jornada laboral por motivos privados puede tener consecuencias laborales graves, pues lo que resulta relevante a efectos de incumplimiento laboral es el tiempo de trabajo perdido en tales conexiones privadas.

El siguiente estudio también es relevante en el tema analizado, el cual se centra en el ejercicio del poder de control del empresario a través de los medios de videovigilancia. Su autora, la Dr^a. Rodríguez Martín-Retortillo analiza, con precisión, la videovigilancia estática (entendida como uso directo de los medios tecnológicos instalados en el centro de trabajo) y la dinámica (referida a la utilización de estos instrumentos audiovisuales de control cuando el trabajador desempeña parte de su actividad fuera del centro de trabajo, lo que exige un seguimiento por medio de detectives privados). También se analiza el caso particular del teletrabajo, en el que el trabajo se desarrolla en el ámbito privado del domicilio familiar, y, respecto del mismo, la autora rechaza -con contundencia- la posibilidad de usar los aparatos de videovigilancia, pues el domicilio, como tal, no puede ser objeto de intromisiones ilegítimas. En consecuencia, aquella aconseja al empresario el buscar otras herramientas telemáticas, más idóneas y orientadas a las particulares circunstancias en que se presta el servicio. Sin embargo, desde la posición de quien escribe estas breves palabras, quizás no quepa ser tan contundente en la exclusión de los medios tecnológicos de control, pues el trabajador también tiene que saber que cuando elige su domicilio como lugar de trabajo una cierta concesión -la razonable y estrictamente necesaria- tendrá que hacer en su privacidad. Concluye el trabajo, valorándose el uso de la información obtenida por tales medios tecnológicos como prueba para extinguir el contrato del trabajador, lo que dependerá del respeto a los criterios de necesidad, proporcionalidad y necesidad. Un último estudio sobre el tema del control empresarial tecnológico y su conciliación con los derechos fundamentales del trabajador viene del derecho portugués y, por ello, también resulta de sumo interés. Su autor, el Prof. Dr. Pimenta Fernandes deja claro que el problema reside en los límites del control empresarial, y no en este último, que, por sí mismo, resulta legítimo. La utilización de las nuevas tecnologías viene creando formas muy sofisticadas de control de los trabajadores, lo que determina una mayor posibilidad de injerencia en su vida privada, a través de “um controlo à distância, frio, incisivo, sub-reptício e aparentemente infalível”. Por lo tanto, el legislador y el operador jurídico deben saber reaccionar a tiempo para dar adecuada protección a los trabajadores, y, para ello, el autor realiza interesantes propuestas.

Cierra esta segunda parte del libro el sugerente trabajo de la Prof.^a Dr^a. Ushakova, quien analiza el impacto y evolución que las nuevas tecnologías están provocando, también, en el tradicional concepto de la conciliación de la vida laboral y familiar. Como

punto de partida, se estudia la tradicional ecuación del *work-life balance*, que, tras pasar por el binomio del *work-life management*, desemboca en la nueva ecuación del *work-career blend*. *A priori*, las nuevas tecnologías parecen imponer un nuevo paradigma, que facilita la atención continua y mezclada del trabajo y la vida privada al mismo tiempo. Según esta visión, se produce una fusión completa de los roles y la percepción de ambos aspectos como un todo, al igual que ocurre con los colores, cuando se trata de mezclar dos para obtener un tercero (de hecho, las referencias más frecuentes al término *blending* se vinculan a la pintura y al arte). Pues bien, tras hacer un recorrido por estas tres ecuaciones, de la más común a la más innovadora, la autora señala la necesidad -y concuerdo con ella- de volver al punto de partida, es decir, al establecimiento de la clara distinción entre la faceta laboral y la personal. El *blending* -o la pretendida mezcla perfecta entre ambas vidas- termina “pasando factura” y causando nefastos efectos en la salud de los trabajadores, al no permitirles desconectar totalmente del trabajo, en ningún momento. Por ello, la autora presta especial atención al derecho a la desconexión tecnológica que está emergiendo con fuerza en el derecho alemán y, especialmente, en el francés, en el que ya está incluido en el Código de Trabajo, como derecho básico de los trabajadores en orden a proteger su salud física y mental. Los otros países deberían atender al ejemplo del legislador francés, siempre referente en el ámbito de la protección de los derechos de los trabajadores y los ciudadanos, en general.

La tercera parte de la obra versa sobre el ejercicio del poder disciplinario por el empresario en este contexto de uso y abuso de las nuevas tecnologías por los trabajadores, así como de otras cuestiones de interés. Respecto del ejercicio del referido poder empresarial, complementario del ya analizado de dirección y control de la actividad laboral, destacan dos estudios. Uno de ellos es el de la Prof^a. Jover Ramírez, que, con detalle y acierto, aborda el tratamiento que la negociación colectiva está dando al posible uso abusivo de las herramientas tecnológicas por parte del trabajador, más allá de su aplicación laboral y en virtud de la cual fueron puestas a su disposición por el empresario. Ciertamente, resulta de alabar que en distintas empresas y sectores se estén elaborando directrices y protocolos de actuación para regular el uso de dichas herramientas en la empresa, pero, en todo caso, es necesario que los convenios colectivos actualicen sus catálogos de faltas y sanciones, dando entrada a los nuevos incumplimientos laborales derivados de un uso incorrecto de las referidas herramientas. Dicha actualización permite dar cumplimiento al obligado principio de tipicidad en el ámbito sancionador. Sin duda, el recurso a la negociación colectiva es la mejor vía para el tratamiento de la cuestión. El otro estudio, de la Prof^a. De Carvalho, versa sobre un aspecto similar del poder disciplinario empresarial, cual es el de la posible sanción laboral de las conductas extralaborales graves del trabajador en las redes sociales, en cuanto violan deberes acce-

sorios de aquel, como el de buena fe y respeto que, en todo momento, debe observar con el empresario. La autora sostiene que tanto en el derecho portugués como en el español hay criterios jurídicos suficientes para sancionar tales conductas cuando la gravedad de sus efectos lo requiere, pues dichas conductas no quedan blindadas por el derecho a la reserva de la intimidad o a la vida privada, en cuanto se difunden en redes de público y general acceso.

Aspectos muy interesantes trata el siguiente capítulo, en el que el magistrado y Prof. Dr. De Castro Mejuto aborda la transcendencia jurídico-laboral que las redes sociales, como manifestación de la interconexión y desarrollo tecnológico actuales, están adquiriendo como herramienta imprescindible en las relaciones laborales, tanto en su forma inicial (búsqueda de perfiles profesionales de interés) como en su devenir posterior (una vez suscrito el contrato). *A priori*, parece posible que el empleador pueda buscar y seleccionar sus futuros empleados a través de las redes sociales, pero ha de estarse vigilante en orden a evitar que el uso de tal herramienta no implique discriminación a la hora de acceder a un empleo para determinados colectivos. Además, para el trabajador, se recomienda cautela a la hora de gestionar la marca personal (el denominado *personal branding*), por las consecuencias negativas que pueden derivarse para contrataciones futuras. La participación en dichas redes sociales no es libérrima, sino que puede conllevar efectos perniciosos para el empleo, puesto que el trabajador siempre estará limitado por el deber de actuar lícita y respetuosamente con los derechos de su empleador y, en general, de cualquier persona.

