



Universidade do Minho
Escola de Direito

Lígia Maria Costa Santos

**A fase pré-contratual da relação de
trabalho e do *direito à mentira***



Universidade do Minho
Escola de Direito

Lígia Maria Costa Santos

**A fase pré-contratual da relação de
trabalho e do *direito à mentira***

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação da
Prof.^a Doutora Teresa Coelho Moreira

outubro de 2014

Nome: Lígia Maria Costa Santos

Endereço eletrónico: ligiasantos90@gmail.com

Número do Cartão de Cidadão: 13800545

Título da dissertação: “ A fase pré-contratual da relação de trabalho e do *direito à mentira*”

Orientadora: Prof.^a Doutora Teresa Coelho Moreira

Ano de conclusão: 2014

Designação do Mestrado: Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

*“O inverso da verdade tem dez mil formas
e um campo ilimitado”.*

MONTAIGNE

AGRADECIMENTOS

O espaço limitado desta secção seguramente não me permite agradecer devidamente a todas as pessoas que direta ou indiretamente foram fonte de alento. Várias foram as pessoas que ao longo do meu mestrado na área do “Direito dos Contratos e da Empresa” contribuíram para a realização de mais uma etapa na minha formação académica. Deste modo, aqui deixo poucas palavras, mas um profundo e sincero sentimento de reconhecido agradecimento.

Ao Diretor do Curso de Mestrado em “Direito dos Contratos e das Empresas”, o Prof. Doutor Fernando de Gravato Moraes, a quem agradeço o privilégio que tive em frequentar este mestrado que em muito contribuiu para o meu enriquecimento académico.

À Professora Doutora Teresa Alexandra Coelho Moreira, orientadora da dissertação, agradeço o apoio, a partilha do conhecimento, a disponibilidade e também as críticas, correções e sugestões relevantes feitas durante a orientação. Acima de tudo, obrigada por me continuar a acompanhar nesta caminhada e por estimular o meu interesse pelo conhecimento e pela vida académica.

À Sofia Félix, com quem tive o prazer de realizar todos os relatórios de mestrado ao longo do primeiro ano, e cuja imprescindível presença em muito contribuiu para a minha realização pessoal e profissional.

Aos meus amigos, Ana Cristina Preto, Tiago Moreira, Sílvia Andrade e Vera Silva, pelo companheirismo, força e amizade nos momentos bons e menos bons.

Por último, e tendo consciência que nada disto teria sido possível sem eles, dirijo um agradecimento especial aos meus pais e à minha irmã, pelo esforço constante, apoio incondicional, incentivo, paciência e carinho demonstrados ao longo deste percurso. A eles dedico todo o meu trabalho!

RESUMO

“A fase pré-contratual da relação de trabalho e do *direito à mentira*”

A fase pré-contratual da relação laboral assume enorme importância na sociedade atual, desde logo, pela particular vulnerabilidade derivada da disparidade de poder entre os contraentes – candidato a emprego e empregador. Por um lado, o trabalhador necessita dos rendimentos provenientes do trabalho para satisfazer as suas necessidades (e as da sua família), não apenas em termos económicos mas também em termos sociais. Por outro lado, o empregador poderá facilmente substituir aquele candidato a emprego, sobretudo em climas de desemprego generalizado, como sucede atualmente. A tendência é a seguinte: o empregador, no objetivo de selecionar o candidato mais apto à prestação da atividade laboral, tenta recolher o máximo de informações possível, chegando mesmo a invadir a reserva da vida privada do trabalhador, e este, no intuito de conquistar o emprego proposto, tende a prescindir voluntariamente da proteção aos seus direitos fundamentais, revelando ao empregador os aspetos mais íntimos da sua vida.

Ao longo da nossa dissertação procuraremos responder às seguintes questões: quando e qual o fundamento para que em determinadas situações o trabalhador tenha de informar o empregador? Que informações pode o empregador legitimamente exigir e esperar receber do trabalhador, no decurso das negociações de um contrato de trabalho? Se o empregador colocar perguntas ilegítimas ao trabalhador, como pode este reagir? Deverá somente remeter-se ao silêncio ou poderá reagir ativamente, prestando informações incorretas? Que outros métodos pode o empregador utilizar para além da formulação de perguntas diretas? Poderá o trabalhador recusar-se a realizar algum exame que lhe tenha sido prescrito?

ABSTRACT

“The pre-contractual stage of the employment relationship and *the right to lie*”

The pre-contractual stage of the employment relationship assumes a huge importance in today's society, just by its particular vulnerability due to the power disparity between contractors- candidates to a job and employers. On the one side, the worker needs the income taken from his/her job to satisfy his/her needs (and those from his/her family), not only in economic terms but also in social terms. On the other hand, the employer can easily replace that job candidate, mainly in widespread unemployment climates, as it is happening these days. The tendency is the following: the employer, having in mind the objective to select the most suitable candidate for the provision of labor, tries to collect as much information as possible in a way that he/she can invade the private sphere of the worker, and the latter, aiming to get the job offer, tends to voluntarily prescind from the protection of his/her fundamental rights, exposing to the employer the most intimate aspects of his/her life.

Throughout our dissertation we will pursue answers to the following questions: when and what is the fundament which makes in certain situations the worker to inform the employer? Which information can the employer legitimately demand and expect to receive from the worker, in the course of the employment contract negotiations? If the employer asks illegitimate questions to the worker, how can he/she react? Must he /she remain silently or react actively, providing incorrect information? Which other methods can the employer use beyond direct questions? May the worker refuse to perform any examinations that might have been prescribed?

ÍNDICE

PRINCIPAIS ABREVIATURAS E INDICAÇÕES DE LEITURA	xiii
§ 1. Principais abreviaturas.....	xiii
§ 2. Indicações de leitura	xv
INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO I - DOS DEVERES PRÉ-CONTRATUAIS NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS: EM ESPECIAL, O DEVER PRÉ-CONTRATUAL DE INFORMAÇÃO.	21
§ 1. A responsabilidade pré-contratual, a <i>culpa in contrahendo</i> e o princípio da boa fé.....	21
§ 2. Casos que dão origem a responsabilidade pré-contratual	31
§ 3. O dever pré-contratual de informação na responsabilidade pré-contratual em geral	34
3.1 Conceito	34
3.2 Origem e evolução	36
3.5 Pressupostos de aplicação	41
3.6 Fundamento teleológico dos deveres pré-contratuais de informação.....	43
CAPÍTULO II - O DEVER PRÉ-CONTRATUAL DE INFORMAÇÃO NO ÂMBITO DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	47
§ 1. Do dever de informação do trabalhador	51
1.1. Nota prévia	51
1.2 Factos relativamente aos quais recai sobre o trabalhador um dever de informação	52
1.3. A reserva da intimidade a vida privada: conceito e evolução.....	54
1.4. A sua eficácia enquanto direito fundamental.....	61
1.5. O direito à reserva da intimidade da vida privada no âmbito da situação jurídica laboral	67
1.6. Indagações sobre a vida privada em geral	69
1.7 Indagações sobre a vida privada em especial	75
1.7.1 Indagações legítimas sobre a saúde e estado de gravidez	75
1.7.2 Convicções ideológicas, religiosas e políticas	80
1.7.3 Antecedentes penais	83

1.7.4 Orientação e conduta sexual dos trabalhadores.....	86
1.7.5 O sexo dos trabalhadores.....	91
1.7.6. Filiação Sindical.....	98
CAPÍTULO III - O “DIREITO” A MENTIR.....	101
CAPÍTULO IV - OUTROS MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO.....	113
§ 1. Nota prévia.....	113
§ 2. Questionários escritos.....	115
§ 3. Testes psicológicos.....	117
§ 4. Testes e exames médicos em geral.....	119
4.1 Análise ao Ac. n.º 368/02.....	123
§ 5. Testes para controlo do consumo de estupefacientes e de álcool.....	128
5.1 Soluções.....	131
§ 6. Testes genéticos.....	132
6.1. A lei 12/2005, de 26 de Janeiro.....	138
§ 7. Testes e exames de gravidez.....	140
§ 8. Provas grafológicas.....	142
§ 9. O polígrafo.....	144
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	147
BIBLIOGRAFIA UTILIZADA.....	153
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA.....	163
§ NACIONAL (*)......	163
§ SITES UTILIZADOS.....	165

PRINCIPAIS ABREVIATURAS E INDICAÇÕES DE LEITURA

§ 1. Principais abreviaturas

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

AA.VV. – Autores vários

Ac. – Acórdão

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

Al. – Alínea

Als. – Alíneas

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

BAG - Bundesarbeitsgericht

BFD – Boletim da Faculdade de Direito

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGH – Bundesgerichtshof

CC – Código Civil

CES - Consejo Economico y Social

Cfr. – Conferir

C.i.c. – *Culpa in contrahendo*

Cit. – Citado

Col. - Coleção

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

CP – Código Penal

DL – Decreto-Lei

DLG – Direitos, Liberdades e Garantias

Ed. – Edição

Etc. – *Et coetra*

E.U.A. – Estados Unidos da América

HIV ou VIH – Vírus da Imunodeficiência Humana

L. – Lei

N.º - Número

RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais

REDT – Revista Espanhola de Derecho del Trabajo

RFDUP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

RIDC – Reveu Internationale de Droit Comparé

RIT – Revue Internationale du Travail

RIDL – Rivista Italiana di Diritto del Lavoro

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

SASUC – Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra

Ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

T. – Tomo

TC - Tribunal Constitucional

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TUE – Tratado da União Europeia

Op. cit. – Obra Citada

Q.L. – Questões Laborais

UE – União Europeia

Vd. – *Vide*, veja

V.g. – *Verbi gratia*, por exemplo

Vol. – Volume

P. – Página

PP. – Páginas

§ 2. Indicações de leitura

- As referências bibliográficas são citadas pelo autor, título, local de publicação, editora, data e página.
- Sempre que seja necessário destacar um assunto, uma ideia ou um conceito será utilizado o modo itálico.
- O modo itálico será ainda empregue para fazer referência à língua estrangeira.
- Os conceitos de “empregador” e “trabalhador” são por diversas vezes utilizados no sentido de “futuro empregador e “candidato a emprego”, respetivamente. Esse deve ser o sentido a atribuir-lhes sempre o contexto o exija.
- Sempre que uma disposição legal seja referida sem indicação da fonte deve entender-se que se reporta ao Código do Trabalho.
- A escrita respeita o novo acordo ortográfico.

INTRODUÇÃO

A escolha do tema da presente dissertação teve por base todo o trabalho desenvolvido no âmbito do ano letivo correspondente ao primeiro ano do Curso de Mestrado na área de “Direito dos Contratos e da Empresa”, em concreto na disciplina de Direito do Trabalho. Este tema suscitou-nos especial interesse no que se refere à tutela dos direitos do trabalhador, considerado individualmente enquanto pessoa, face à posição de vantagem do empregador. Por entendermos que esta posição de supremacia se faz sentir logo que se iniciam as negociações, procuraremos encontrar soluções para o conflito de interesses que se faz sentir já nesta fase.

O núcleo essencial do nosso estudo e investigação centra-se na resposta às seguintes questões: Quando alguém procura um emprego fica desde logo submetido às ordens do seu futuro empregador? Ou, pelo contrário, pode recusar-se a responder às perguntas que lhe sejam colocadas na entrevista quando entenda que violam os seus direitos fundamentais? Poderemos ir mais longe e defender um verdadeiro *direito a mentir*, para que seja assegurada a oportunidade de o candidato conquistar o emprego pretendido? Qual a fronteira a partir da qual o trabalhador não pode omitir ou prestar informações incorretas, sob pena de invalidade do contrato ou de responsabilidade pelos danos? Poderá este recusar-se a realizar algum exame que lhe tenha sido prescrito?

Uma coisa podemos afirmar com toda a segurança: o candidato ao emprego não se encontra numa situação de igualdade com futuro empregador ao negociar as cláusulas do contrato. Dependendo a sua subsistência e a da sua família em grande medida do emprego proposto, o candidato, com receio de ser excluído do processo de seleção, aceita muitas vezes sujeitar-se a qualquer imposição feita pelo empregador, operando uma limitação voluntária dos seus direitos fundamentais que excede muitas vezes o razoável e necessário para o conhecimento das suas aptidões profissionais. Por seu turno, o empregador, com o intuito de obter o melhor grupo de funcionários na sua empresa para que esta se torne mais competitiva no mercado globalizado, tende a não respeitar o direito à intimidade da vida privada dos candidatos, chegando mesmo a violar a sua dignidade enquanto pessoa humana. Daqui se conclui que a reserva da vida privada do trabalhador necessita de um reforço de proteção uma vez que, atendendo ao desenvolvimento atual da sociedade, ela é cada vez mais posta em causa, até pelos próprios titulares.

A nível metodológico, numa primeira aproximação ao tema, faremos uma breve introdução à responsabilidade pré-contratual em geral, com a devida análise aos deveres pré-contratuais das partes. Especial destaque será oferecido ao dever de informação que se encontra a cargo das mesmas, na medida em que é aqui que maiores dúvidas se colocam, nomeadamente quanto aos limites e extensão deste dever. O que pretendemos saber é, por outras palavras, que informações pode cada uma das partes legitimamente exigir e esperar receber da parte contrária na fase das negociações de um contrato em geral. Mas se é certo que o contrato de trabalho é um contrato obrigacional ao qual se aplicam as regras jurídicas de direito privado comum, a verdade é que, atendendo às suas particularidades, ele é algo mais do que um simples contrato obrigacional, justificando-se um segundo capítulo onde procederemos à determinação do dever de informação, mas agora no âmbito da formação de um contrato de trabalho.

Seguidamente, e uma vez que a eventual possibilidade de prestar de informações incorretas será sempre consequência da violação do direito à reserva da intimidade da vida privada, centrar-nos-emos na análise deste direito fundamental com vista a compreender o seu sentido e extensão. Correspondendo o direito à reserva da vida privada a um *espaço vital* onde cada um se pode sentir ao abrigo da indiscrição alheia, o dever de informação que impende sobre o trabalhador não pode deixar de se encontrar condicionado por este direito.

Num terceiro momento centraremos a nossa atenção na análise de alguns deveres de informação em particular, como sejam o estado de saúde e a gravidez, as convicções ideológicas, religiosas e políticas, os antecedentes penais, a orientação sexual, o sexo e a filiação sindical. Em todo o caso teremos sempre em atenção que o objeto do contrato de trabalho e as suas características assumem por vezes uma particular importância aquando da ponderação e relação dos deveres de informação com a atividade a prestar.