De otro lado, si el empleado incorpora voluntariamente determinada información en la red social y su acceso es libre, el empresario puede hacer uso de esta en un juicio en contra de aquel. Más claramente, la información reflejada en las redes sociales puede ser usada por el empresario para probar el incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador. Por lo demás, aunque la fiscalización empresarial de la actividad desarrollada por los trabajadores a través de dispositivos proporcionados por la empresa es legítima, y cada vez requiere menor justificación, un punto polémico es el de si esta última puede llegar a crear perfiles suyos falsos en las redes sociales para controlar -y espiar sin ser descubierta- la conducta privada de aquellos. Para el magistrado autor del estudio, este comportamiento no parece compadecerse con la buena fe contractual, de tal forma que podría criticarse por ilícito.

Un último trabajo que, por su temática procesal, actúa como broche de cierre del libro que se prologa es el de la Prof^a. Dr^a. Munín Sánchez. La autora se centra en el importante tema del valor probatorio que estas herramientas tecnológicas pueden tener en un eventual litigio. A tales efectos, son analizados los sistemas de videovigilancia, la grabación de conversaciones, el control informático, los sistemas de geolocalización y las

pruebas aportadas por los detectives privados. Sin duda, resulta necesario perfilar hasta qué punto y con qué requisitos y límites tales innovaciones tecnológicas pueden servir como medio de prueba de conductas con repercusión en la relación de trabajo, especialmente a efectos de acreditar circunstancias tales como el rendimiento del trabajador, su presencia o ausencia en el trabajo, la concurrencia desleal u otras conductas reprobables susceptibles de generar sanciones de diversa índole. Para la autora, la validez de esos medios tecnológicos como prueba procesal depende de dos aspectos fundamentales: uno, los límites que se imponen a su empleo, desde la perspectiva de la colisión con los derechos fundamentales; y el otro, el de la aportación al acto del juicio de los datos de distinta naturaleza (imagen, sonido, informáticos) contenidos en esos soportes y la veracidad de los mismos.

Como se aprecia, los trabajos aquí presentados son todos ellos de máximo interés, en cuanto abordan algunos de los retos que la introducción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación implica para la relación laboral. No cabe negar que la digitalización conlleva importantes riesgos, pero aquella debe verse, también, como una oportunidad para mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores actuales y futuros. Se está, así, ante una realidad nueva, que necesita ser moldeada en beneficio de la sociedad, y tal responsabilidad corresponde a todos los actores implicados, también a los estudiosos del mundo del trabajo. A estos cabe -desde la dialéctica y la reflexión- aportar soluciones jurídicas a los problemas planteados, en pro del deseado equilibrio de los derechos y deberes de las partes del contrato de trabajo y, más en general, del objetivo de conseguir un trabajo decente, pues, en los albores del siglo de la cuarta revolución tecnológica, la mayoría de trabajadores todavía son seres humanos y no simples robots.

¡Buena lectura a todos!, con el deseo de que la misma sea útil y amena.

LOURDES MELLA MÉNDEZ

Octubre 2016

CAPÍTULO X. AS NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO DO TRABALHADOR À INTIMIDADE EM PORTUGAL

TIAGO PIMENTA FERNANDES

Doctor en Derecho. Profesor Auxiliar de la Universidade Portucalense. Asistente Invitado del Instituto Superior de Contabilidad y Administración de Oporto. Abogado. Portugal

SUMÁRIO: I. O DIREITO À INTIMIDADE DO TRABALHADOR EM PORTUGAL. CONSIDERAÇÕES GERAIS.- II. AS NOVAS TECNOLOGIAS AO SERVIÇO DO EMPREGADOR E A RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA DO TRABALHADOR: 1. A intimidade do trabalhador e a utilização de meios de vigilância à distância pelo empregador. 2. O direito de reserva e confidencialidade do trabalhador.- III. BALANÇO.

I. O DIREITO À INTIMIDADE DO TRABALHADOR EM PORTUGAL. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Não constituirá uma novidade afirmar-se que o texto constitucional português, à semelhança de muitos outros, consagra um conjunto de direitos, liberdades e garantias a favor dos trabalhadores (cfr. artigos 53.º a 59.º da Constituição). Contudo, a proteção legalmente conferida ao trabalhador em Portugal não se esgota nos referidos preceitos, na medida em que, como ensina MONTEIRO FERNANDES, muitos outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos - próprios do estatuto geral de “cidadão” - poderão ser colocados em jogo em situações próprias de ambientes de trabalho¹. A “transposição” de tais direitos para o domínio laboral é inclusivamente efetivada pelo

.....

1 Cfr. A. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17.ª ed. (Coimbra, 2014), Almedina, p. 156.

próprio Código do Trabalho², na Subsecção II (“Direitos de personalidade”) da Secção II, do Capítulo I, que por sua vez integra o Livro I do referido diploma.

É no âmbito do mencionado núcleo de proteção legal que importa que destaquemos o direito à reserva da intimidade da vida privada, previsto expressamente no artigo 16.º do CTrab, direito esse que surge concretizado nos artigos subsequentes desse diploma e que deverá ser conjugado com os arts. 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP) e 80.º do Código Civil (CCiv). Aí se lê que “1. O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada; 2. O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de 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”. Trata-se de um direito que, tal como refere M.^a ROSÁRIO PALMA RAMALHO³, deve ser entendido em termos amplos, de modo a nele se incluïrem os aspetos ligados às esferas íntima, pessoal e familiar do trabalhador.

O reconhecido efeito horizontal dos direitos fundamentais impõe o seu respeito não apenas a entidades públicas, mas também a entidades privadas, e, assim, também, no contexto das relações laborais de direito privado. A vinculação, em qualquer caso, a estes preceitos constitucionais protetores de direitos, liberdades e garantias configura-se como uma consequência direta do disposto no artigo 18.º, n.º 1 CRP, que lhes atribui uma eficácia *erga omnes*⁴. Assim, o reconhecimento do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador implica a superação de uma distinção entre um estatuto geral de cidadão e um estatuto de trabalhador que, por força da relação de subordinação que caracteriza o contato de trabalho, ver-se-ia à partida diminuído nas liberdades que lhe assistem.

Por seu turno, o artigo 8.º, n.º 1, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estatui que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. A respeito da integração do direito internacional no plano nacional, o art. 8.º da CRP consagra entre nós um sistema de receção automática e plena daquele, segundo o qual as normas internacionais serão diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico português, sem necessidade de serem convertidas em atos normativos internos. Concretamente, e no que ao direito internacional convencional diz respeito, dispõe o mencio-

2 Diploma que doravante designaremos abreviadamente por “CTrab”, por motivos de facilidade de exposição.

3 M.^a R. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações laborais Individuais*, 5.^a ed. (Coimbra, 2014) Almedina, p. 430.

4 Assim, C. SARMENTO E CASTRO, “A proteção dos dados pessoais dos trabalhadores”, *Questões Laborais*, n.º 19, ano IX, 2002, p. 32.

nado preceito que “as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas⁵ ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”. Pelo exposto, as disposições da mencionada convenção vigoram na nossa ordem jurídica, sem necessidade de qualquer transposição através de legislação interna, constituindo, por isso, uma importante fonte externa de Direito do Trabalho. No que respeita ao posicionamento do direito internacional convencional no plano interno, em face das normas constitucionais e da lei ordinária, o entendimento genericamente aceite é aquele segundo o qual as normas internacionais ocupam uma posição infraconstitucional (na medida em que, em regra, as convenções internacionais não prevalecem sobre a Constituição portuguesa⁶) e supralegal (prevalecendo já sobre a lei ordinária)⁷. Do mesmo modo, o artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sob a epígrafe “Proteção de dados pessoais”, dispõe que “[t]odas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito”, e o parágrafo 14 da Recomendação do Conselho da Europa sobre o tratamento de dados pessoais no contexto de emprego [CM/REC(2015)5], emitida a 1 de abril de 2015, refere claramente que “o conteúdo, envio e receção de comunicações eletrónicas privadas no trabalho não devem ser monitorizados em qualquer circunstancia”.

Ainda no plano internacional, destaque para a Convenção n.º 108 do Conselho da Europa - “Para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal” -, que tem como objetivo “garantir, no território de cada Parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito (“proteção dos dados”)), e que assenta no alargamento da proteção dos direitos e das liberdades fundamentais de todas as pessoas, nomeadamente o direito ao respeito



5 A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi ratificada por Portugal pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, publicada no Diário da República, I Série, n.º 236/78 (retificada por Declaração da Assembleia da República publicada no Diário da República, I Série, n.º 286/78, de 14 de Dezembro), tendo entrado em vigor no ordenamento jurídico português em 9 de Novembro de 1978.

6 Trata-se de um entendimento que assenta usualmente em duas ordens de ideias. Em primeiro lugar, o facto de a Lei Fundamental conter alguns princípios fundamentais que são inderrogáveis, plasmados, nomeadamente, nos arts. 1.º, 3.º e 7.º, n.º 1, da CRP, o que leva à conclusão de que as convenções internacionais que se apliquem no ordenamento jurídico português deverão subordinar-se à Constituição. Em segundo lugar, a Lei Fundamental prevê um mecanismo específico de fiscalização da constitucionalidade das convenções internacionais (arts. 204.º, 277.º, n.º 2, 278.º, n.º 1, e 280.º, n.º 3, todos da CRP), o que pressupõe, naturalmente, uma subordinação dessas convenções à própria Constituição.

7 O fundamento deste entendimento reside, desde logo, no próprio art. 8.º, n.º 2, CRP, que determina que as convenções internacionais vigoram na ordem interna enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. Acresce ainda que o legislador constitucional, no art. 119.º CRP, ao ordenar os atos normativos, colocou as convenções internacionais imediatamente abaixo das leis constitucionais e acima dos demais atos normativos, o que reforça a ideia de que as convenções internacionais prevalecem efetivamente sobre a lei ordinária no ordenamento jurídico português.

pela vida privada, tendo em consideração o fluxo crescente, através das fronteiras, de dados de carácter pessoal suscetíveis de tratamento automatizado.

II. AS NOVAS TECNOLOGIAS AO SERVIÇO DO EMPREGADOR E A RESERVA DA INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA DO TRABALHADOR

Antes da entrada em vigor do Código do Trabalho de 2003, exceção feita a algumas disposições constantes de regimes laborais especiais, nomeadamente, referentes ao trabalho no domicílio⁸ e ao trabalho do praticante desportivo⁹, inexistiam quaisquer disposições normativas do campo laboral direta¹⁰ e especificamente destinadas à proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, pelo que a proteção deste direito era assegurada através do recurso a outros diplomas, nomeadamente, à Constituição da República Portuguesa, ao Código Civil, ao Código Penal e à Lei da Proteção de Dados Pessoais¹¹. Contudo, a progressiva (senão galopante) introdução de novas tecnologias no local de trabalho tem representado um autêntico assalto à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, o que obrigou o legislador a tutelar a utilização desses mecanismos. Daí que o atual Código do Trabalho dedique alguma da sua normativa à possibilidade de o empregador controlar a prestação do trabalhador através das novas tecnologias de informação e comunicação, designadamente, nos seus arts. 20.º (“Meios e vigilância à distância”), 21.º (“Utilização de meios de vigilância à distância”) e 22.º (“Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação”), preceitos que analisaremos mais adiante.

Como bem assinala MARIA REGINA REDINHA “[a] utilização das novas tecnologias da informação e comunicação no ambiente de trabalho fez aumentar exponencialmente o risco de devassa da esfera de reserva privada e pessoal do trabalhador, ao alargar a sua exposição ao controlo do empregador e ao diluir as próprias noções de tempo e local

.....

8 Cfr. Decreto-Lei n.º 440/91, de 14 de novembro.

9 Cfr. Lei n.º 28/98, de 26 de junho.

10 Pese embora alguma doutrina encontrasse nos artigos 18.º e 19.º da LCT uma mera proteção indireta nesta matéria (neste sentido, C. SARMENTO E CASTRO, *op. cit.*, p. 145).

11 Aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro. Será, por isso, acertado dizer-se que no panorama legislativo pré-existente à entrada em vigor do Código do Trabalho de 2003, e à luz da tutela dos direitos de personalidade conferida pelo Código Civil, a utilização de meios de vigilância seria, em princípio, ilícita. A utilização de meios de vigilância à distância só seria lícita nos quadros da limitação voluntária dos direitos de personalidade, ou mediante colisão de direitos, solucionada nos termos do artigo 335.º do Código Civil (neste sentido, D. OLIVEIRA FESTAS, “O direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2004, Ano 69, vol. I/II, pp. 369-458).

de trabalho. Por outro lado, uma vez que se trata de um domínio relativamente novo, a cada passo surgem problemas de redefinição das fronteiras da subordinação, renovando a tensão entre tutela da personalidade e extensão do poder de direção do empregador. Se o empregador é o proprietário dos equipamentos e sistemas tecnológicos instalados na empresa, e portanto adstritos à execução da prestação de trabalho, o trabalhador, no tempo e local de trabalho, não deixa de ser titular do direito a uma zona de reserva pessoal, pelo que a articulação de ambos os direitos pode ser, na prática, de difícil alcance¹². A regulação legal das novas tecnologias ao serviço do empregador tem, assim, subjacente uma colisão de direitos e de interesses: por um lado, o empregador tem, como corolário do seu poder de direção e também do direito de propriedade sobre os meios de produção, o poder de vigiar e de controlar a prestação do trabalho e a utilização que é feita dos instrumentos de laboração; por outro lado, o trabalhador tem direito à reserva da intimidade da sua vida privada¹³.

Contudo, aceita-se que este direito à reserva da intimidade da vida privada deva conviver com o poder de controlo do empregador, uma vez que este tem o direito, na fase de execução do contrato de trabalho, de controlar e vigiar a prestação realizada, poder esse que é inerente ao próprio contrato de trabalho, até porque “não teria lógica que o empregador pudesse ditar ordens e instruções ao abrigo do seu poder diretivo e, depois, não pudesse verificar se elas estariam a ser bem cumpridas”¹⁴. Ainda assim, se é verdade que o empregador tem o direito de verificar e controlar a atividade laboral dos trabalhadores e de apurar as faltas passíveis de justificarem procedimentos disciplinares, enquanto titular do poder de controlo e de vigilância, tal poder deve conciliar-se com exigências de legalidade, lealdade, proporcionalidade e de boa-fé, bem como com a proteção da dignidade e da privacidade dos trabalhadores¹⁵.