O núcleo essencial do nosso trabalho consistirá em responder à questão de saber em que situações de justiça se impõe que o candidato a emprego preste determinadas informações ao futuro empregador. Diligenciaremos no sentido de determinar o limite a partir da qual o trabalhador pode *mentir*, sem que tal conduta acarrete a invalidade do contrato ou a responsabilidade pelos danos causados.

Em último lugar, na ausência no ordenamento jurídico português de norma expressa que regule a matéria relativa aos métodos de indagação a que o empregador pode recorrer para avaliar qual o candidato mais indicado para ocupar determinado

cargo, achamos relevante realizar um estudo sobre a matéria com o intuito de valorar a recusa do trabalhador e a admissibilidade da ponderação dessa recusa no momento da formação da vontade contratual.

CAPÍTULO I - DOS DEVERES PRÉ-CONTRATUAIS NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS: EM ESPECIAL, O DEVER PRÉ-CONTRATUAL DE INFORMAÇÃO.

§ 1. A responsabilidade pré-contratual, a *culpa in contrahendo* e o princípio da boa fé.

No ordenamento jurídico português a responsabilidade pré-contratual encontra-se consagrada no art. 227.º do CC sob a epígrafe “Culpa na formação dos contratos”, onde encontramos: “Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato de trabalho deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”. A referida norma foi adotada pelo Código do Trabalho, que se limitou a reproduzi-la, até porque durante algum tempo as normas laborais não se preocuparam com a fase de formação do contrato de trabalho, com as negociações que precediam a celebração do mesmo, situações que eram tratadas no âmbito do direito civil, através da aplicação das regras contratuais gerais. Esta situação legislativa advinha do facto de serem muito raros os litígios sobre a responsabilidade pré-contratual no contrato de trabalho, afirmando alguma doutrina que a *culpa in contrahendo* era um tema sem especial interesse¹. JÚLIO GOMES² salienta que não é de surpreender que assim fosse, uma vez que o contrato de trabalho é, com frequência, um contrato de adesão, estipulado sem que as suas cláusulas sejam objeto de discussão ou de negociação individualizada e ainda porque, em bom rigor, antes da existência de um contrato de trabalho estaríamos fora do âmbito de aplicação do direito do trabalho e por isso das normas laborais.

Mas esta fase pré-contratual da relação laboral é fundamental na medida em que assume uma particular vulnerabilidade derivada da disparidade de poder entre os contraentes - trabalhador e empregador - e que justifica tal mimetização. No âmbito do

¹ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Vol. I – *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 337.

² *Ibidem*.

Direito do Trabalho releva especialmente o fenómeno da *subordinação jurídica*³ a que o trabalhador se encontra sujeito. Já o sabemos: a relação laboral é manifestamente assimétrica e inigualitária. Por um lado, o trabalhador necessita dos rendimentos provenientes do seu trabalho para satisfazer as suas necessidades básicas, não apenas em termos económicos mas também em termos sociais. Por outro lado, o empregador poderá facilmente substituir aquele candidato ao emprego, sobretudo num clima de desemprego generalizado. Como salienta JÚLIO GOMES⁴, todo o processo de recrutamento visa identificar, de entre os candidatos disponíveis, a pessoa mais qualificada para uma determinada posição, daí que o empregador tente, através de uma bateria de testes e entrevistas, recolher o máximo de informações para essa decisão. Deste modo, existe nesta fase um perigo potencial acrescido de invasão da intimidade do candidato ao emprego⁵.

Esta subordinação decorre também do facto de o trabalhador se comprometer a prestar a sua atividade “no âmbito de organização e sob autoridade” da entidade empregadora, conforme refere o art. 11.º do CT. De facto, o próprio objeto do contrato, a disponibilidade da força do trabalho, a integração do trabalhador numa organização produtiva alheia e a inerente subordinação jurídica tornam inevitável a ocorrência de limitações à liberdade pessoal do trabalhador. Perante esta assimetria, podemos concluir que a celebração de um contrato de trabalho não é inteiramente livre. Isto é, as partes não dispõem da mesma liberdade para celebrar o negócio jurídico, nem detêm iguais possibilidades quanto à estipulação de cláusulas negociais⁶. Foi devido à necessidade de limitar o poder do contraente - empregador perante o candidato a trabalhador que surgiram os deveres pré-contratuais de conduta a cargo das partes, deveres esses que se

³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I – *Dogmática Geral*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 27 - O trabalho subordinado reconduz-se a uma “atividade humana produtiva livre e onerosa em que o prestador se encontra sujeito à posição dominial do credor”.

⁴ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 338, nota 915.

⁵ Este autor, citando JOHN D. R. CRAIG, *Privacy and Employment Law*, Oxford e Portland (Oregon), Hart Publishing, 1999, p. 153, considera que o perigo de se ser sujeito a testes genéticos, testes grafológicos, psicológicos ou psicotécnicos e até mesmo a testes de utilização de drogas é mais elevado para os candidatos a um emprego do que para os trabalhadores propriamente ditos. Para o autor, a proteção concedida aos candidatos a emprego deve ser idêntica à proteção concedida aos trabalhadores porque os direitos humanos não devem depender da precisa natureza da relação jurídica, sendo suficiente a existência de uma assimetria de poder, não sendo também correto alegar-se que o candidato a emprego pode sempre afastar-se, caso não deseje ser sujeito a determinados testes; o empregador oferece ao público um bem – o trabalho – que se reveste de grande importância e os candidatos podem ser pressionados a aceder às solicitações do empregador por força da sua necessidade de obter trabalho.

⁶ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 36.

impõem independentemente de o contrato se vir a celebrar. Efetivamente, a liberdade das partes é restringida por várias imposições da legislação laboral, devendo as mesmas, tanto nos preliminares como durante a execução do contrato, pautar a sua conduta pelas regras da boa fé, sob pena de *culpa in contrahendo*⁷.

No meio industrializado em que vivemos é cada vez mais frequente, antes da celebração de qualquer contrato, as partes aproximarem-se, pedirem esclarecimentos, informações e chegarem a acordo sobre determinados aspetos. Apesar do contrato não ficar concluído enquanto as partes não acordarem em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo (art. 232.º do CC), esta complexidade da formação dos contratos vai criando situações de confiança nas partes que tornam inaceitável a sua não proteção através da responsabilidade civil. Assim, ainda que o *iter negotii* se circunscreva a quase nada, a parte que proceder com culpa na formação do contrato responderá pelos danos que causar à contraparte⁸.

Mas nem sempre as coisas se passaram desta forma. Durante muito tempo as relações contratuais eram protegidas pelo direito através do princípio da autonomia privada. Nos sistemas de *common law*, esta posição era defendida através da expressão “*all or nothing*” (tudo ou nada)⁹. Assim, ou as partes se encontravam vinculadas por um contrato, e aí estavam protegidas pelo direito, ou então, em nome do princípio da autonomia privada e da liberdade contratual, as partes tinham o direito a contratar ou não contratar sem qualquer tipo de dificuldade.

Contudo, tornou-se inoportável recusar a especificidade desta fase pré-contratual, no sentido da criação de expectativas, confiança e troca de informações¹⁰.

Nos setores mais significativos da atividade empresarial os contratos são antecedidos por um processo genético, com sucessivos trâmites, tais como entrevistas, consultas técnicas, viagens de esclarecimento pessoal, acordos provisórios e, finalmente, oferta e aceitação¹¹. Independentemente desta fase se limitar ao mínimo ou se encadear numa série de atos preparatórios, esclarece o artigo 227.º do CC que todo aquele que não proceder segundo as regras da boa fé nos preliminares de um contrato é

⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL, 1992, pp. 685 e ss.

⁸ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 69 e ss.

⁹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Negociações e formação dos contratos*, *Estudos de Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 29 e ss.

¹⁰ MARIANA FONTES DA COSTA, *O dever pré-contratual de informação*, Porto, RFDUP, 2007, p. 369.

¹¹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 298 e ss.

sancionado. Esta sanção corresponde, em termos gerais, à responsabilidade por culpa na formação dos contratos (*culpa in contrahendo*)¹².

A construção da *culpa in contrahendo* deveu-se a uma inovação jurídica de RUDOLF VON JHERING¹³, de 1861, que, com base em textos romanos, permitiu ao longo do último século aprofundar o domínio jurídico da fase pré-contratual. JHERING¹⁴ demonstrou que perante contratos nulos, por anomalias ocorridas na sua formação, podem surgir danos injustos para a contraparte. Considera ainda que, ao entrar em negociações, as partes saíram já do âmbito dos deveres puramente negativos e entraram no campo da vinculação positiva da esfera contratual. Perante tal situação, os contraentes deveriam, durante essa fase pré-contratual, evitar a ocorrência de danos, sob pena de ficarem obrigados a indemnizar o prejudicado pelo interesse contratual negativo, colocando-o na situação em que ele se encontraria se não tivesse celebrado aquele negócio. JHERING¹⁵ foi o primeiro autor a desenvolver o princípio de que durante a fase pré-negocial as partes já se encontram vinculadas por uma relação jurídica integrada por deveres de conduta que, quando violados, conduzem a um dever de indemnizar a parte lesada.

Em Portugal, as primeiras referências à doutrina de JHERING foram feitas por GUILHERME MOREIRA¹⁶, mesmo antes da sua consagração legislativa. O autor considerava que o instituto da culpa na formação dos contratos não seria de aplicar em determinados casos uma vez que, na sua opinião, não podiam surgir direitos indemnizatórios de um contrato que não existe. Considerou ainda que a recusa da celebração do negócio, ainda que arbitrária, não poderia consubstanciar um facto ilícito uma vez que era à contraparte que competia tomar as precauções necessárias para que o proponente não abandonasse arbitrariamente as negociações¹⁷. A teoria da *c.i.c.* apenas se aplicava nos casos de venda de bens alheios ou de coisas com vícios ocultos. Mas já

¹² *Ibidem*.

¹³ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nich zur perfection gelangten Vertragen*, Jherings Jahrbucher, 4, 1861, pp. 1-113 *apud* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, pp. 685 e ss.

¹⁴ RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, *op. cit.*, pp. 1-113 *apud* LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I – *Introdução. Da constituição das obrigações*, 11ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 356.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do Direito Civil Português, Das obrigações*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1911, pp. 664-675.

¹⁷ ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade pré-contratual*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 21.

JOSÉ TAVARES¹⁸ veio defender expressamente a aplicação do instituto da *c.i.c.* também aos casos de rutura injustificada das negociações. Os horizontes da responsabilidade pré-contratual alargaram-se cada vez mais, até que a doutrina passou a distinguir três grupos básicos de factos constitutivos de responsabilidade pré - contratual, relacionados com diferentes resultados, ou seja, consoante se verifique: i) a ausência ou não conclusão de um contrato cujas negociações se iniciaram; ii) a celebração de um contrato ferido de invalidade ou ineficácia; ou iii) a conclusão de um contrato válido e eficaz em que surgiram nas respetivas negociações danos a indemnizar^{19 20}.

A partir destes e de muitos outros estudos foi-se solidificando a ideia de que “o simples início das negociações cria entre as partes deveres de lealdade, de informação e esclarecimentos, dignos da tutela do direito”²¹. Atente-se que o art. 227.º do CC não se limita a proteger esta fase negocial. Da referência “*tanto nos preliminares como na formação dele*” podemos retirar que o “*iter contractus*” distingue duas fases: a fase negociatória, constituída pelos atos tendentes à celebração de um negócio jurídico e a fase decisória, constituída pela conclusão do acordo (quer dizer, proposta e aceitação), fase crucial da redação final das cláusulas do contrato²². Assim, em ambas as fases devem as partes agir de acordo com as regras da boa fé, sob pena de responderem pelos danos que culposamente causarem à contraparte. A lei impõe a observância das regras da boa fé durante todo o processo de formação do contrato, entendendo que o facto de alguém entrar em negociações é suficiente para gerar uma situação de confiança na contraparte, confiança essa que merece a tutela do Direito²³. Note-se que nos referimos aqui à boa fé em sentido objetivo, enquanto “princípio normativo transpositivo e extra-

¹⁸ JOSÉ TAVARES, *Os Princípios fundamentais do Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, pp. 442 e ss, nota 3, *apud* LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 357.

¹⁹ Ac. do TRE, proc. n.º 44/07.1TBGDLE1, de 03 de Março de 2010 – www.dgsi.pt

²⁰ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, RLJ, 116, 1983 - 1984, pp. 36 e ss.

²¹ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 268.

²² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1994, pp. 556 e 557, considera que a sequência destinada à conclusão de um contrato de trabalho é constituída por cinco fases:

- Fase dos contactos preliminares: momento em que as partes se conhecem e iniciam conversações;
- Fase das negociações: momento de tentativa de alcance de um consenso através de cedências mútuas.
- Fase dos negócios preparatórios: atos preparatórios que exprimem o consenso e vontade de contratar.
- Fase da proposta e aceitação.
- Fase da redocumentação: por exemplo a realização de registos.

²³ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações, op. cit.*, p. 358.

legal para que o julgador é remetido a partir de cláusulas gerais”²⁴. A boa fé neste sentido (objetivo) constitui uma regra de conduta, segundo a qual os contraentes devem atuar de forma honesta, correta e leal²⁵. Não fornece soluções, mas indica caminhos e linhas de orientação para a resolução dos problemas.

Mas, que deveres surgem emergentes do artigo 227.º do CC?