A este respeito, TERESA COELHO MOREIRA refere que o poder de controlo do empregador conheceu com as novas tecnologias de informação e comunicação uma “nova realidade e uma nova atualidade, na medida em que a evolução tecnológica e a mutação das formas de organização das empresas contribui para criar novos momentos de tensão entre o legítimo poder de controlo do empregador e os direitos fundamentais dos trabalhadores. Aquele não é novo nem proibido, sendo que a questão que se coloca não é a da legitimidade desse poder mas a dos seus limites, tendo em consideração que com estas novas tecnologias ressurgiu o clássico debate entre o equilíbrio do direito funda-

12 “Direitos de personalidade”, in www.cije.up.pt/download-file/198.

13 D. OLIVEIRA FESTAS, *op. cit.*, p. 373.

14 T. COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do empregador* (Coimbra, 2010), Almedina, p. 368.

15 T. COELHO MOREIRA, *op. últ. cit.*, p. 380.

mental à privacidade dos trabalhadores e os legítimos direitos dos empregadores de os dirigir e de controlar as suas tarefas”¹⁶. Nas palavras da autora, “a inovação tecnológica permite e favorece mesmo, através de instrumentos como as vídeo-câmaras ou a monitorização dos computadores, nas vertentes de controlo dos programas de computadores, de controlo da *world wide web* e de controlo dos e-mails, das redes sociais, dos telefones e dos *smartphones*, de controlo através de *badges*, de *smartcards*, de chips incorporados na roupa de trabalho dos trabalhadores, de RFID, de GPS instalados na viatura, de controlo através de dados biométricos, da áudio, vídeo e web-vigilância, entre outras formas de controlo, a vigilância da atividade dos trabalhadores contínua e centralizada, transformando assim, por um lado, uma das máximas básicas do taylorismo e da direção científica da empresa relacionada com a supervisão e controlo do trabalhador através da observação do comportamento laboral do trabalhador de forma imediata e pessoal”¹⁷. Trata-se, conforme alerta JOÃO LEAL AMADO de uma “matéria complexa, de um terreno escorregadio em que abundam os conceitos indeterminados e em que surgem, não raro, questões melindrosas, cuja resposta poderá oscilar em função das circunstâncias concretas que rodeiam cada situação (a natureza da atividade prestada, o tipo de empresa em que se realiza, os usos do sector, etc.)”¹⁸.

1. A intimidade do trabalhador e a utilização de meios de vigilância à distância pelo empregador

O artigo 20.º, n.º 1, do Código do Trabalho consagra um princípio geral, que consiste na proibição de o empregador utilizar quaisquer meios tecnológicos com a finalidade exclusiva de vigiar, à distância, o comportamento do trabalhador no tempo e local de trabalho ou o modo de exercício da prestação laboral. Daqui decorre que ao empregador é vedado controlar não apenas condutas que entrem na esfera da vida privada do trabalhador (cfr. art. 16.º CTrab) como vigiar ou fiscalizar o modo de execução da prestação laboral pelo trabalhador¹⁹. No que respeita ao âmbito material deste princípio, e perante a inexistência de uma definição legal de “meios de vigilância à distância”, o que tem gerado as habituais incertezas e divergência interpretativas, MARIA REGINA REDINHA alerta para o facto de que a norma abrange as situações de monitorização não presencial do trabalhador ou do seu desempenho por quaisquer meios técnicos, de natureza eletrónica

.....

16 Cf. “Novas tecnologias: um admirável mundo novo do trabalho?”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n.º 11, jan./jun. 2012, pp. 29-31.

17 T. COELHO MOREIRA, *op. ult. cit.*, p. 29.

18 Cf. *Contrato de Trabalho*, 4.ª ed. (Coimbra; 2014), Almedina, pp. 217-218.

19 A utilização ilícita de meios tecnológicos de vigilância é suscetível de desencadear a responsabilidade civil do empregador, nos termos do art. 483.º do Código Civil, e constitui um ilícito contra-ordenacional, nos termos do n.º 4 do art. 20.º CTrab.

ou não, o que é evidentemente o caso da videovigilância, mas também de muitos outros, designadamente, de “sistemas de recolha de som no posto de trabalho, dos métodos de controlo eletrónico da prestação de trabalho, através de *software* que permita registos quantitativos e descritivos das tarefas realizadas no computador do trabalhador, dos programas que registam o tráfico na internet, dos sensores de cadeira que registam o tempo durante o qual o trabalhador permanece sentado no seu posto de trabalho, dos mecanismos dos automóveis que gravam as distâncias percorridas ou o consumo de combustível ou das placas de identificação dos trabalhadores com chip incorporado que permitem reconstituir o percurso dos trabalhadores nas instalações da empresa”²⁰. É o caso, por exemplo, do dispositivo GPS²¹ instalado no veículo automóvel atribuído ao trabalhador, o qual, para muita da jurisprudência que já se vem pronunciando sobre esta matéria, deverá ser englobado no conceito de meio de vigilância à distância no local de trabalho, “seja através de uma interpretação extensiva ou mediante uma interpretação atualista” da lei²². Até porque “para se vigiar alguém não é necessário ver-lhe a face, mas tão só saber-se da sua posição, onde se encontra, por onde anda e para onde vai”²³, o

20 Cf. *Direitos de personalidade*, cit., p. 11. A autora já tem reservas quanto à inclusão dos dados biométricos – dados recolhidos através de sistemas que se baseiam na análise e mensuração de dados biológicos em comparação com uma amostra digital (*template*), baseados por hipótese, em impressões digitais, da retina e íris, da geometria das mãos, etc. – na categoria de meios de vigilância à distância, acabando por inclinar-se no sentido da sua exclusão, apoiando-se no facto de que atualmente os sistemas biométricos não registam nem armazenam amostras biométricas reprodutíveis.

21 D. PÉREZ DEL PRADO refere que um dos mais recentes avanços trazidos ao mundo do controle dos trabalhadores foi precisamente o Dispositivo de Posicionamento Global, mais conhecido pela sua sigla inglesa, *GPS* (*Global Positioning System*), que se traduz num sistema de localização, concebido pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, com fins militares, para fornecer estimativas precisas de posição, velocidade e tempo – “Instrumentos GPS y poder de control del empresario”, *Revista de Contratación Electrónica*, n.º 107, 2009, pp. 50-51.

22 Cfr. Acórdão da Relação do Porto de 22 de Abril de 2013 (proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1), já citado. No mesmo sentido, *vd.* o recente Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 3 de Março de 2016 (proc. n.º 20/14.7T8VRL.G1), texto acessível em www.dgsi.pt. Neste sentido, aliás, já se pronunciou a CNPD, para quem “[a]s informações captadas por GPS afiguram-se verdadeiros tratamentos de dados pessoais quando se identifica ou torna identificável um titular, pessoa singular” (*vd.* o considerando n.º 14 da Diretiva n.º 2002/58 emitida por esta entidade). Com relevo para este ponto, a Relação de Évora entendeu recentemente, em Acórdão de 8 de Maio de 2014 (proc. n.º 273/11.3TTSTRE.E1, texto acessível em www.dgsi.pt) que “a instalação de um equipamento de GPS em viatura atribuída pelo empregador ao trabalhador para uso total, constitui, sem autorização deste, uma ingerência inadmissível na sua vida privada”, acrescentando que “a circunstância da viatura ser propriedade do empregador que admitiu que a mesma utilizada, em termos pessoais, pelo trabalhador, não acarreta qualquer limitação à privacidade do mesmo pois a vida pessoal ou privada deste, no período extralaboral, é algo que não pode ser limitado pela vontade do empregador ou pela criação de circunstâncias, por este, que levassem a tal limitação”. No entanto, na hora de apreciar se a colocação do referido dispositivo constituía justa causa de resolução por iniciativa do trabalhador, a referida instância entendeu que o comportamento do empregador não tornou impossível a manutenção da relação laboral, justificando a sua posição com o facto de não se ter demonstrado nos autos que este havia utilizado tal mecanismo para controlar o trabalhador durante o seu período de descanso.

23 Assim, Acórdão da Relação do Porto de 22 de Abril de 2013 (proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1), já citado. Em abono esta posição, leia-se a Autorização n.º 857/2005 da Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD) onde uma empresa de telecomunicações efetuou um pedido de tratamento de dados pessoais com a finalidade de registar o tratamento e análise de reclamações de clientes do serviço Frotalink, com a CNPD a reconhecer que “[a] identificação das viaturas pode processar tratamentos pessoais estando em causa a proteção da privacidade e, eventualmente, o controlo de trabalhadores nos termos dos artigos 35.º, n.º 3 da Constituição e 7.º da Lei n.º 67/98”. Em sentido inverso, cfr. o Acórdão do STJ de 22 de Maio de 2007 que, no âmbito do Código do Trabalho de 2003, decidiu que “não se pode qualificar o dispositivo de GPS instalado no veículo automóvel atribuído a um técnico

que não parece poder contrariar-se pelo facto de a viatura pertencer ao empregador, ou por este ter admitido que a mesma possa ser utilizada pelo trabalhador para a sua vida privada²⁴.

No entanto, o n.º 2 do mesmo normativo dispõe que a utilização de meios de vigilância à distância poderá ser lícita quando (i) tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou (ii) quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade o justifiquem. Trata-se, no entanto, de situações excepcionais, que se encontram sujeitas a rigorosos critérios de necessidade, proporcionalidade e adequação²⁵. Na primeira das exceções englobam-se as situações em que se justifique a instalação no local de meios de videovigilância para proteção e segurança de pessoas e bens relativamente a terceiros e relativamente a trabalhadores, como por exemplo, a instalação de sistemas de videovigilância numa repartição bancária ou num posto de abastecimento de combustível²⁶, “devendo entender-se, contudo, que essa possibilidade se circunscreve a locais abertos ao público ou a espaços de acesso a pessoas estranhas à empresa, em que exista razoável risco de ocorrência de delitos contra as pessoas ou contra o património”²⁷. No segundo leque de situações incluem-se aquelas em que estejam em causa materiais particularmente valiosos ou perigosos²⁸. Do referido regime legal extrai-se que a intenção do legislador foi a de evitar a utilização destes sistemas de controlo à distância para uma finalidade diferente ou diversa da “proteção de pessoas e bens”, nomeadamente, o controlo do desempenho do trabalhador. No entanto, em caso de preenchimento de uma das finalidades excepcionais previstas no art. 20.º, n.º 2, as atuações ilícitas do trabalhador lesivas de pessoas e bens poderão ser licitamente verificadas pelo empregador, podendo os dados obtidos servir de meio de prova em procedimento disciplinar e no controlo jurisdicional da licitude da decisão disciplinar²⁹.

Nos casos excepcionais em que o recurso a meios de vigilância à distância seja admitido, o empregador fica obrigado a informar o trabalhador dessa circunstância e da fi-



de vendas como meio de vigilância a distância no local de trabalho, já que esse sistema não permite captar as circunstâncias, a duração e os resultados das visitas efetuadas aos seus clientes, nem identificar os respetivos intervenientes” (proc. n.º 07S054, texto acessível em www.dgsi.pt).

24 Neste sentido, cfr. Acórdão da Relação de Évora de 8 de Maio de 2014 (proc. n.º 273/11.3TTSTR.E1), texto acessível em www.dgsi.pt.

25 M.ª REGINA REDINHA, *op. últ. cit.*, pp. 11-12.

26 Assim, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Abril de 2013 (proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1), texto acessível em www.dgsi.pt.

27 Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Fevereiro de 2006 (proc. n.º 05S3139), texto acessível em www.dgsi.pt.

28 Uma dessas situações encontra-se expressamente prevista no artigo 22.º, n.º 2 e n.º 3, al. b), do Decreto-Lei n.º 139/2002, de 17 de Maio, diploma que aprovou o Regulamento de Segurança dos Estabelecimentos de Fabrico e de Armazenagem de Produtos Explosivos.

29 Assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6 de Fevereiro de 2015 (proc. n.º 359/13.0TTFIG-A.C1), texto acessível em www.dgsi.pt.

nalidade dessa utilização, nos termos do art. 20.º, n.º 3 CTrab³⁰. Tal dever de informação insere-se na obrigação geral constante nos artigos 106.º a 109.º CTrab e decorre do princípio da boa-fé nas relações laborais insito ao artigo 126.º do mesmo diploma legal, revestindo-se da maior importância na medida em que dele depende o conhecimento, pelo trabalhador, das condições e do alcance do tratamento de dados pessoais que irá ser efetuado. Como refere TERESA COELHO MOREIRA, “este conhecimento da vigilância pode ser, ainda, essencial para determinar a legitimidade ou a ilegitimidade da intromissão, por vários motivos. Em primeiro lugar, a exigência constitucional de conhecimento das restrições fundamentais do trabalhador é sempre necessária, pois é através deste conhecimento que se determina se esta, na sua adoção e aplicação, se adequa à finalidade pretendida, sendo proporcional aos sacrifícios que implica. Em segundo lugar, o desconhecimento por parte dos trabalhadores das medidas de controlo adotadas configura uma violação do princípio da boa-fé no exercício dos poderes do empregador”³¹. Daí que alguma jurisprudência venha admitindo que a implementação de um sistema de videovigilância por parte do empregador sem observância de requisitos legais, nomeadamente, da informação prévia aos trabalhadores, constitui justa causa de resolução do contrato por iniciativa do trabalhador³².

A validade da utilização de meios de vigilância à distância no local de trabalho fica ainda sujeita à obtenção de autorização por parte da Comissão Nacional de Dados, nos termos do art. 21.º, n.º 1 CTrab³³. Por outro lado, o n.º 2 do mesmo preceito prevê que a referida autorização apenas poderá ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objetivos a atingir, o que deriva também do artigo 5.º, n.º 1, al. c), da Lei de Proteção de Dados Pessoais³⁴ (LPDP), que estatui que os dados pessoais têm de ser “adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos”, permitindo inferir que apenas se poderão incluir no tratamento de dados aqueles que hajam sido recolhidos e se revelem relacionados com a finalidade que foi permitida e não os que lhe são estranhos³⁵. No âmbito do princípio

30 A circunstância de o trabalhador ter presenciado a instalação de um sistema de videovigilância nos escritórios do empregador não pode ser entendido como cumprimento deste dever de informação, como sublinhou a Relação do Porto em Acórdão de 4 de Março de 2013 (proc. n.º 787/10.2TTVCT.P1). O incumprimento deste dever de comunicação acarretará a ilicitude da utilização deste equipamento, como salienta a Relação do Porto em Acórdão de 4 de Fevereiro de 2013 (proc. n.º 229/11.6TTLMG.P1), texto acessível em www.dgsi.pt.