De acordo com a sistematização de MENEZES CORDEIRO²⁶, do dever de atuar de acordo com a boa fé derivam três tipos de deveres pré-contratuais: *deveres de proteção, de lealdade e de informação*. Relativamente aos deveres de proteção cumpre referir que o instituto da *c.i.c* se destina a permitir o ressarcimento dos danos causados a pessoas e bens. As partes devem providenciar para que ninguém sofra danos, tanto diretos (relativos à pessoa e bens), como indiretos (derivados de despesas e outros sacrifícios normais da contratação). Quanto aos deveres de informação, a *c.i.c* visa a circulação entre as partes de todas as informações relevantes para a formação honesta do contrato (com maior intensidade quando uma das partes se apresenta como parte mais fraca, como no caso do contrato de trabalho). Este dever tanto pode ser violado por ação, através de indicações erradas, como por omissão, pelo silêncio face a elementos que a contraparte tinha interesse legítimo em conhecer²⁷. Por último, quanto aos deveres de lealdade, as partes devem evitar comportamentos que se desviem de uma negociação correta e honesta, nomeadamente através da rutura das negociações. Note-se que, neste último caso, apenas quando na outra parte foram criadas justificadas expectativas de que o contrato se iria celebrar é legítimo considerar que ocorreu uma violação das regras da boa fé. Como sublinha MENEZES CORDEIRO²⁸, “a *culpa in contrahendo* funciona, assim, quando a violação dos deveres de protecção, de informação e de lealdade conduza à frustração da confiança criada na contraparte pela actividade anterior do violador ou quando essa mesma violação retire às negociações o seu sentido substancial profundo de busca de um consenso na formação de um contrato válido, apto a prosseguir o escopo que, em termos de normalidade, as partes lhe atribuem”.

²⁴ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Coimbra, BFDUC, Suplemento XIV, 1966, pp. 124 e ss.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, T. I, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 397 e ss.

²⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 583

²⁸ *Ibidem*, p. 584.

Isto porque, nem todas as situações em que o sujeito confia são dignas de proteção²⁹. MENEZES CORDEIRO³⁰ apresenta uma série de pressupostos que devem encontrar-se preenchidos para que a confiança seja tutelada pelo Direito. São eles: a) a boa fé da pessoa que confiou na outra; b) a confiança deve ser objetiva, no sentido de que um bom pai de família nas mesmas circunstâncias também teria confiado; c) essa confiança deve ter levado a que a pessoa que confiou determinasse a sua vida em função disso; d) essa confiança deve ser imputada à parte que queremos responsabilizar.

Reunidos todos estes pressupostos poderá concluir-se que a confiança que alguém depositou na celebração de um contrato é juridicamente relevante e, por isso, os danos que esta vier a sofrer deverão ser ressarcidos pela outra parte.

Cabe porém perguntar quais os danos que devem ser indemnizados e qual a natureza dessa responsabilidade.

Relativamente à primeira questão, a doutrina portuguesa mostra-se dividida quanto à extensão do dano indemnizável, divisão essa que se reflete também na jurisprudência dos tribunais.

Tendemos a considerar que, por não se ter chegado a celebrar qualquer contrato, não nos parece plausível que o lesado possa reclamar os danos que sofreu com não realização da prestação (interesse contratual positivo). Concordamos com MENEZES LEITÃO³¹ quando refere que o interessado não chegou a adquirir qualquer direito à realização do contrato. Deste modo, os danos a indemnizar são apenas os correspondentes à perda patrimonial que o lesado não teria tido se não fosse a expectativa na conclusão do contrato malogrado (v.g. despesas que se revelaram infrutíferas – danos causados), e a vantagem que não alcançou por causa dessa mesma expectativa (v.g. teria vendido a terceiro por melhor preço – lucros cessantes)³². Como escreveu ALMEIDA COSTA³³ relativamente ao dano negativo, “ele pode assumir relevância, tanto sob o ponto de vista da afectação de valores já existentes na titularidade do lesado (dano emergente), como a respeito de vantagens que deixou de auferir, ou porque não celebrou outros negócios que dependiam da conclusão do que se

²⁹ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 47.

³⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, op. cit., pp. 186 e 187.

³¹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, op. cit., p. 360.

³² JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, op. cit., p. 271.

³³ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, op. cit., pp. 298 e ss.

frustrou ou porque a expectativa deste desviou a sua actividade de outras direcções possíveis (lucro cessante) ”.

Neste sentido pronunciou-se o Tribunal da Relação de Coimbra³⁴ ao referir que “o interesse protegido pelo normativo do art. 227º do Código Civil é a boa-fé, a confiança de quem negocia para a conclusão do negócio, sendo que aquele que induz a confiança terá de ser responsabilizado se a trai. O responsável pela ruptura negocial responde pelos danos que culposamente causar, entendendo-se que esses danos são, não só os emergentes, mas também os lucros cessantes”.

Neste caso da rutura injustificada das negociações, impor a uma das partes a obrigação de contratar tendo em consideração o nível elevado das negociações seria retirar às partes a liberdade de não celebrar o contrato, mesmo antes da sua celebração.

Seguimos a orientação de que quem rompe as negociações nunca fica sujeito à obrigação de contratar. Se assim fosse podia-se exigir o cumprimento desse dever e chegar porventura até à execução específica. Na nossa opinião há apenas uma reparação dos danos derivados da existência de uma negociação inútil e não dos danos derivados do facto de não ter havido contrato^{35 36}.

Se atentarmos no artigo 227.º do CC, concluímos que a referida disposição legal deixa em aberto o presente problema³⁷.

Agora, quanto à natureza da responsabilidade: contratual/obligacional (art. 798.º do CC) ou extracontratual/aquiliana (n.º1 do art. 483.º do CC)? Nas palavras de MOTA PINTO³⁸, “a primeira é originada pela violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico; é a responsabilidade do devedor para com o credor da obrigação. A segunda, também chamada aquiliana ou delitual resulta da violação de um dever geral de abstenção contraposto a um direito absoluto (direito real, direito de personalidade)”.

³⁴ Ac do TRL, proc. n.º 879/10.8TVLSB.L1-8, de 15 de Dezembro de 2011- www.dgsi.pt

³⁵ Neste sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II – *Acções e Factos Jurídicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 373 e 374.

³⁶ Cfr. também o ac. do TRL, proc. n.º1429/06.6TBALQ.L1-8, de 16 de Junho de 2011 – www.dgsi.pt: “A jurisprudência, maioritariamente considera que o dano indemnizável é o do interesse contratual negativo, ou dano de confiança, pelo que o lesado deve ser colocado na posição em que estaria se não tivesse encetado as negociações, tendo direito a haver aquilo que prestou na expectativa da consumação das negociações. A responsável pela ruptura negocial responde pelos danos que culposamente causar, entendendo-se que esses danos são, não só os emergentes mas também os lucros cessantes”.

³⁷ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil*, op. cit., p. 74.

³⁸ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A responsabilidade pré-negocial*, op. cit., p. 137.

Entre elas podemos identificar algumas diferenças de regime, por exemplo no que respeita à presunção de culpa (art. 487.º e art. 799.º do CC), e ao prazo prescricional (art. 498.º e art. 309.º do CC), embora quanto aos pontos fundamentais da obrigação de indemnizar haja coincidência da respetiva disciplina (art. 562.º do CC)³⁹.

A maioria da doutrina, nomeadamente MOTA PINTO⁴⁰, MENEZES CORDEIRO⁴¹, GALVÃO TELES⁴² e ANTUNES VARELA⁴³, têm qualificado a responsabilidade pré-contratual como responsabilidade obrigacional.

Para MOTA PINTO “a qualificação da responsabilidade pré-contratual como responsabilidade obrigacional (classicamente chamada responsabilidade contratual) visa exprimir a sua sujeição às mesmas regras que disciplinam a responsabilidade por violação duma obrigação *ex contractu*: no nosso direito os arts. 798.º e segs.” Segundo o autor, este é o regime mais adequado à ponderação dos interesses em jogo. Considera que do art. 227.º do CC se pode retirar a existência de vínculos especiais de carácter obrigacional entre os participantes em negociações. Acrescenta que “a tradicionalmente chamada responsabilidade contratual não existe só quando se trata do não cumprimento dos contratos, antes se manifesta, igualmente, por força do inadimplemento de obrigações não contratuais”.

Por sua vez, para MENEZES CORDEIRO a violação dos deveres de proteção, lealdade e informação tem natureza obrigacional porque existe um dever específico do seu cumprimento. Deste modo, havendo violação destes deveres, fica a cargo do devedor explicar o como e o porquê. A seu ver, a presunção de culpa e de ilicitude prevista no art. 799.º do CC conduz a um funcionamento mais líquido do instituto.

GALVÃO TELLES invoca que a responsabilidade cuja natureza se discute se situa no âmbito da responsabilidade obrigacional porque a *c.i.c.* supõe a infração de uma verdadeira obrigação, a obrigação de contratar bem, de agir nos preliminares do contrato de modo a que este nasça isento de qualquer deficiência.

Por fim, para ANTUNES VARELA apesar de não existir ainda nenhum vínculo contratual entre as pessoas que entram em negociações, a relação criada entre ambas

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessação da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 350 e ss.

⁴¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, *op. cit.*, pp. 345 e 346.

⁴² INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, *op. cit.*, pp. 74 e 75.

⁴³ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, *op. cit.*, pp. 271 e 272.

situa-se mais próxima da relação contratual do que da que existe entre o titular do direito absoluto e o autor da violação ilícita dele.

Em sentido contrário a todos estes autores, ALMEIDA COSTA⁴⁴, defende que a qualificação da responsabilidade pré-contratual como responsabilidade delitual se mostra mais adequada, principalmente no que se refere à rutura das negociações. A seu ver, a obrigação de indemnizar pela rutura das negociações já configura uma limitação significativa da liberdade contratual. Por isso, não seria razoável que a esta limitação acrescesse a presunção de culpa prevista no art. 799.º do CC. Para além disso, entende ainda que, sendo vários os responsáveis pela rutura ilegítima das negociações, é justo que a responsabilidade seja solidária e se aplique o artigo 497.º do CC previsto para a responsabilidade extracontratual.

No nosso entendimento, e acompanhando a posição de MENEZES LEITÃO⁴⁵, a responsabilidade pré-contratual situa-se fora desta querela tradicional uma vez que “não resulta do incumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem da violação de um dever genérico de respeito dos direitos absolutos, mas antes a deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõem a tutela da confiança no âmbito do tráfego negocial”.

Da mesma forma também entende CARNEIRO DA FRADA⁴⁶ quando afirma que não estamos perante uma responsabilidade aquiliana porque a *c.i.c.* intervém em contextos particularizados (a negociação e a formação do contrato) nem perante uma responsabilidade obrigacional uma vez que os deveres *in contrahendo* não são obrigações em sentido estrito, nos termos do art. 397.º do CC.

Observando todos os argumentos expostos, concluímos assim que a responsabilidade pré-contratual se situa num domínio de fronteira entre o contrato e o delito, o que permite aplicação de normas de qualquer um destes sectores, consoante o que se considerar mais ajustado ao caso concreto^{47 48}.

⁴⁴ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil*, *op. cit.*, pp. 86 e ss.

⁴⁵ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 360 e 361.

⁴⁶ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via” no Direito da responsabilidade civil?* Coimbra, Almedina, 1997, p. 95.

⁴⁷ Em sentido oposto, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 74 e 75 considera que os regimes de responsabilidade se devem aplicar em bloco, sob pena de se praticar um direito livre.

⁴⁸ Como afirma EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, *op. cit.*, p. 64, “na verdade, se às situações de *c.i.c.* por roptura das negociações, em geral, parece mais adequada a aplicação das regras da responsabilidade extracontratual, como defende ALMEIDA COSTA, em caso de celebração de um contrato válido e eficaz mas desvantajoso para uma das partes, por exemplo, será, talvez, mais adequada a aplicação do regime contratual, embora tudo possa depender do caso concreto”. Neste

A situação fáctica pode assumir uma variedade tal que não se coadune com um único enquadramento jurídico. Defendemos uma solução mais flexível. Na verdade, exceto no que diz respeito ao regime prescricional, em que o n.º 2 do art. 227.º do CC manda aplicar o artigo 498.º do mesmo código, o julgador não está adstrito a aplicar exclusivamente as regras do regime da responsabilidade contratual ou extracontratual. A nosso ver, deverá ser feita uma ponderação caso a caso com vista a encontrar o regime mais adequado àquela situação concreta. Concordamos com DÁRIO MOURA VICENTE⁴⁹ quando menciona que a responsabilidade pré-contratual possui “uma natureza mista ou dualista: em rigor, ela é irreduzível a qualquer das formas tradicionais de responsabilidade civil”. Acrescenta ainda que “tendo as construções jurídicas valor meramente representativo ou descritivo, e não substancial ou constitutivo, delas não se extrai por dedução o regime jurídico aplicável a questões concretas, mas tão-só uma visão superior e simplificada de certa matéria”.

O Supremo Tribunal de Justiça Português⁵⁰ também se decidiu, num acórdão de 2004, a favor da teoria mista ou dualista. Vejamos: “O regime aplicável, no caso da obrigação de indemnizar por responsabilidade pré-contratual (art. 227.º do Código Civil), deve ser construído a partir da aplicação de normas de responsabilidade contratual ou de responsabilidade delitual consoante o que se considerar mais adequado ao caso”.

§ 2. Casos que dão origem a responsabilidade pré-contratual

A responsabilidade pré-contratual pode ter origem na violação de deveres de conduta. Como tivemos oportunidade de referir anteriormente, o mero facto de se entrar em negociações é suscetível de criar uma situação de confiança na outra parte, confiança essa que é imediatamente tutelada pelo Direito. Assim, mesmo antes da celebração de qualquer contrato, e independentemente de ele vir a surgir, existem deveres de conduta a cargo das partes. Elas devem respeitar o princípio da boa fé, sob pena de *culpa in contrahendo*. Deste dever derivam, tal como vimos anteriormente, três

sentido, também JOSÉ FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Anotação ao acórdão do STJ de 17 de Fevereiro de 2000*, RLJ, 133, 2000-2001, p. 28, 2ª col.

⁴⁹ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 273 e 274.

⁵⁰ Ac. do STJ, proc. n.º 04B2992, de 18 de Novembro 2004 – www.dgsi.pt

tipos de deveres pré-contratuais: os deveres de proteção, os deveres de informação e os deveres de lealdade. É a violação destes deveres que gera a *culpa in contrahendo*, a qual, conforme refere GALVÃO TELLES⁵¹, abrange fundamentalmente três situações:

- a) a interrupção ou rutura das negociações;
- b) a celebração de um negócio em termos tais que este venha a padecer de invalidade ou ineficácia;
- c) a celebração válida ou eficaz do contrato, mas em termos tais que o modo como foi celebrado gere danos para uma das partes.

No que à primeira situação diz respeito, torna-se necessário ter em consideração que o instituto da responsabilidade pré - contratual coloca em confronto dois tipos de interesses: por um lado, a liberdade contratual ou a autonomia da vontade e, por outro lado, a proteção da confiança perante expectativas criadas durante a fase pré - negocial⁵². Com a celebração do contrato cessa a liberdade contratual das partes uma vez que estas se vinculam a determinadas obrigações. No entanto, ainda durante as negociações, é indispensável compreender a medida em que é possível limitar essa autonomia da vontade. A referência dessa limitação é a boa fé. De facto, nem toda a rutura negocial envolve responsabilidade civil. Desde logo, a obrigação de indemnizar por *c.i.c* envolve a verificação dos seguintes requisitos: facto, ilícito, culposo, danoso e causal.

Surgem ainda dois outros requisitos característicos da natureza deste instituto, que se devem verificar cumulativamente: i) existência de efetivas negociações que tenham fundamentado uma razoável base de confiança; ii) rutura unilateral e desleal dessas negociações⁵³.

Relativamente ao primeiro requisito, cumpre referir a necessidade de as negociações já se terem iniciado e desenvolvido numa atividade dos negociantes dirigida à análise e elaboração de um projeto de negócio e que, apreciada de acordo com critérios de probidade, lealdade e seriedade de propósitos, crie em qualquer das partes a confiança de que se visa verdadeiramente a celebração do negócio. Essa confiança é tanto mais merecedora de tutela quando os vários atos que integram a negociação vão

⁵¹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 71.

⁵² Ac. do TRE, proc. n.º 44/07.1TBGDL.E1, de 03 de Março de 2010 – www.dgsi.pt

⁵³ *Ibidem*.

reduzindo o grau de incerteza sobre a futura celebração do contrato. À medida que as negociações vão avançando, mais se aproxima a fase da conclusão do negócio e, conseqüentemente, maiores são as expectativas geradas nos negociadores⁵⁴. Como ensina ALMEIDA COSTA⁵⁵, “pelo simples início desta e da sua progressão, com diálogos, estudos em conjunto, acertamento provisório de aspectos parcelares do contrato visado, etc., produz-se uma confiança que vai crescendo e que faz surgir e desenvolver potencial ou virtualmente a responsabilidade”.

O segundo requisito compreende a existência de uma rutura das negociações, que seja ilegítima e desleal. A rutura das negociações surge quando uma das partes declara de forma expressa ou tácita, através de atos concludentes, tal como a celebração do contrato visado com outrem, que desiste da celebração do contrato⁵⁶.

A rutura é ilegítima, arbitrária, intempestiva e sem justa causa quando represente, consideradas as expectativas criadas, um comportamento desleal e merecedor de censura em face da boa fé⁵⁷. É desleal quando assuma uma relevância objetiva que prevaleça sobre a confiança causada na contraparte⁵⁸. De todo o modo, a rutura será sempre ilegítima quando as negociações foram iniciadas com a específica finalidade de causar danos à contraparte⁵⁹.

No que diz respeito à segunda situação, ou seja, à criação da convicção da celebração de um contrato e subsequente frustração dessa convicção por invalidade do mesmo, enquadram-se neste tipo de casos as situações em que é celebrado um contrato ineficaz devido a um vício imputável a um facto culposo de um dos negociantes do contrato. Atentemos nos seguintes exemplos⁶⁰: i) a incapacidade que uma das partes ocultou à outra (v.g. dolo de menor); ii) a falta ou vício da vontade (v.g. coação moral); iii) a falta ou o abuso de poderes de representação; iv) a impossibilidade ou ilicitude do objeto; v) a usura; v) os vícios da coisa; vi) a inobservância da forma legalmente exigida para o contrato.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil, op. cit.*, p. 54.

⁵⁶ Ac. do TRE, proc. n.º 44/07.1TBGDL.E1, de 03 de Março de 2010 – www.dgsi.pt

⁵⁷ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil, op. cit.*, pp. 60 e 61.

⁵⁸ Ac. do TRE, proc. n.º 44/07.1TBGDL.E1, de 03 de Março de 2010 – www.dgsi.pt

⁵⁹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil, op. cit.*, p. 62..

⁶⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade Pré-Contratual*, *op. cit.*, p. 263

Por último, refira-se ainda que durante as negociações podem ocorrer violações de deveres pré-contratuais que não produzam invalidade, embora origem danos indemnizáveis. Imagine-se o caso de um sujeito que não esclarece o outro com lealdade sobre os elementos do contrato, impedindo-o de obter vantagens económicas razoavelmente esperadas, ou se, incorrendo em culpa, o convence de que algumas formalidades são necessárias à validade do negócio e lhe provoca despesas inúteis⁶¹.

§ 3. O dever pré-contratual de informação na responsabilidade pré-contratual em geral

3.1 Conceito

Já referimos anteriormente que a maioria dos autores, tal como MENEZES CORDEIRO, têm considerado os deveres de informação como um dos tipos de deveres que podemos retirar da análise do artigo 227.º do CC.

Em primeiro lugar cumpre definir a palavra “informação”. Informação significa “o ato ou efeito de informar-se; comunicação; esclarecimento sobre o procedimento de outrem; notícia dada ou recebida; conjunto de dados, em princípio imprevisíveis, recebidos do exterior (ou por um ser vivo como o homem, através dos seus sentidos, ou recebidos por uma máquina eletrónica); aquilo que é transmitido”⁶². Neste contexto específico, informar traduz a transmissão dos elementos necessários à correta formação da vontade contratual, seja quanto aos aspetos jurídicos, seja quanto aos materiais do negócio⁶³.

Dentro deste dever amplo de informar, há várias distinções que não podemos deixar de fazer⁶⁴. A primeira é a seguinte:

- *Dever de informação stricto sensu* – corresponde a uma mera comunicação ao outro contraente das circunstâncias, condições e alcance do futuro negócio. Essa

⁶¹ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil*, op. cit., p. 36.

⁶² Dicionário, 2001, Porto Editora Multimédia.

⁶³ MARIANA FONTES DA COSTA, *O dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 374.

⁶⁴ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 14 e ss. e de EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, op. cit., pp. 68 e ss.

comunicação possui certeza e objetividade, ou seja, não vem acompanhada de qualquer sugestão de conduta;

- *Dever de conselho* – A transmissão da informação é acompanhada por um juízo de valor (melhor conduta a adotar) sobre os factos que são comunicados;

- *Dever de advertência* – À transmissão da informação acresce uma chamada de atenção para um risco inerente ao negócio jurídico.

Limitar-nos-emos a cuidar do dever de informação, já que o âmbito central do nosso tema é o dever de comunicar determinados factos na fase pré-contratual, embora concordemos com EVA SILVA quando refere que não devemos pôr de parte a possibilidade do nascimento, embora em circunstâncias muito específicas, de um dever de aconselhar a contraparte na fase das negociações do contrato.

A segunda distinção que nos propomos fazer é a que diz respeito ao *dever de informação* em contraposição com o *dever de esclarecimento*. Enquanto o primeiro pressupõe a prestação espontânea de informações, o segundo reclama a prévia formulação de uma questão, constituindo um verdadeiro dever de prestar. Em determinadas situações, o negociante de um contrato poderá ver-se obrigado a esclarecer a contraparte quando esta coloca as suas dúvidas. O que por vezes sucede é que uma das partes está de tal forma pouco informada que não está em posição de colocar sequer questões. Aí poderá surgir o dever de informar espontaneamente a contraparte. No nosso estudo englobaremos ambos os deveres, utilizando a expressão informação como sinónimo de esclarecimento, pois como afirma MENEZES CORDEIRO⁶⁵, “os deveres de informação adstringem as partes à prestação de todos os esclarecimentos necessários à condução honesta do contrato”.

Por último é ainda possível distinguir entre *dever de informação* e *dever de verdade*. MOTA PINTO⁶⁶ considera que numa relação pré-negocial (ao contrário de outros autores que a decompõem em deveres de diferente natureza), apenas podemos encontrar duas obrigações: a obrigação de informar e a obrigação de verdade. A primeira é uma obrigação de facto positivo, ou seja, o contraente tem o dever de informar o outro contraente sobre os factos essenciais do negócio jurídico e a segunda é uma obrigação de facto negativo, o que significa que aquela parte deve abster-se de

⁶⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé.*, op. cit., p. 583.

⁶⁶ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A responsabilidade pré-negocial*, op. cit., pp. 156 e 157.

transmitir informações incorretas sobre factos essenciais. Na verdade, se um dos contraentes está obrigado a informar o outro contraente, então faz todo o sentido que o faça de forma correta e verdadeira. Caso assim não fosse, estaríamos perante uma deturpação do dever de informação. Que vantagem teria a consagração de um dever de informação se a parte pudesse transmitir informações erradas? Contudo, situações existirão em que as coisas não assim tão claras, essencialmente quando as informações são transmitidas no âmbito das negociações de um contrato de trabalho por parte do contraente mais débil. Sobre elas debruçar-nos-emos mais á frente.

3.2 Origem e evolução

Tal como já anteriormente referimos, na fase das negociações estabelece-se uma relação jurídica entre os contraentes, da qual derivam determinados deveres de conduta, de entre eles, os deveres de informação. Esta ideia foi tratada, como vimos *supra*, por JHERING, que entendeu que as partes se deviam abster, durante a fase das negociações, da prática de atos que pudessem levar à invalidade do contrato. Em Portugal, no Código de Seabra de 1867, já se previa no art. 653.º que “o proponente é obrigado a manter a sua proposta enquanto não receber resposta da outra parte, nos termos declarados no artigo precedente, aliás é responsável pelas perdas e danos que possam resultar da sua retractação”, norma que regulava já, ainda que parcialmente, a responsabilidade civil no período das negociações⁶⁷. No entanto, a abordagem ao instituto da responsabilidade pré-contratual no período de vigência deste código era ainda muito principiante e parcelar. O problema maioritariamente (até quase exclusivamente discutido) era o da rutura das negociações. Ainda não existiam nesta altura referências a uma relação pré-contratual que fizesse, por si mesma, nascer deveres de conduta a cargo das partes (inclusive o dever de informação).

O ponto de viragem ocorreu pouco tempo antes da elaboração do novo código civil, começando a surgir a ideia de que o simples início de negociações com outrem dá origem a uma relação jurídica entre elas⁶⁸. Considerava-se já que a fase pré-contratual

⁶⁷ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.

⁶⁸ Neste sentido, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *A responsabilidade pré-negocial*, *op. cit.*, p. 151, argumenta que “cada um dos sujeitos das negociações contratuais está ligado ao outro, não por um vínculo igual ao que liga a este último qualquer outro

deve abranger uma diversidade de deveres que vão muito além do mero dever de contratar e que determinam o que as partes devem ou não fazer no decurso das negociações. De entre esses deveres identificava-se, embora ainda não de forma autónoma, o dever de informação, segundo o qual as partes se devem informar mutuamente sobre os aspetos essenciais do contrato⁶⁹.

No quadro legislativo do CC de 1966 mantêm-se as ideias já anteriormente formadas e, através da previsão do artigo 227.º, utiliza-se como critério de determinação dos deveres pré-contratuais de conduta a “boa fé”. No entanto, só decorridos nove anos sobre a vigência deste código este preceito legal foi aplicado. As suas possibilidades foram durante anos desaproveitadas pela jurisprudência devido ao desconhecimento deste instituto pelos interessados, que alegavam outros institutos, como o abuso de direito.

Com vista à concretização do conceito indeterminado “boa fé”, a doutrina chegou a algumas conclusões essenciais, como seja o dever das partes que se encontram em negociações de informar a contraparte na medida do necessário para permitir a conclusão honesta do contrato, dever esse que se constitui quando a outra parte não pode por si só obter conhecimento e a especial intensidade que deve ser dada ao dever de informação a favor da parte mais fraca⁷⁰.

3.3 Extensão

Na nossa opinião, no decurso das negociações, cada sujeito tem o dever de se informar de todos os aspetos e circunstâncias que considere essenciais para a correta formação da sua vontade contratual. Aquele que, negligentemente, nada fez para obter a informação necessária não merece a tutela que lhe seria devida pelo direito a ser informado. Sobre isto já se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça⁷¹ quando julgou que “não se inclui no dever de informação da contraparte implícito na regra de atuação segundo a boa fé do art.º 227º do Código Civil a obrigação de lhe dar a conhecer

consociado, mas por uma relação especial. Entrando em negociações, sai-se do círculo dos deveres gerais humanos para penetrar no mundo dos direitos relativos”.

⁶⁹ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 101.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 102.

⁷¹ Ac. do STJ, proc. n.º 06A222, de 04 de Abril de 2006 – www.dgsi.pt.

elementos ou circunstâncias a que qualquer pessoa tem acesso desde que atue com a diligência do homem médio”. Assim, consideramos importante fixar um dever de auto-informação como ponto de partida. Contudo, alguns autores consideram que, nos tipos contratuais em que do futuro contrato nascerá uma relação de confiança, como é o caso do contrato de trabalho, fica afastado este dever de auto – informação, isto é, o devedor da informação fica obrigado a prestar espontaneamente todas as informações necessárias, independentemente do esforço da contraparte em obter essas informações, originando, deste modo, uma intensificação dos deveres pré-contratuais de informação. Entendemos todavia que, embora este “dever” seja menos intenso neste tipo de contratos, continua a haver interesses contrapostos entre as partes que justificam o seu não desaparecimento⁷². Na verdade, não podemos dizer que a auto-informação é um dever, mas um ónus⁷³, uma vez que o negociante apenas se informa se quiser. Simplesmente, se não o fizer, terá de suportar as consequências⁷⁴. Neste seguimento, àquele sujeito impõe-se a realização de todos os atos tendentes à obtenção de informação que o homem médio, quando colocado nas mesmas circunstâncias, efetivaria. Este critério envolve a possibilidade de formulação de questões à contraparte.

O problema que se coloca, e sobre o qual nos vamos debruçar mais à frente⁷⁵, é o de saber se essas questões são ou não legítimas e se existe um dever de responder sempre com verdade ou se, em algumas circunstâncias, existe um “direito” a mentir. Adiantamos que, caso estas questões sejam legítimas, por regra dão origem a um dever de responder com verdade, dever esse que se baseia na autonomia privada das partes e no dever de cooperação que existe entre elas^{76 77}.

⁷² SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 150, entende que este dever de informar espontaneamente só existe em relação às circunstâncias que dizem respeito ao fim comum que constitui a base da confiança.

⁷³ “Ónus de auto-informação” – expressão utilizada por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, *op. cit.*, p. 121.

⁷⁴ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, *op. cit.*, p. 121 e ss.

⁷⁵ Cfr. *supra* Capítulo III.