31 T. COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores...*, cit., p. 566.

32 Assim, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de Março de 2013 (proc. n.º 787/10.2TTVCT.P1), texto acessível em www.dgsi.pt. Nos termos da referida decisão, a circunstância de o trabalhador ter presenciado a instalação de um sistema de videovigilância nos escritórios do empregador não pode ser entendida como um cumprimento do mencionado dever de informação.

33 O mencionado pedido de autorização deverá ainda ser acompanhado de parecer da comissão de trabalhadores ou, não estando este disponível 10 dias após a consulta, de comprovativo do pedido desse parecer, nos termos do n.º 4 do art. 21.º CTrab.

34 Aprovada pela Lei n.º 69/98, de 26 de Outubro.

35 Decorre, ainda, do artigo 6.º, n.º 1, al. b), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de

da adequação, deverá ainda ter-se em consideração a questão da conservação dos dados pessoais e da sua manutenção temporal, que recebe cobertura constitucional no artigo 35.º CRP. Em causa está o direito ao esquecimento que assiste ao titular dos dados, ou seja, estes apenas poderão ser conservados de modo a permitirem a identificação durante o período necessário para a prossecução das finalidades de recolha ou tratamento posterior, nos termos do art. 21.º, n.º 3 CTrab, e do art. 5.º, n.º 1, al. e) LPDP.

Sobre a questão da admissibilidade para efeitos disciplinares dos meios probatórios obtidos por via de uma utilização ilícita dos meios de vigilância à distância, tem-se entendido a prova produzida através desses registos é nula, à luz do artigo 32.º, n.º 8 CRP, uma vez que a sua aquisição, o seu tratamento e posterior utilização constitui uma evidente violação da dignidade e privacidade do trabalhador, não podendo, assim, a mesma ser utilizada como meio de prova em sede de procedimento disciplinar³⁶. Sobre este ponto, TERESA COELHO MOREIRA acaba por admitir que, “em determinadas circunstâncias, pode ser lícita a utilização de dados com fins disciplinares quando o que se descobre acidentalmente são factos particularmente gravosos, e que constituem ilícitos penais de relevo”, sustentando que “o principio da finalidade [...] não deve amparar a impunidade dos que nele se refugiam para cometer ilícitos, nem lesar o direito do empregador a proteger-se do prejuízo ou da responsabilidade que poderá derivar das ações lícitas dos seus trabalhadores como seria o caso, *inter alia*, de agressões, roubos e furtos”³⁷. Todavia, no entender da autora, na utilização desses dados, a imagem (ou qualquer outro registo, parece-nos) não pode constituir o único meio prova³⁸. Outros autores prosseguem um entendimento menos restritivo quanto a esta questão, sustentando que “estranho seria que a videovigilância, instalada e utilizada, por exemplo, para a proteção e segurança de pessoas e bens, não pudesse fundamentar uma atuação contra aqueles

24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, que os dados pessoais serão apenas “recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e que não serão posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades”. Esta Diretiva foi transporta para o direito nacional através da LPDP, cuja na al. b), do n.º 1, do art. 5.º dispõe que os dados pessoais devem ser “recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades”.

36 Neste sentido, G. MACHADO DRAY, “Justa causa e esfera privada”, in *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, II (Coimbra, 2001), Almedina, pp.81-86, e, em anotação ao artigo 20.º do Código do Trabalho, in AAVV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed. (Coimbra, 2013), Almedina, p. 162; I. ALEXANDRE, *Provas ilícitas em processo civil* (Coimbra, 1998), Almedina, pp. 233 e ss.; M.ª REGINA REDINHA, *op. ult. cit.*, p. 12; C. SARMENTO E CASTRO, *op. cit.*, p. 145, e L. MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 4.ª ed. (Coimbra, 2014), Almedina, p. 180. Na jurisprudência, *vd.*, entre outros, os Acórdãos da Relação do Porto de 4 de Março de 2013 (proc. n.º 787/10.2TTVCT.P1), de 4 de Fevereiro de 2013 (proc. n.º 229/11.6TTLMG.P1), de 22 de Abril de 2013 (proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1), e de 9 de Maio de 2011 (proc. n.º 379/10.6TTBCL-A.P1), Acórdão da Relação de Lisboa de 3 de Maio de 2006 (proc. n.º 872/2006-4) e Acórdão do STJ de 8 de Fevereiro de 2006 (proc. n.º 05S3139), todos acessíveis em www.dgsi.pt.

37 Cfr. *A privacidade dos trabalhadores...*, cit., p. 577.

38 *Vd.*, da mesma autora, “A admissibilidade probatória dos ilícitos disciplinares de trabalhadores detetados através de sistemas de videovigilância – Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Novembro de 2011”, *Questões Laborais*, Ano XIX, n.º 40, Julho/Dezembro 2012, p. 262.

que, pelas funções que desempenham, mais poderão atentar contra as finalidades que a instalação visa defender. Assim, cumpre proteger pessoas e bens não apenas contra atos ilícitos de terceiros mas também de trabalhadores”³⁹.

Por fim, salientamos que o direito a não ser objeto de vigilância, controlo ou fiscalização à distância é um direito disponível do trabalhador, podendo este, por conseguinte, prestar consentimento para a sua limitação pelo empregador. Tal consentimento “deverá ser livre, esclarecido, atual, anterior ao início da vigilância, expresso e livremente revogável a todo o tempo”, solução que resulta do disposto no art. 81.º, n.º 2 CCiv, e que encontra paralelo na regulação do tratamento de dados sensíveis pelo art. 7.º, n.º 2, da Lei 67/98, de 26 de Outubro⁴⁰.

2. O direito de reserva e confidencialidade do trabalhador

Resulta do art. 21.º, n.º 1, CTrab que “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 eletrónico”. Como ensina MENEZES LEITÃO, “desta disposição resulta que as comunicações do trabalhador revestem em princípio carácter pessoal, pelo que a abertura da correspondência, seja ela escrita ou eletrónica, que a ele seja dirigida, deve ser efetuada pelo próprio trabalhador”⁴¹, o que, por um lado, decorre do art. 26.º, n.º 1 CRP, a que já aludimos supra, mas por outro, resulta também do disposto do art. 34.º do mesmo diploma, que proclama a inviolabilidade de sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada.

No que respeita ao âmbito de proteção da norma, tanto se protege a confidencialidade das tradicionais cartas missivas como a das informações enviadas ou recebidas através da utilização de tecnologias de informação e de comunicação, compreendendo-se aqui “todas as mensagens em suporte de escrita, som, ou imagem que o trabalhador receba ou emita no tempo e/ou local de trabalho, tais como cartas, encomendas, vales e bilhetes postais, telegramas, telefonemas, mensagens escritas ou orais, recebidas ou deixadas em atendedor automático, em pager, PDA (*personal digital assistant*, igualmente conhecidos como palmtops) ou telemóveis (SMS - *short message service*), telefax, correio eletrónico

39 Com este entendimento, D. OLIVEIRA FESTAS, *op. cit.*, p. 43. Esta corrente doutrinal obteve acolhimento jurisprudencial no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 9 de Novembro de 2010 (proc. n.º 292/09.0TTSTB. E1, texto acessível em www.dgsi.pt), no qual se defende que “[a] limitação constante do n.º 1 do artigo 20.º não deve ser acolhida quando a violação cometida pelo trabalhador seja igualmente atentatória da finalidade de proteção e segurança de pessoas e bens para que foi concedida”.