⁷⁶ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁷ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, *op. cit.*, pp. 357 e 358, considera que, em nome do princípio da autonomia privada, não existe um dever de informar a parte, mesmo quando questionada. Contudo, se o fizer espontaneamente, terá de o fazer de forma verdadeira.

Mas este dever de auto-informação é, tal como referimos *supra*, apenas o ponto de partida. Acompanhamos a posição de EVA SILVA⁷⁸ quando refere que no ordenamento jurídico português vigora a ideia de que, embora as partes que negociam um contrato tenham, em princípio, interesses divergentes, elas têm o dever de esclarecer espontaneamente a contraparte das circunstâncias que poderão eventualmente frustrar o fim do futuro contrato e que, por isso, são essenciais para a sua decisão. Na nossa opinião o critério dos deveres de informação é, precisamente, a salvaguarda do fim do contrato. Mas o que é que deverá ser abrangido por este “fim do futuro contrato”? Escreve CARNEIRO DA FRADA⁷⁹ “o contrato é, do ponto de vista dos sujeitos, um acto de estrutura final, porque dirigido à realização dos seus projetos”. A este propósito cumpre distinguir entre os fins imediatos e os fins mediatos do negócio jurídico. Os primeiros dizem respeito à intenção de celebrar um contrato válido e, quanto a estes, não surgem dúvidas quanto ao dever de informar por iniciativa própria a contraparte. Os segundos correspondem aos objetivos/interesses que determinado sujeito se propõe alcançar com aquele negócio e, relativamente a estes, deve entender-se que apenas os interesses que podem ser determinados de forma objetiva, (isto é, sejam cognoscíveis) e subjetiva mas que sejam conhecidos pela contraparte (porque, por exemplo, a contraparte lhe deu a conhecer) podem ser atendidos para este efeito. São estes fins mediatos, mas conhecidos pelo devedor que a boa fé protege quando faz cair sobre o contraente o dever de agir com “diligência e espírito de colaboração mínimos com respeito aos fins (ulteriores) pretendidos pelo credor da informação”⁸⁰.

Seguindo a linha de pensamento até aqui exposta, podemos concluir que nem qualquer omissão é ilícita (*v.g.* o vendedor não tem o dever de informar o cliente que o mesmo produto está a ser vendido mais barato na loja da frente). Na verdade, só existe um dever pré-contratual de informação relativamente a alguns elementos e em determinadas situações, nomeadamente quando a contraparte possa esperar essa comunicação, em conformidade com as concepções dominantes do tráfico⁸¹. Neste

⁷⁸ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, *op. cit.*, p. 76, em contraposição com a doutrina francesa, que entendia que cada parte tem o dever de se auto-informar sem esperar o auxílio da contraparte. Contudo, também neste ordenamento jurídico se tem imposto progressivamente o dever pré-contratual de informação, baseado no princípio da boa fé.

⁷⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 443, nota 458.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, *op. cit.*, p. 79.

sentido, EVA SILVA⁸², citando ANTUNES VARELA, refere que “a lei não é assim tão ingénua que acredite, sequer, na conveniência de obrigar as partes a agir nas relações como se estivessem em graça de santidade ou em postura de permanente confissão”.

Contudo, alguns autores portugueses parecem defender a existência de um dever geral de informação. É o caso de ANA PRATA⁸³, que defende a existência de deveres de comunicação, informação e esclarecimento sobre todos os elementos relevantes para a decisão de contratar e que a contraparte desconheça. A violação destes deveres pode configurar-se num ato puramente omissivo ou num ato positivo (v.g. uma falsa declaração). Para a autora, poderemos também estar perante uma violação do dever de informação quando, apesar de não ter havido omissão da mesma, ela foi prestada tardiamente.

MENEZES CORDEIRO⁸⁴ também entende que “o dever de informação tenderá a abranger tudo quanto, pela natureza da situação criada, não seja conhecido pela contraparte”, embora ressalve que tal deve ser analisado de acordo com a situação concreta.

Daqui se conclui que dúvidas não se colocam quanto à existência ou não de um dever de informação na fase pré-contratual, mas apenas quanto à sua extensão.

3.4 Fatores geradores de confiança

Existem determinadas circunstâncias que, por acarretarem uma excessiva onerosidade na procura de informação ao futuro contratante, se consideram verdadeiros *limites ao ónus de auto-informação*.

Já tivemos oportunidade de mencionar que, pelo facto de alguns tipos de contratos assentarem na base da confiança jurídica mútua, há uma intensificação dos deveres pré-contratuais de informação⁸⁵. Contudo, é possível encontrar situações de confiança originadas entre as partes, sem que tal esteja relacionado com o tipo de contrato em questão. Nestes casos, as partes podem, devido à relação de confiança que

⁸² EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, op. cit., apud, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão Arbitral de 31 de Março de 1993*, RLJ, 126, 1993-1994, p. 319.

⁸³ ANA PRATA, *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, Lisboa, 1991, pp. 49 e ss.

⁸⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 388 e 389.

⁸⁵ Cfr. Ponto 3.3

existe entre ambas, contar legitimamente com a prestação espontânea de informações relevantes para a sua decisão de contratar. Claro está que estas situações constituem exceções à regra geral. Por norma, cada uma das partes busca atingir o acordo que melhor satisfaça os seus interesses. Contudo, estando em causa uma relação especial de confiança derivada, por exemplo, do facto de as partes pertencerem à mesma família ou possuírem laços estreitos de amizade, não é de exigir que as partes procurem, por livre iniciativa, obter todas as informações que desconhecem e que são necessárias à formação da sua decisão contratual⁸⁶. Nestes casos o ónus de auto – informação é menos rigoroso do que nos casos em que as partes se encontram relacionadas apenas pela entrada em negociações.

Outro fator gerador de confiança é a anterior celebração de um contrato entre os mesmos contraentes, sendo que ambos adotaram uma conduta correta e leal. Nestes casos, é natural que o credor da informação espere legitimamente que a contraparte atue de forma idêntica à relação contratual anterior.

Por último podemos especificar aquelas situações em que uma das partes presta voluntariamente informações à outra. Este comportamento é apto a criar na contraparte a expectativa de que aquelas informações são verdadeiras. Nas palavras de CHRISTOPH FABIAN⁸⁷ “o dever de se informar não é uma questão de ser cuidadoso para com a outra parte ou de controlar se a contraparte falou a verdade, ou ainda, de proteger-se contra a outra parte. A boa fé, e também a boa fé da contraparte, é presumida. A parte contratual pode confiar na contraparte”.

Verificado um destes limites ao ónus de auto-informação, haverá lugar a um dever pré-contratual de informar desde que verificados os pressupostos de que a seguir trataremos.

3.5 Pressupostos de aplicação

Como tivemos oportunidade de verificar, cumprido que esteja o ónus de auto-informação, ou, desde que o mesmo tenha sido afastado por umas das situações estudadas *infra*, a parte poderá ver surgir na esfera jurídica da contraparte um dever pré-

⁸⁶ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 151 e EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, op. cit., pp. 115 e ss.

⁸⁷ CHRISTOPH FABIAN, *O dever de informar no direito civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

contratual de informação, desde que verificados os seguintes pressupostos de aplicação⁸⁸:

- a) Essencialidade da informação;
- b) Assimetria informacional e necessidade de proteção;
- c) Exigibilidade

Relativamente ao primeiro, cumpre referir a necessidade de as informações em causa serem essenciais, isto é, serem de tal forma importantes que sem elas o sujeito não teria celebrado o negócio jurídico ou teria celebrado de forma diferente. Dito de outro modo, a decisão de contratar não teria sido a mesma se a parte tivesse conhecimento desses factos (*v.g.* risco de incapacidade económica para pagamento da coisa).

E se o devedor da obrigação de informação também não tinha conhecimento dessa informação essencial? Nestas situações haverá que distinguir se o seu desconhecimento é ou não culposos. Caso seja, então haverá responsabilidade pré-contratual por violação do dever de informação. O obrigado será responsabilizado quer tenha conhecimento, quer o devesse ter⁸⁹.

No que respeita à assimetria informacional entre as partes, entende-se que se ambas as partes têm o mesmo nível de conhecimento, então não há necessidade de um dever de informação. Mesmo que o não tenham, é ainda fundamental para que nasça a obrigação de informar, a existência de uma particular carência de proteção. Tal acontecerá, por exemplo, quando uma das partes possui uma preparação técnica superior. Nestes casos, sobre essa parte recairão, naturalmente, deveres pré-contratuais de informação mais amplos. Afirma MENEZES CORDEIRO⁹⁰ que “o contraente que por razões económicas ou de conhecimento se deve considerar inferiorizado, tem como que o direito, na fase preliminar, a um esclarecimento e a uma lealdade acrescidos; quando os correspondentes deveres não são acatados há responsabilidade por inobservância da boa fé”. No entanto, a parte menos informada terá de ter cumprido o *supra* referido ónus de auto-informação para que possa ser tutelada pelo direito, porque, se esta pelos seus próprios meios conseguir superar este desnível, então não será protegida. Em suma, para

⁸⁸ Sistematização seguida por EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, *op. cit.*, pp. 130 e ss.

⁸⁹ HANS-CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung – Vorsatz dogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, C.H. Beck, 1997, pp. 9 e 10 *apud* EVA SÓNIA MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual*, *op. cit.*, pp. 130 e ss.

⁹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral*, *op. cit.*, p. 709.

que surja um dever pré-contratual de informar é necessário, para além de uma desigualdade entre as partes, uma especial carência de proteção que, no mínimo, seja cognoscível pelo obrigado.

O terceiro e último requisito apontado por EVA SILVA determina que devido à prossecução de interesses contraditórios pelas partes não exista um dever de informar sobre tudo, ou seja, sobre elas não impenda um dever geral de informação. Na realidade, nem tudo é exigível ao eventual devedor da informação. Assim, a parte informada não terá de revelar à contraparte o que descobriu através de uma diligência extraordinária, nem, por exemplo, segredos profissionais. Caso contrário, o tráfego jurídico correria risco. De facto, este critério da exigibilidade de informar está muito associado à influência da teoria económica do direito e acaba por se reconduzir a uma válvula de escape aos efeitos trágicos que um dever geral de informação causaria⁹¹.

3.6 Fundamento teleológico dos deveres pré-contratuais de informação

Na busca de critérios valorativos que densifiquem o conteúdo do dever de informação, alguns autores apontam para a *boa fé*, enquanto fundamento último da responsabilidade pré-contratual (que acolhe este dever). De facto, para que nasça a obrigação de indemnizar é necessária a existência de um comportamento, ativo ou passivo, que seja censurável à luz do princípio da boa fé. No entanto, é necessário ter em consideração que o recurso a esta cláusula geral só deve ser feito quando não existam critérios específicos de solução para os casos concretos, o que não acontece na *c.i.c.*⁹². Como refere MENEZES CORDEIRO⁹³, “os institutos derivados da boa fé ganham autonomia própria. Apresentam regras específicas e dogmáticas estabilizadas, mal precisando – salvo quando em colocação histórica – de apelar à boa fé de origem”. Por outro lado, este princípio faz apelo a ideias contraditórias. Por exemplo, se por um lado

⁹¹ HEIN KOTZ, *Precontractual duties of disclosure: a comparative and economic perspective*, European Journal of Law and Economics, Vol. 9, 1, 2000, pp. 5 e ss. *apud* MARIANA FONTES DA COSTA, *O dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 383.

⁹² Como refere SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 108, “o apelo directo à boa fé só deve ser feito quando a maturidade doutrinária e jurisprudencial não tenham alcançado um patamar capaz de fornecer critérios específicos de solução para os casos concretos, o que não acontece relativamente à *culpa in contrahendo*, cuja autonomia está actualmente consolidada”.

⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A boa fé nos finais do século XX*, Lisboa, ROA, 56, III, 1996, p. 900 *apud* SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, pp. 107 e 108.

defende a ideia de solidariedade entre os sujeitos, por outro não obriga alguém a agir de forma a proteger interesses alheios em prejuízo dos seus próprios interesses. Por isso, outros autores vão mais longe e encontram o fundamento da responsabilidade pré-negocial na *confiança jurídica*. CARNEIRO DA FRADA⁹⁴ observa a “reprovabilidade ética do defraudar injustificado de uma atitude de confiança que se suscitou”. Por sua vez, no dizer de PAIS DE VASCONCELOS⁹⁵ “as relações entre as pessoas pressupõem um mínimo de confiança sem a qual as mesmas não seriam possíveis; de confiança na outra parte e confiança nas circunstâncias do negócio. A tutela da confiança tem duas componentes inseparáveis: uma componente ético-jurídica e outra de segurança no seu exercício”. Neste seguimento, DÁRIO MOURA VICENTE⁹⁶ considera que a tutela da confiança é um princípio concretizador do Estado de Direito, uma condição fundamental para a segurança do tráfico jurídico e para a vida coletiva pacífica e em cooperação. O equilíbrio social e a paz jurídica têm na sua base a realização das legítimas expectativas. Por último, mas seguindo a mesma linha de pensamento, BAPTISTA MACHADO⁹⁷ ensina-nos que “o princípio da confiança é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo e a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem”.

Posto isto, podemos concluir que a causa justificativa da tutela de um determinado sujeito é a legítima expectativa que o mesmo criou ao longo das negociações de um contrato. Neste sentido já se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa⁹⁸, ao mencionar que “a responsabilidade pré-negocial fundamenta-se na tutela da confiança de uma parte, na correcção, na honestidade, na lisura e na lealdade do comportamento da outra parte, quando tal confiança se reporte a uma conduta juridicamente relevante e capaz de provocar-lhe danos”.

Note-se que essa expectativa só é tutelada quando o sujeito tenha formado legitimamente a convicção de que a contraparte agiu de forma honesta, correta e leal.

⁹⁴ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 26.

⁹⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 19 e ss.

⁹⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade Pré-Contratual*, op. cit., pp. 42 e 43.

⁹⁷ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*, Obra dispersa, Vol. I, Braga, Scientia Jurídica, 1991, p. 352.

⁹⁸ Ac. do TRL, proc. n.º 2219/2004-6, de 21 de Abril de 2005 – www.dgsi.pt

Este critério da confiança legítima, decompõe-se, tal como já aludimos *infra*, segundo MENEZES CORDEIRO⁹⁹, em quatro requisitos cumulativos, os quais, aplicados aos deveres pré-contratuais de informação se traduzem no seguinte:

i) Situação efetiva de confiança - o sujeito confiou no comportamento ou declaração da contraparte (boa fé subjetiva) e o seu próprio comportamento é isento da violação de qualquer dever de boa fé (boa fé objetiva);

ii) Justificação para essa confiança - há-de ser baseada em critérios objetivos que, em abstrato, despertem crença plausível;

iii) Investimento do titular do direito à informação nessa confiança - manifestação exterior da confiança através de uma atuação jurídica que não possa ser desfeita sem prejuízos.

iv) Imputação da situação de confiança ao sujeito devedor da informação – por ação ou omissão de causa à confiança¹⁰⁰;

Quanto a este último requisito há que ressaltar que a imputação da situação de confiança ao sujeito que se visa onerar deve ser feita com base na culpa.

Saliente-se ainda que entre estes quatro requisitos não existe qualquer hierarquia e, apesar de serem cumulativos, a ausência de um deles não determina automaticamente a exclusão da tutela da confiança. Isto porque a confiança poder-se-á justificar na especial incidência de um dos outros pressupostos¹⁰¹.

Apesar do que fomos expondo, entendemos que o princípio da confiança não satisfaz inteiramente o instituto da *c.i.c.* porque, apesar de contribuir para determinar a constituição do dever de indemnizar, não é suficiente para determinar o conteúdo dos deveres pré-contratuais de informação. Podemos considerar que a ideia de proteção da confiança da parte lesada é eficaz para responder à seguinte questão: Porque é que determinada pessoa tem direito a receber uma indemnização? Aquela pessoa tem direito a ser indemnizada porque confiou objetivamente numa situação criada por outrem. Por sua vez, a ideia de proteção da confiança perde a sua eficácia, tal como já referimos, quando pretendemos saber o que justifica a imposição de deveres de conduta na fase das negociações de um contrato.

⁹⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, op. cit., pp. 411 – 415; SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., pp. 114 e 115 e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, op. cit., pp. 103 e ss.

¹⁰⁰ Neste sentido pronunciou-se o TRG, proc. n.º 902/04-2, de 26 de Abril de 2004 – www.dgsi.pt

¹⁰¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, op. cit., p. 413.

Posto isto, conclui-se que o princípio da confiança não é suficiente para, de forma isolada, explicar o instituto da responsabilidade pré-contratual. Este critério deve ser utilizado com recurso a outros critérios valorativos que tivemos oportunidade de referir no ponto anterior, como sejam, a conceção do contrato em geral, o tipo contratual, a qualidade em que as partes atuam e a relação que se estabelece entre elas¹⁰².

¹⁰² SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, pp. 163 e 164.

CAPÍTULO II - O DEVER PRÉ-CONTRATUAL DE INFORMAÇÃO NO ÂMBITO DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Nos pontos anteriores dedicamo-nos ao estudo do dever informação no âmbito de um contrato em geral uma vez que as regras jurídicas de direito privado comum se aplicam também ao contrato de trabalho, que é objeto do nosso estudo e sobre o qual nos vamos debruçar. Na base de qualquer relação laboral está sempre um contrato, de natureza obrigacional (é um dos contratos em especial que consta da segunda parte do Título II do Código Civil, sob a epígrafe “Dos Contratos em Especial”), sinalagmático (dele emergem direitos e obrigações para ambas as partes; a prestação da atividade tem como contrapartida o pagamento do salário), oneroso (ambas as partes suportam esforços económicos) e duradouro ou de execução continuada (o contrato de trabalho gera obrigações que se protelam no tempo, ou seja, implica uma conduta continuada ou uma série de atos e comportamentos)¹⁰³. O Direito do Trabalho é direito privado especial, que se autonomizou do Direito das Obrigações, pelo que se aplicam subsidiariamente as regras gerais (sempre que não tenha sido previsto um regime jurídico especial)¹⁰⁴. A sua autonomia adveio da sua especialidade, ou seja, da necessidade de tutela do trabalhador como forma de garantir que a desigualdade existente entre as partes não conduza a uma dependência jurídica do prestador de trabalho (por exemplo através de despedimentos *ad nutum*)¹⁰⁵.

Referimos anteriormente que o dever de atuar de acordo com as regras da boa fé na formação do contrato de trabalho (art. 102.º CT) já decorria do princípio geral de Direito Civil (art. 227.º do CC). Esta reprodução visa tão só chamar a atenção para a necessidade de ponderar os valores do Direito do Trabalho, recordando a função da boa fé e alertando para o facto de no âmbito do contrato de trabalho a constituição e o

¹⁰³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 276 e ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit. pp. 517 e ss; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 16.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 146 e ss; PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, Lisboa, RDES, 2000, p. 34.

¹⁰⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., 2010, pp. 65 e 66.

¹⁰⁵ *Ibidem*

conteúdo dos deveres pré-contratuais dever atender às particularidades da relação laboral¹⁰⁶. E que particularidades são essas?

Em primeiro lugar cumpre referir que a pessoa do trabalhador está profundamente comprometida na prestação de trabalho subordinado. A vinculação do trabalhador à adoção de determinadas condutas atinge a sua própria realização pessoal, familiar e social. A nível fáctico, tal reflete-se nas relações interpessoais desenvolvidas com o empregador, colegas e/ou superiores hierárquicos que acabam por condicionar a atuação do trabalhador¹⁰⁷, no carácter essencial que as qualidades pessoais e aptidões do trabalhador assumem para prestação de trabalho¹⁰⁸, no facto de, geralmente, a única fonte de sobrevivência do trabalhador e respetiva família residir na prestação do seu trabalho (dependência económica e psicológica do trabalhador)¹⁰⁹, no facto de a realização pessoal dos indivíduos passar muito pela sua realização profissional¹¹⁰ e, por fim, no facto de a relação laboral condicionar a vida familiar do trabalhador, no que se refere, por exemplo, à fixação da residência, à escola dos filhos, etc.¹¹¹. A nível jurídico foram as preocupações de ordem pessoal do trabalhador que levaram ao nascimento do Direito do Trabalho, com vista à resolução de problemas que iam muito além da conceção de trabalhador como mera parte num contrato obrigacional. Outra manifestação jurídica do carácter pessoal da relação laboral é a sua caracterização como contrato *intuitu personae*¹¹². O contrato de trabalho assenta numa relação de fidúcia, em que a confiança recíproca tem um papel essencial, e é celebrado tendo sempre em consideração as qualidades pessoais do trabalhador. É por isso que não é admissível que um trabalhador, em determinado dia, para a realização da atividade que se obrigou, se faça substituir por outra pessoa. A atividade que o trabalhador desenvolve é infungível. Esta característica do contrato de trabalho como um contrato *intuitu personae* varia em função de cada relação laboral, sendo mais intenso, por exemplo, o laço fiduciário que liga o empregador à secretária particular. É também o carácter pessoal da relação de

¹⁰⁶ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., pp. 167 e ss.

¹⁰⁷ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 151 e ss.

¹⁰⁸ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I, op. cit., p. 462.

¹⁰⁹ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho*, op. cit., pp. 36 e 37.

¹¹⁰ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., pp. 179 e 180.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Pedro ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 281 e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 752.

trabalho que explica a existência de normas dirigidas à proteção de direitos fundamentais do trabalhador (como os direitos de personalidade), normas essas que não encontramos no Direito das Obrigações. A tutela dos direitos fundamentais do trabalhador está profundamente ligada à temática dos deveres de informação na fase pré-contratual na medida em que nos conduz a uma situação de conflito de interesses. Por um lado encontramos o interesse do empregador em conhecer todos os factos relevantes para a prestação da atividade laboral, por outro lado o interesse do trabalhador em não revelar quaisquer aspetos da sua vida privada, como forma de se acautelar contra eventuais violações dos seus direitos fundamentais ¹¹³.

O segundo aspeto característico da relação laboral diz respeito ao carácter duradouro do contrato de trabalho, ou seja, ao facto da sua execução se prolongar no tempo e a constituição das respetivas obrigações não conter intervalos juridicamente relevantes ¹¹⁴. Esta característica dos contratos de trabalho encontra justificação no princípio da segurança no emprego, previsto no art. 53.º da CRP, e justifica um especial cuidado na fixação do dever pré-contratual de informação ¹¹⁵. A imposição de limitações à entidade empregadora no que respeita à possibilidade de se desvincular do contrato de trabalho justifica a existência de um dever pré-contratual de informação a cargo do trabalhador.

O terceiro e último aspeto a considerar diz respeito à inexistência de um dever de informar sobre circunstâncias relativas ao risco assumido pelas próprias partes, como contrapartida de uma posição devedora alargada. Ao empregador importa a disponibilidade da força de trabalho, instrumentalizando-a de forma a prosseguir os seus interesses. Ao trabalhador interessa transferir para o empregador o risco da sua atividade, assim como os encargos sociais, familiares, etc. Isto significa que, independentemente das vicissitudes da prestação da atividade, como sejam, por exemplo, a inadequação da mesma para a inteira satisfação dos interesses do empregador, este continua obrigado a remunerar o trabalhador. Esta particularidade torna-se também útil para determinar o dever de informação em alguns casos (v.g. saber se uma trabalhadora grávida está ou não obrigada a responder a questões sobre o seu estado de gravidez). Adiantamos que quando as questões formuladas disserem respeito

¹¹³ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 183.

¹¹⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 519.

¹¹⁵ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 189.

ao referido risco assumido pela entidade empregadora não existe, em regra, um dever de informar por parte do trabalhador¹¹⁶.

Estas considerações acerca das particularidades do contrato de trabalho transportam-nos até à ideia de vulnerabilidade dos direitos fundamentais do trabalhador. Vários foram os autores¹¹⁷ que se pronunciaram sobre esta problemática, sendo comum a todos eles a ideia de que o trabalhador é titular dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (e não apenas aqueles que lhe são concedidos enquanto trabalhador subordinado). Nota TERESA COELHO MOREIRA¹¹⁸ que “(...) os direitos fundamentais não podem ficar extra-muros, do lado de fora da empresa, impondo-se perante entidades públicas mas também entre privados, onde se inserem os sujeitos da relação de trabalho”. Assim, não é pela simples entrada em negociações num contrato de trabalho que o trabalhador perde os direitos que lhe assistem enquanto cidadão. Contudo, é indiscutível que a entrada em negociações os coloca em perigo. No âmbito da formação do contrato de trabalho a vulnerabilidade dos direitos fundamentais reconduz-se a um problema de desequilíbrio de poder negocial das partes (posição de debilidade do trabalhador) e no âmbito da execução do contrato a um problema de delimitação da subordinação jurídica. De facto, na fase das negociações ainda não existe subordinação jurídica por parte do trabalhador visto que o mesmo ainda não se encontra, nesta fase, adstrito ao cumprimento de qualquer ordem. Os direitos fundamentais em perigo nesta fase reconduzem-se essencialmente ao direito à reserva da vida privada e ao direito a um tratamento igual e não discriminatório¹¹⁹.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 189 e ss.

¹¹⁷ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais, breves reflexões*, in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 107; MENEZES CORDEIRO, *Direito do Trabalho e cidadania*, in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 39; MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da pessoa, Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2003, p. 172.

¹¹⁸ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 153.

¹¹⁹ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., pp. 194 e ss.

§ 1. Do dever de informação do trabalhador

1.1. Nota prévia

O dever pré-contratual de informação encontra-se regulado no art. 106.º do CT, cujo n.º1 refere que “o empregador deve informar o trabalhador sobre os aspetos relevantes do seu contrato de trabalho” e o n.º 2 que “o trabalhador deve informar o empregador sobre aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral”. Ora, resulta claro que foi intenção do legislador estabelecer um tratamento paritário às partes¹²⁰. Sendo o contrato de trabalho sinalagmático tanto na sua formação como na sua execução, os deveres das partes são recíprocos, nomeadamente no que diz respeito às informações a prestar¹²¹. Da análise destas disposições concluímos pela existência de um dever de o empregador informar o trabalhador sobre as suas funções, responsabilidades e respetiva inserção no quadro organizativo da empresa, bem como o de o trabalhador informar sobre quaisquer circunstâncias que possam eventualmente prejudicar o exercício dessas funções^{122 123}. Contudo, as situações que devem ser efetivamente informadas dependem da concretização dos conceitos indeterminados “aspetos relevantes do contrato de trabalho”¹²⁴ e “aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral” e devem ser prestadas na fase das negociações do contrato de trabalho, sob pena de *culpa in contrahendo*. É importante realçar que esta perspetiva “igualitarista” não pode encobrir a diferente posição em que se encontram as partes num contrato de trabalho. Tal como afirma JÚLIO GOMES¹²⁵, “introduzir deveres simétricos quando as partes estão, à partida, numa posição de assimetria, é simplesmente perpetuar

¹²⁰ Este paralelismo das partes em matéria de dever de informação constitui uma novidade do Código do Trabalho, uma vez que a Lei 5/94 de 11 de Janeiro (que transpôs a diretiva n.º 91/533/CEE, de 14 de Outubro relativa à obrigação de o empregador informar o trabalhador sobre as condições aplicáveis ao contrato ou à relação de trabalho) apenas se referia ao dever de informação do empregador, em conformidade com a diretiva comunitária, decorrendo o dever de informação do trabalhador do princípio geral da boa fé na sua aplicação à formação dos contratos, ou seja, do art. 227.º do CC.

¹²¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 478 e ss.

¹²² LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 238 e ss.

¹²³ Vejam-se os exemplos citados por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 559, notas 8 e 9:

- Uma trabalhadora escolhida na sequência de um concurso para ocupar determinado cargo incorre em *culpa in contrahendo* quando, estando doente e não lhe sendo possível assumir tais funções laborais, omite tal circunstancialismo na fase de seleção e, de seguida, falta sucessivamente a várias convocatórias para iniciar funções, acabando mais tarde por comunicar tal impossibilidade, inutilizando com a sua atitude todo um processo de negociação (decisão do Tribunal Supremo Federal Alemão do Trabalho – BAG 7 de Fevereiro de 1964).

¹²⁴ A Diretiva 91/533/CEE fornece alguns exemplos de aspetos relevantes do contrato de trabalho.