40 Cf. M.ª REGINA REDINHA, *op. últ. cit.*, p. 12.

41 L. M. MENEZES LEITÃO, “A proteção dos dados pessoais no contrato de trabalho”, in *A reforma do Código do Trabalho* (Coimbra, 2004), Coimbra, p. 135.

ou registo de comunicação através de mensagens instantâneas (por IM - *instant messenger* - tipo de serviço de comunicação pela internet que permite a troca em tempo real de mensagens, escritas, orais, com ou sem visionamento de imagem - ou através da participação nas chamadas *chat rooms* - canais de comunicação escrita entre vários computadores em tempo real) ou por meio da participação em *fora* de discussão (os *fora*, que também aparecem designados por vezes como *newsgroups*, são serviços online de partilha aberta de mensagens entre os membros ou de acesso público)”, desde que, no que diz respeito a estes dois últimos casos, se trate de mensagens “emitidas e recebidas num circuito de acesso restrito ou quando hajam sido gravadas em ficheiros de acesso pessoal”⁴². Neste contexto, retira-se da mencionada norma que o empregador (ou quem o represente) não poderá aceder a mensagens de natureza pessoal que a título de exemplo, se situem na caixa de correio eletrónico do trabalhador. Daí que a visualização de tais mensagens apenas possa ocorrer em casos esporádicos, na presença do trabalhador ou de quem o represente, e deve limitar-se à visualização do endereço do destinatário ou remetente da mensagem, do assunto, data e hora do envio⁴³. Com relevância para este último ponto, tem-se entendido na jurisprudência que o empregador não pode invocar a propriedade de um telemóvel⁴⁴ ou de um computador⁴⁵ para se intrometer na esfera privada do trabalhador, nomeadamente, acedendo às conversações e mensagens emitidas e recebidas nesses aparelhos. Do mesmo modo, o facto de tais conversas e/ou mensagens se acharem guardadas no servidor central da empresa não lhes retira o carácter pessoal e confidencial⁴⁶.

Contudo, como nota MARIA REGINA REDINHA, no estabelecimento da fronteira entre mensagens pessoais e extrapessoais deverão ser tidas em conta diversas variáveis relevantes, pelo que, “por via de regra, não podem ser presumidas como pessoais as mensagens recebidas através de equipamentos que sejam propriedade da entidade empregadora e que hajam sido dirigidas para um endereço, conta ou número de telefone coletivo, isto é, utilizado, efetiva ou potencialmente, por mais do que um indivíduo”⁴⁷.



42 M.^a REGINA REDINHA, *op. ult. cit.*, p. 14.

43 G. MACHADO DRAY, in AAVV., *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 130.

44 Assim, Acórdão da Relação do Porto de 20 de Dezembro de 2011 (proc. n.º 520/08.9TTMTS.P2), texto acessível em www.dgsi.pt.

45 Acórdão da Relação do Porto de 8 de Fevereiro de 2010 (proc. n.º 452/08.0TTFR.P1), texto acessível em www.dgsi.pt.

46 Com esta convicção, *vd.* o Acórdão da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012 (proc. n.º 24163/09.0T2SNT.L1-4), texto acessível em www.dgsi.pt. No entender da referida decisão, admitir o inverso “conduziria a resultados absurdos, franqueando à administração da Apelante ou aos funcionários em que delegasse tais tarefas, a possibilidade de, querendo, abrir as carteiras e fiscalizar o conteúdo das malas ou dos telemóveis dos trabalhadores pelo singelo facto de estarem guardados dentro de gavetas ou armários colocados dentro das suas instalações e de todo o mobiliário e demais equipamento existente na empresa lhe pertencer ou lhe estar afeto por um título jurídico legítimo, o mesmo se podendo dizer com referência às viaturas particulares estacionadas no seu parque ou garagem”.

47 *Op. cit.*, p. 14.

Em tais casos, será lícito ao empregador tomar conhecimento do seu conteúdo se não for inequívoca a sua natureza extrapessoal. Do mesmo modo, nas comunicações com origem na conta de correio eletrónico comum da empresa (ou seja, que não de um sistema de comunicação colocado exclusivamente ao dispor do trabalhador), “a tutela da privacidade e inviolabilidade da mensagem só pode caber ao trabalhador que, de forma expressa e inequívoca, assinala e resguarda o carácter pessoal da mensagem”⁴⁸.

Contudo, a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador não prejudica a possibilidade de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias de informação e comunicação manuseados na empresa, nos termos do art. 21.º, n.º 2 CTrab, nomeadamente, através da imposição de limites, tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores, sustentando-se geralmente que a forma por excelência para a comunicação dessas regras deva ser o regulamento de empresa⁴⁹. O que vem de dizer-se, como ensina JÚLIO GOMES, não prejudica a possibilidade de o empregador abrir mensagens que pode “legitimamente acreditar que não são pessoais”, o que poderá suceder nos casos em que “não tiver autorizado o uso de correio eletrónico para fins pessoais (se do contexto da mensagem não resultar, apesar disso, que ela é efetivamente pessoal - seja porque foi mesmo qualificada como tal pelo trabalhador, seja porque tal resulta do assunto ou, porventura, do remetente ou do destinatário que, é por exemplo, a mulher do trabalhador) ou se tiver criado dois endereços, um para utilização profissional e outro para uso pessoal, relativamente àquele”⁵⁰. Em tais casos, na opinião de JOANA VASCONCELOS⁵¹, “o empregador pode controlar, por ex., o remetente ou o destinatário de mensagens de correio eletrónico e o seu assunto, de modo a aferir o seu carácter pessoal, mas nunca o seu conteúdo, tal como pode verificar quais os sites a que trabalhador acedeu, mas não o conteúdo da pesquisa efetuada ou da informação neles obtida”. Esta abertura “excepcional” do correio eletrónico deverá ser sempre realizada na presença do interessado e de um representante dos trabalhadores⁵².

Recentemente, um acórdão proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

48 *Idem*.

49 Assim, J. GOMES, *op. cit.*, p. 383. O autor admite a possibilidade de previsão de soluções alternativas para situações de ausência do trabalhador (férias, suspensão do contrato, etc.), em que pode ser necessário aceder ao correio eletrónico deste, alertando para a necessidade de obtenção de consentimento prévio nesse sentido. Sobre este ponto, vd. o Acórdão da Relação do Porto de 26 de Junho de 2006 (proc. n.º 0610399), texto acessível em www.dgsi.pt.

50 *Idem*, p. 384.

51 J. VASCONCELOS, *O Contrato de Trabalho. 100 Questões*, 4.ª ed. (Lisboa, 2014), Universidade Católica Editora, pp. 91-93. No entender de L. M. MENEZES LEITÃO, “a indevida utilização do telefone, correio eletrónico ou internet pode ser detetada sem ter que se determinar o conteúdo das comunicações ou quais os sítios visitados” (*op. cit.*, p.135), ao passo que para C. SARMENTO E CASTRO, “a obtenção de uma listagem de tráfego de e-mails deve considerar-se suficiente para responder à necessidade de controlo para verificação de um abuso de utilização. Por isso, sempre será desproporcionado o acesso aos respetivos conteúdos, salvo nas condições da lei penal” (*op. cit.*, p.142).