¹²⁵ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 338 e ss.

a desigualdade”. Assim, entendemos que a interpretação deste preceito legal não pode, de forma alguma, ignorar a desigualdade social e a extrema vulnerabilidade em que se encontra o trabalhador. Note-se que, as informações que as partes prestam na fase pré-contratual empregam objetivos parcialmente diferentes. Isto porque, se as informações prestadas pelo empregador são relevantes para que o trabalhador forme a sua vontade negocial num primeiro momento, também o são para efeitos de clarificação do conteúdo do contrato e para efeitos de prova do mesmo. Contudo, as informações prestadas pelo trabalhador apenas se revelam importantes para o primeiro objetivo¹²⁶. Para além disso, a diferente natureza das prestações das partes, legitima a imposição de diferentes limites aos deveres de informação na fase das negociações do contrato. A implicação da pessoa do trabalhador na relação laboral aumenta a possibilidade de ameaças à sua esfera privada, justificando-se assim um maior rigor na proteção da esfera privada do candidato ao emprego. Embora esta diferença não resulte clara da leitura do art. 106.º do CT, é necessário fazer a sua articulação com outras normas, como sejam os arts. 17.º e 19.º do CT, os arts. 70.º e seguintes do CC e os preceitos constitucionais relevantes em matéria de direitos fundamentais¹²⁷.

1.2 Factos relativamente aos quais recai sobre o trabalhador um dever de informação

Para responder à questão de saber quais os factos relativamente aos quais recai sobre o trabalhador um dever de informação importa atender, em primeiro lugar, à conjugação dos artigos 17.º, proteção de dados pessoais, 19.º, testes e exames médicos, e 106.º n.º2 do CT, dever de informação do trabalhador. Como referimos anteriormente, o art. 106.º n.º2 do CT estabelece a regra segundo a qual o trabalhador tem o dever de informar o empregador sobre os aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral. Por sua vez, os artigos 17.º e 19.º do CT, que, apesar de inseridos fora da secção que regula a formação do contrato de trabalho (secção III), também se aplicam aos

¹²⁶ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II – *Situações Laborais Individuais*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp.134 e ss.

¹²⁷ *Ibidem*.

candidatos ao emprego¹²⁸, destinam-se à imposição de determinados limites ao direito do empregador a ser informado. Da análise destes dois artigos podemos concluir que estamos perante algumas situações em que o dever de informar é devido no seguimento de indagações colocadas pelo empregador. Estas disposições estabelecem, assim, as regras que regem o dever de responder às questões colocadas pelo empregador. E relativamente às situações não especificadas nestes artigos, mas que constituem aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral, deve essa informação ser prestada de forma espontânea ou provocada? Concordamos com SARA COSTA APOSTOLIDES¹²⁹ quando refere que “embora quanto ao trabalhador surjam mais dificuldades, quanto ao empregador não há dúvidas de que este se encontra, em regra, em posição de exercer a sua autonomia privada e de procurar garantir a adequação do contrato à satisfação dos seus interesses. Por isso, não levanta controvérsia a afirmação de que o empregador deve procurar obter a informação que julgar pertinente para a formação da sua vontade contratual. Como corolário, a ideia a fixar como ponto de partida é a de que o trabalhador não tem o dever de informar espontaneamente o empregador”¹³⁰. Contudo, esta regra sofre alguns desvios quando entramos no âmbito das condições mínimas exigíveis para o exercício da atividade laboral. Essas condições dizem respeito, por exemplo, à inscrição em determinada ordem ou posse de um título profissional exigido para o exercício de determinada atividade, aos anos de experiência, à posse de carta de condução para o lugar de motorista, entre muitas outras. Também no que respeita às informações apresentadas no *curriculum vitae* se considera que, por permitirem verificar se o candidato reúne as condições mínimas exigíveis para o exercício das funções, justificando-se desta forma a sua inclusão no processo de seleção, o trabalhador está adstrito a um dever de verdade, o que significa que as informações que nele contidas devem corresponder à realidade, sob pena de o trabalhador responder

¹²⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado*, 9ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 115

¹²⁹ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 216.

¹³⁰ No mesmo sentido, TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 155, quando afirma que “o trabalhador não está obrigado a expor espontaneamente circunstâncias que o possam vir a prejudicar” Continua referindo que “não consideramos que o dever de informação possa ou deva estender-se ao ponto de obrigar o trabalhador a informar, por sua própria vontade, ou seja, sem uma questão prévia por parte do empregador, sobre todos aqueles aspectos que, embora dotados de uma certa relevância contratual, poderiam ou deveriam ter sido conhecidos pelo empregador se tivesse utilizado uma diligência comum, ou seja, a diligência exigida a um homem normal (...)”. Ainda sobre esta problemática, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 340.

pelos prejuízos causados¹³¹. Mas, mesmo quanto a este ponto a doutrina não é pacífica na medida em que alguns autores entendem que nesta matéria rege a noção de *dolus bonus*. Em França, por exemplo, já se decidiu que um empregador não poderia anular um contrato de trabalho por dolo, tendo por base inexatidões e imprecisões de um *curriculum vitae*, porque este, até certo ponto, deve ser considerado como um instrumento de “publicidade”, sendo normal a utilização de algum exagero na descrição da experiência profissional, tendo o empregador o dever de comprovar qual a medida da realidade e qual a medida da fantasia¹³². Não concordamos com tal opinião por entendermos que a formação e experiência profissionais consubstanciam, nos termos do art. 106.º do CT, aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral, sobre os quais o empregador tem direito de ter conhecimento, para que possa, no âmbito do processo de seleção, recrutar o candidato mais apto ao desempenho daquela específica função.

Posto isto, e citando mais uma vez SARA COSTA APOSTOLIDES¹³³, “é possível formular a regra segundo a qual o trabalhador tem o dever de informar espontaneamente o empregador sobre todas as circunstâncias que digam respeito aos requisitos mínimos para a prestação da atividade”. A autora salienta, e bem, que esta informação apenas diz respeito à possibilidade de exercício ou não das funções. Não se refere à melhor ou pior aptidão do trabalhador para desempenhar as funções de acordo com os objetivos daquela específica empresa. Tal aspeto cai já no âmbito do ónus de auto-informação do empregador.

E quanto à intimidade da vida privada do trabalhador? Estará este obrigado a informar o empregador? E se o empregador, no exercício do ónus de auto-informação que lhe compete, colocar questões sobre a vida privada do trabalhador, estará este obrigado a responder? Dedicar-nos-emos a esta problemática nos pontos seguintes.

1.3. A reserva da intimidade a vida privada: conceito e evolução

Na sociedade atual, com o desenvolvimento da sociedade de informação em que vivemos, tornou-se delicada a tarefa de encontrar um equilíbrio entre o que é a intimidade e a publicidade de cada um. De facto, nos tempos atuais, verificamos cada

¹³¹ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., pp. 217 e ss.

¹³² JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 340.

¹³³ *Ibidem*, p. 218.

vez mais a existência de um forte ataque à intimidade de cada um. E dada sua relevância fundamental, qualquer diminuição da mesma, seja ou não na qualidade de trabalhador, revela-se preocupante.

O reconhecimento deste direito tem raízes históricas muito antigas, como a Bíblia, o Corão e as leis judaicas¹³⁴.

Na antiguidade clássica, apesar do enorme valor que era conferido à comunidade, foi ainda possível encontrar uma esfera pessoal de cada indivíduo. Alguns autores gregos e romanos, como foi o caso, por exemplo, de PLATÃO, ARISTÓTELES e SÉNECA, demonstraram preocupação na divisão entre o que é a vida em comunidade e o que faz parte da vida privada de cada um¹³⁵.

Na época pré-moderna encontramos o contributo do autor SANTO AGOSTINHO que desenvolveu ideias que estão na base de muitas das nossas liberdades e do próprio direito à privacidade. Na sua obra *Confessiones* fez referência à *doutrina da inferioridade* onde demonstrou a importância da consciência do ser e do direito que assiste a cada um à solidão e à liberdade do indivíduo perante o público¹³⁶. No século XIII, SÃO TOMÁS DE AQUINO escreve sobre os “bens intrínsecos à pessoa humana” e refere como exemplos a integridade corporal e a privacidade.

Na Idade Média, na esteira de LUIZ MIGUEL¹³⁷ alcançou-se “a feliz conjugação entre a técnica do Direito romano e do Direito comum, o zelo germânico pela liberdade e a ideia cristã, desconhecida na civilização greco-romano, da dignidade da pessoa”, com a qual se ligará a ideia de privacidade.

Na Idade Moderna encontramos primeiro um processo de contra-reforma que produziu a separação do poder político e posteriormente o reconhecimento normativo da inviolabilidade do domicílio e do segredo das comunicações¹³⁸.

Com o Renascimento, é de salientar o papel fundamental de alguns filósofos ingleses, como JOHN LOCKE, JOHN STUART MILL e THOMAS HOBBS no

¹³⁴ TERESA 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 trabalhador*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 110.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 111.

¹³⁷ CARLOS RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Universidad Complutense de Madrid, Tecnos, 1992, *apud* TERESA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores*, *op. cit.*, p. 112.

¹³⁸ TERESA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores*, *op. cit.*, p. 112.

desenvolvimento deste conceito, sendo que todos eles conferiram ao Homem uma esfera de privacidade onde ele é sobrano¹³⁹.

A origem do direito à reserva da intimidade da vida privada é reconduzida ao Estado Liberal, com a ascensão da burguesia, sendo este conceito um aspeto do *status* social daquela classe. Naquela época, a intimidade da vida privada identificava-se com a intromissão física na propriedade de cada pessoa: *privacy-property*. A mudança desta conceção verificou-se no século XIX, passando o fundamento deste direito à reserva da intimidade da vida privada a ser a dignidade da pessoa humana: *privacy-personality*, enquanto direito básico e essencial de cada indivíduo. Tal mudança deveu-se essencialmente ao desenvolvimento das sociedades industriais, em que o progresso das ciências e da técnica fez gerar grandes ameaças à vida privada dos indivíduos¹⁴⁰.

A primeira referência conhecida ao conceito de *privacy*, ou seja, a primeira formulação doutrinal deste direito enquanto direito autónomo ocorreu em 15 de Dezembro 1890, num artigo na *Harvard Law Review*, da autoria de SAMUEL D. WARREN e LOUIS D. BRANDEIS, intitulado de *The Right to Privacy*¹⁴¹. Contudo, mesmo antes deste estudo, já tinha existido uma referência à *privacy*, em 1880, quando um juiz, THOMAS COOLEY, utilizou uma expressão empregada posteriormente por WARREN e BRANDEIS e que foi “*The right to be get alone*”, ou seja, “o direito a estar só ou a ser deixado só”¹⁴². Embora o direito à reserva da intimidade da vida privada já tivesse sido reconhecido anteriormente, foi através destes autores que esta conceção teve reconhecimento, primeiro no *common law*, e depois na generalidade dos países europeus. O estudo destes autores preocupou-se particularmente em estabelecer um limite jurídico às intromissões da imprensa na vida privada.

O *right to privacy* surge depois na jurisprudência norte-americana, em 1893, quando um estudante de Direito intentou uma ação contra um jornal que terá publicado uma fotografia sua sem o seu consentimento. O Tribunal decidiu que o autor era titular de um direito à imagem e de um direito a ser deixado em paz (*right to be let alone*)¹⁴³.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 63 e 64.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho*, ROA, 64, 2004, pp. 373 e 374.

¹⁴² TERESA COELHO MOREIRA, *A privacidade dos trabalhadores*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 375.

Na Europa, a noção de *privacy* surgiu mais tarde, já após o final da II Guerra Mundial, com o desenvolvimento das telecomunicações. E segue uma linha de proteção que não tem a mesma extensão do *right of privacy*. O direito à reserva da intimidade da vida privada surge na nossa ordem jurídica não como um direito ao isolamento absoluto do indivíduo, mas com vista à proteção da dignidade da pessoa humana, surgindo assim com uma forte dimensão ética¹⁴⁴. Nas palavras de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS¹⁴⁵ “a dignidade da pessoa exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possam estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros, sejam eles simplesmente vizinhos, ou sejam autoridades públicas ou os meios de comunicação social, ou sejam quaisquer outras pessoas”.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁴⁶ entendem que o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar se analisa essencialmente em dois direitos menores: i) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e ii) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outra pessoa (art. 80.º do CC). De acordo com estes autores, o âmbito normativo deste direito fundamental deve delimitar-se com base num conceito de vida privada que tenha em conta a referência civilizacional em três aspetos: o respeito dos comportamentos, o respeito do anonimato e o respeito da vida em relação.

A doutrina portuguesa utiliza, para delimitação do conteúdo do direito à reserva da intimidade da vida privada, a *teoria da das três esferas concêntricas*. De acordo com esta teoria, haverá que distinguir, no direito à intimidade da vida privada entre: i) *uma esfera íntima ou secreta*, que abrange a vida familiar, a saúde, os comportamentos sexuais e as convicções religiosas, cuja proteção é, em regra, absoluta; ii) *uma esfera privada*, que compreende os aspetos cujo conhecimento o respetivo titular tem interesse em guardar para si, como os aspetos atinentes à sua vida profissional, hábitos de vida, etc., cuja proteção é relativa, podendo ceder em caso de conflito com direitos e interesses superiores; iii) *uma esfera pública*, relativa às situações que são objeto de

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 377.

¹⁴⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 79.

¹⁴⁶ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 467 e 468.

conhecimento público e que, por isso, podem ser livremente conhecidas e divulgadas¹⁴⁷. Contudo, alguns autores, como é o caso de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS¹⁴⁸, tecem algumas críticas a esta teoria. Segundo o autor, entre aquilo que é íntimo e aquilo que é público existe uma escala progressiva e gradual, que não se subsume apenas a três estratos. Considera que a subsunção dos diversos factos da vida àqueles três estratos é totalmente subjetiva e depende do caso concreto. Concordamos com o autor quando menciona que “não se deve, pois, concluir que isto é íntimo, aquilo é privado e o resto é público; mas antes que isto é mais íntimo ou mais privado que aquilo, e que esta pessoa nos é mais íntima do que aquela. Se fosse possível distinguir em estratos, eles teriam de ser inúmeros, tantos que a sua operacionalidade se frustraria. Em nossa opinião, a teoria dos três círculos é uma tentativa falhada que tem, todavia, o mérito de sugerir a polaridade”¹⁴⁹. Para PAULO MOTA PINTO¹⁵⁰, a divisão fundamental reside na distinção entre informação sobre a vida privada e sobre a vida pública das pessoas.