52 J. GOMES, *op. cit.*, p. 383.

(TEDH) sobre esta matéria causou algum impacto nos ordenamentos jurídicos de muitos Estados-Membros, designadamente, no Estado português. Com efeito, a 12 de Janeiro de 2016, referida instância europeia publicou o Acórdão *Barbulescu vs. Roménia*⁵³, no qual legitimou o despedimento de um engenheiro romeno por utilizar, para fins pessoais, no local e durante o tempo de trabalho, um serviço de mensagens instantâneas que havia sido criado por indicação da empresa para dar resposta a solicitações de clientes. Para sustentar o despedimento do trabalhador, o empregador acedeu ao conteúdo de mensagens de cariz privado enviadas e recebidas por este através do dito sistema de correio *messenger*, tendo ficado demonstrado que o trabalhador envolvido tinha conhecimento de que não poderia utilizar o referido chat para fins pessoais, o que foi suficiente para que o tribunal entendesse que o mesmo não teria uma expectativa de privacidade sobre o conteúdo das mensagens aí trocadas⁵⁴. Para além disso, o TEDH considerou que o acesso ao conteúdo dessas mensagens seria a única forma de o empregador comprovar a utilização indevida do chat por parte do trabalhador. O tribunal apoiou-se ainda na convicção de que o trabalhador teria tido conhecimento prévio dos termos em que a monitorização daquele serviço de mensagens seria efetuada, algo que surge contrariado pelo próprio trabalhador e por um dos juízes (curiosamente, português) que votou de vencido na referida decisão. Neste último ponto reside quanto a nós uma questão da maior relevância para o desfecho de questões desta natureza, em linha com o que tem sido salientado pela própria CNPD, que tem sido clara ao impor que os trabalhadores conheçam, com detalhe, as formas de controlo implementadas pelo empregador. Em todo o caso, trata-se de uma decisão de difícil compatibilização com a posição seguida pela doutrina e jurisprudência portuguesas quanto a esta matéria, para quem o acesso pelo empregador ao conteúdo de mensagens pessoais do trabalhador não deverá ser permitido, mesmo quando a utilização de meios tecnológicos disponibilizados pelo empregador se encontre devidamente regulamentada por este e esteja em causa a averiguação da existência de uma eventual infração disciplinar por violação dessa normativa. Note-se, contudo, que a mencionada decisão não é vinculativa para o ordenamento jurídico português nem derroga a legislação nacional, pese embora os tribunais lusos devam considerar a interpretação seguida por esta instância acerca de questões que envolvam a proteção de direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

À semelhança do que ficou dito a respeito da possibilidade de controlo por video-vigilância, o direito de reserva e confidencialidade surge como um direito disponível

53 Processo n.º 61496/08.

54 De acordo com a referida instância europeia, o acesso à conta do trabalhador assentou na afirmação, por parte deste, de que a mesma continha apenas mensagens profissionais, pelo que, ao aceder à mencionada conta, o empregador não esperaria encontrar mensagens de natureza privada.

pelo trabalhador, exigindo-se naturalmente que o consentimento deste no acesso a essa informação seja prévio à intromissão na sua esfera pessoal, expresso e livremente revogável, sendo que não poderá presumir-se, já que a lesão em causa não é suscetível de se dar no interesse do lesado (art. 340º, n.º 3, CCiv)⁵⁵.

III. BALANÇO

O poder diretivo do empregador traduz uma faceta da liberdade da empresa e, como tal, cabe-lhe assegurar a respetiva gestão, a todos os níveis, inclusive de recursos humanos, permitindo-lhe atingir uma certa rentabilidade económica. Compete a este último determinar, dirigir e orientar a atividade do trabalhador, seu subordinado, que trabalha sob as suas ordens, direção e fiscalização. A liberdade da empresa, base dos poderes patronais, recebe consagração constitucional no ordenamento jurídico português no art. 61, n.º 1 CRP, onde se lê que “a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”.

Contudo, da materialidade exposta não deve olvidar-se que o poder de direção atribuído ao empregador não pode significar a violação dos direitos fundamentais de que goza o trabalhador enquanto cidadão, nomeadamente os decorrentes de uma ideia de dignidade da pessoa humana no trabalho⁵⁶, direito enformador da constituição laboral que lhe confere uma proteção transversal contra todo e qualquer comportamento que se revele ofensivo do seu núcleo garantístico⁵⁷. O problema reside, assim, não na legitimidade do controlo mas na dos seus limites, uma vez que a utilização das novas tecnologias foi criando formas mais sofisticadas de controlo dos trabalhadores e, assim, uma maior propensão e possibilidade de ingerência na privacidade da vida desses mesmos trabalhadores, através de “um controlo à distância, frio, incisivo, sub-reptício e aparentemente infalível”⁵⁸. Por outro lado, o carácter ambivalente das novas tecnologias de informação e comunicação permite simultaneamente a sua utilização como instrumento

55 M.ª REGINA REDINHA, *op. ult. cit.*, p. 14.

56 Conforme sublinhou o Tribunal Constitucional Espanhol, no Acórdão 53/85 de 11 de abril de 1985, a dignidade da pessoa humana encontra-se intimamente relacionada com os direitos relativos, entre outros, à sua intimidade, como nota M. GRACIANO DE ROCHA PACHECO, *O Assédio moral no trabalho – o elo mais fraco* (Coimbra, 2007), Almedina, p. 33.

57 Sobre a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *vd.* J. CABEZA PEREIRO, “La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Social*, n.º 69, 2015, pp. 79-102.

58 T. COELHO MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores...*, *cit.*, pp. 418-419.

produtivo e como mecanismo de controlo⁵⁹ da prestação do trabalhador, o que dificulta ainda mais a questão.

Com efeito, “embora estes meios tragam inúmeras vantagens para a relação de trabalho, há que ter algumas cautelas na sua aplicação pois poderão conduzir, se não forem devidamente aplicadas e reguladas, ao parcial desaparecimento de alguns direitos fundamentais no âmbito da empresa, como o da privacidade, liberdade e dignidade dos trabalhadores”. O problema na utilização das novas tecnologias começa, a nosso ver, quando estas contribuem para um aumento da dimensão desumana do poder de controlo que pode originar o adormecimento e quase total desaparecimento da privacidade dos trabalhadores. Em tais casos, a atuação do empregador poderá comportar riscos significativos para a saúde dos trabalhadores, físicos e psíquicos, nomeadamente, por saber ou sentir-se constantemente vigiado, o que poderá conduzir a uma tremenda pressão psicológica que poderá eventualmente resultar em casos de assédio moral, doenças (como depressões) e situações de stress. No seguimento deste raciocínio, “deve procurar-se a concordância prática dos interesses envolvidos através do princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de necessidade, adequação e proibição do excesso”⁶⁰, tendo em conta as características que estas novas tecnologias apresentam e que poderão ter repercussão no vínculo laboral.



59 *Idem*, p. 426.

60 *Vd. J. J. ABRANTES, Estudos sobre o Código do Trabalho*, (Coimbra, 2004), Coimbra Editora, pp. 159 e ss.