O direito à reserva da intimidade da vida privada goza de proteção, no nosso ordenamento jurídico, ao nível constitucional, civil, penal e laboral.

A Constituição da República Portuguesa consagra, no n.º1 do seu art. 26.º, que a todos é reconhecido um direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar, reconhecendo-o como um direito pessoal. O seu n.º2 prevê ainda que a lei deve estabelecer garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas ou contrárias à dignidade da pessoa humana, de informações relativas às pessoas e à família. Ora, como podemos verificar, este dispositivo legal não distingue entre informações relativas à vida íntima e informações relativas à vida privada, daqui se concluindo que ambas são merecedoras de proteção constitucional. Para além disso, a constituição parece proteger não só o acesso mas também a divulgação destas informações. Todavia, tal como expõe TERESA COELHO MOREIRA¹⁵¹, a CRP nada preceitua quanto ao conteúdo deste direito fundamental, apenas referindo outros direitos fundamentais que operam como garantias

¹⁴⁷ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho*, op. cit., p. 126; TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador* op. cit., p. 105; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 80.

¹⁴⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, op. cit., p. 80.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, *O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Coimbra, BFDUC, n.º 69, 1993, p. 525.

¹⁵¹ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador* op. cit., p. 104

deste. É o caso dos artigos 32.º n.º8 (nulidade de todas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada), 34.º (direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência), 35.º n.º3 (proibição do tratamento informático dos dados relativos à vida pessoal) e 268.º n.º2 (restrição em matéria de intimidade das pessoas, mais especificamente no âmbito do direito de acesso aos arquivos e registos administrativos).

No Código Civil, o direito à reserva da intimidade da vida privada vem regulado no art. 80.º, preceito este inserido na secção relativa aos direitos de personalidade. Prevê o mesmo que “todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”. Os direitos de personalidade, enquanto direitos privados, essenciais, gerais, absolutos, pessoais, intransmissíveis, indisponíveis, inalienáveis e irrenunciáveis podem todavia ser limitados, desde que essa limitação seja efetuada com o consentimento do lesado e conforme os princípios da ordem pública (art. 81.º do CC). Atente-se contudo que esse consentimento deverá ser esclarecido, expresso e sempre revogável pelo titular do direito de personalidade limitado. Ora, tal é o que se passa também com o direito à reserva da intimidade da vida privada. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é um direito *especial* de personalidade, previsto no já referido art. 80º do CC, ligado muitas vezes a outros direitos de personalidade, como o “direito à imagem” ou o “direito à honra”¹⁵². Reiterando TERESA COELHO MOREIRA¹⁵³, na medida em que o art. 80.º “não fornece um conceito de vida privada, cabe à doutrina e à jurisprudência fazê-lo, colocando essencialmente três questões: em primeiro lugar, há que aferir o que deve ser entendido por vida privada, demarcando-a do conceito de vida pública; em segundo lugar, há que avaliar se o que fica abrangido pela intimidade da reserva da vida privada é o mesmo que a vida privada já que o termo utilizado é aquele e não só vida privada, impondo-se ver se é toda a vida privada ou só parte desta, podendo traçar-se uma linha divisória entre a esfera privada e familiar que goza de reserva de intimidade e aquela que está mais aberta à publicidade e intromissão alheias; por último, há que apurar se o direito à vida privada condena apenas a divulgação de informação sobre a vida privada e familiar ou se abrange também o acesso de estranhos a informações sobre esta”.

Relativamente à primeira questão, consideramos que faz parte da vida privada de uma pessoa a sua identidade, os seus dados pessoais, o estado de saúde, vida conjugal,

¹⁵² *Ibidem*, p. 132.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 133.

amorosa, afetiva (independentemente do local onde os factos aconteçam, que podem ser públicos), o património, as comunicações, o património genético, entre outros¹⁵⁴.

No que concerne à segunda questão, apesar de o art. 80.º não se referir à vida privada, mas sim à intimidade da vida privada, isso não significa que a vida privada não seja protegida pela norma em questão. Nas palavras de PAULO MOTA PINTO¹⁵⁵, “renovemos, pois, a questão: que sentido devemos atribuir à palavra “intimidade”? O único sentido útil e mais ou menos preciso que pudemos dar, face ao modo aparentemente restritivo como tentamos delimitar a vida privada, foi o de excluir aspectos como a vida profissional, ou o chamado “segredo dos negócios” (“secret des affaires”) – aspectos esses que, mesmo quando fizessem parte da vida privada, dificilmente poderiam ser considerados “íntimos””. Precisemos agora o que deve entender-se por reserva sobre a intimidade da vida privada. Em primeiro lugar, torna-se necessário referir a irrelevância da distinção entre factos verdadeiros ou falsos¹⁵⁶. Assim, a reserva estende-se tanto a factos verdadeiros como falsos, sendo inadmissível o princípio da *exceptio veritatis*. Isto porque o que está aqui em questão é, na verdade, a proteção, não da honra, mas da privacidade, pelo que se tutela aqui mesmo o segredo da desonra¹⁵⁷. Por outro lado, é preciso ter em consideração que o círculo de reserva da vida privada não é uniforme e não segue padrões absolutos, uma vez que o n.º2 do art. 80.º do CC dispõe que a extensão da reserva é definida consoante a natureza do caso e concreto e a condição das pessoas¹⁵⁸. Concordamos com TERESA COELHO MOREIRA¹⁵⁹ quando refere que a reserva da intimidade da vida privada se reduz para certas pessoas. Estas, apesar de continuarem a ter direito a ver incluídos no conceito de vida privada a sua vida afetiva, férias, etc., não podem invocar este direito da mesma forma. É o caso das celebridades.

No que à terceira e última questão diz respeito, julgamos que o art. 80.º do CC veda a divulgação mas também o acesso às informações relativas a aspetos da vida

¹⁵⁴ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador op. cit.*, p. 134 e PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, *O Direito à reserva, op. cit.*, pp. 527 e ss.

¹⁵⁵ PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, *O Direito à reserva, op. cit.*, p. 531.

¹⁵⁶ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador op. cit.*, p. 137 e PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, *O Direito à reserva, op. cit.*, pp. 532 e ss.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador op. cit.*, p. 137.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

privada. Assim, proíbe-se quer invasão de alguém no domínio particular de outrem, quer a exposição pública das informações obtidas. É também este o sentido que devemos retirar das palavras “obtenção” e “utilização abusivas” do n.º 2 do art.º 26 da CRP.

Este direito, tal como já anteriormente mencionamos, é também tutelado ao nível penal, no capítulo VII do Livro II do Código Penal, sob a epígrafe “Dos crimes contra a reserva da vida privada”.

Finalmente, para o que realmente nos preocupa e como veremos *infra*, este direito é protegido ao nível da legislação laboral, tratando especificamente do direito à reserva da vida privada nos seus arts. 16.º e ss., sobre os quais nos iremos debruçar de seguida.

1.4. A sua eficácia enquanto direito fundamental

Tal como já anteriormente concluímos, o direito à reserva da intimidade da vida privada é um direito consagrado simultaneamente como direito fundamental (art. 26.º da CRP) e como direito de personalidade (art. 80.º do CC). É um direito de todos os cidadãos, quer se enquadrem ou não na categoria de trabalhadores. Por isso, o trabalhador goza deste direito também quando desempenha a sua atividade profissional. O reconhecimento deste direito e a possibilidade da sua invocação pelo trabalhador perante o empregador remete-nos para a questão da eficácia civil dos direitos fundamentais^{160 161}. Nas palavras de DAVID DE OLIVEIRA FESTAS¹⁶² “a aplicabilidade directa dos direitos fundamentais nas relações entre particulares só se justifica quando uma determinada pessoa (colectiva ou singular) tenha sobre a outra um “poder especial de carácter privado”. É precisamente o que sucede na relação laboral, justificando-se assim, nesse quadro, uma aplicabilidade directa do direito fundamental à reserva da vida privada e familiar do trabalhador”.

¹⁶⁰ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva*, op. cit., p. 381.

¹⁶¹ Para mais desenvolvimentos sobre a problemática da eficácia civil dos direitos fundamentais, vide, entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, T. IV - *Direitos Fundamentais*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 319 e ss.

¹⁶² DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva*, op. cit., p. 383.

Façamos alguns apontamentos relativamente a esta problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Esta questão surgiu essencialmente no Estado Social de Direito, onde se acolheu a ideia de que, para além do dever de respeitar os direitos fundamentais (ideia já presente na época do Estado Liberal), os poderes públicos devem também fazer respeitá-los. Esta ideia adveio da consciencialização de que grande parte das ameaças e consequentes danos causados aos Direitos Fundamentais dos indivíduos surgem da própria sociedade e não do Estado. A eficácia dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares pressupõe uma conceção dos direitos fundamentais incompatível com a tese liberal, que via estes direitos unicamente como direitos subjetivos de defesa perante o Estado, e, consequentemente, os considerava relevantes apenas nas relações que se estabeleciam entre o Estado e os particulares¹⁶³. Nas palavras de TERESA COELHO MOREIRA¹⁶⁴ “deve salientar-se a necessidade de protecção dos particulares não apenas perante o Estado, mas, também, através do Estado, ou seja, perante particulares que se encontram numa posição de poderem exercer verdadeiros poderes”. Neste contexto surgiu a teoria da *Drittwirkung*, elaborada pela doutrina alemã, segundo a qual os direitos fundamentais afetam não só as relações de subordinação estabelecidas entre o Estado e os cidadãos, mas também as relações de coordenação surgidas entre particulares. A propósito da vinculação das entidades privadas emergiram duas teses: uma que defende a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados, e outra que defende a sua aplicabilidade mediata (a sua aplicação depende do recurso a normas de direito privado que os concretizem).

A primeira, denominada de *unmittelbare Drittwirkung*, foi enunciada por LEISNER e NIPPERDEY e, para ela, os particulares devem respeitar os direitos fundamentais de forma direta, sem necessidade de intervenção legislativa¹⁶⁵. O fundamento desta tese está diretamente relacionado com o facto de a necessidade de protecção dos direitos fundamentais se ter sentido não só relativamente ao Estado, mas também contra os grupos sociais privados, portadores de grande poder social e económico¹⁶⁶. Esta teoria teve como principais críticas o facto de consubstanciar uma

¹⁶³ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, op. cit.*, p. 384.

¹⁶⁴ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador op. cit.*, p. 48.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 49.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 50.

eventual ameaça à liberdade contratual e à autonomia privada. A partir daí surgiu a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, denominada de *mittelbare Drittwirkung*, segundo a qual o Estado tem o dever de proteger todas as relações que se estabelecem na ordem jurídica, incluindo as relações que se estabelecem entre entidades privadas. Contudo, esta proteção deve ser sempre intermediada por regras e princípios de direito privado, ou seja, os direitos, liberdades e garantias vinculam em primeiro lugar o legislador que, por sua vez, harmoniza as relações entre particulares através de normas e princípios jurídicos. No entendimento de TERESA COELHO MOREIRA¹⁶⁷, as diferenças práticas entre as duas teses não se afiguram relevantes, reduzindo-se praticamente ao facto de a tese da eficácia mediata poder conduzir a uma interpretação mais restritiva dos direitos fundamentais. De facto, ambas as teorias aceitam a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares, diferindo apenas na resposta à questão de saber como se processa e até que ponto vai a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, uma vez no direito privado há que ter em consideração a existência de outros princípios, como sejam a liberdade negocial, a boa fé, etc¹⁶⁸.

No ordenamento jurídico Português, a questão da eficácia dos direitos fundamentais vem prevista no art. 18.º da CRP, segundo o qual “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas”. Este preceito que aparentemente parece ser tão claro e abrangente, acaba por não ser suficiente para resolver o problema, na medida em que não esclarece os termos em que se processa essa vinculação, ou seja, se a vinculação das entidades privadas é idêntica à que se processa para as entidades públicas ou se, pelo contrário, necessita da intervenção do legislador ordinário¹⁶⁹.

Importa então esclarecer se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é uma eficácia imediata ou mediata, ou seja, se a vinculação das entidades privadas decorre de forma direta, ou se se afirma apenas através da lei. Como referimos, o texto da constituição não faz qualquer referência à forma como é feita essa

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 52.

¹⁶⁸ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Lisboa, AAFDL, 1990, pp. 94 e ss.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 54.

vinculação. Alguns autores, como GOMES CANOTILHO¹⁷⁰, VITAL MOREIRA¹⁷¹ e JOSÉ JOÃO ABRANTES¹⁷² defendem a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Nas palavras de GOMES CANOTILHO¹⁷³, “o texto da constituição (...) parece não pode deixar de ler-se no sentido de que os *direitos fundamentais previstos neste artigo têm uma eficácia imediata perante as entidades privadas*. Aplicam-se também às relações entre particulares e, em princípio, nos mesmos termos em que se aplicam às relações entre os particulares e o Estado”. Acrescenta ainda que “do que não há dúvida, porém, é que a Constituição Portuguesa faz aplicar expressamente os direitos fundamentais às relações entre entidades privadas, sem qualquer restrição ou limitação”.

JOSÉ JOÃO ABRANTES¹⁷⁴ considera que os direitos fundamentais não podem pura e simplesmente ser objeto de uma transposição automática para o domínio do direito privado. No seu entendimento, os direitos fundamentais devem ser harmonizados com os valores próprios deste ramo do direito, como sejam a autonomia privada e a liberdade contratual. A título de exemplo refere que a doação, o testamento, a liberdade de contratar ou não contratar são atos em que não faz sentido que os direitos fundamentais possam de alguma forma restringir essa esfera privada de liberdade de atuação. Assim, só casuisticamente é que se poderá averiguar se existe algum direito fundamental que vincule os comportamentos privados e se os interesses em causa justificam ou não a limitação da autonomia privada. Em caso afirmativo haverá que recorrer às regras sobre conflitos de direitos. Serão de admitir as restrições aos direitos fundamentais quando exista um interesse justificado pelo princípio da proporcionalidade. Entende que há que distinguir consoante a situação ocorra entre sujeitos jurídicos ao menos tendencialmente iguais, ou quando as relações privadas se processam entre sujeitos desiguais (relação poder-sujeição). No primeiro caso, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais determina apenas a “intangibilidade do seu conteúdo essencial”. No segundo caso, os direitos fundamentais deverão aplicar-se com a mesma legitimidade e nos mesmos termos em que se aplicam as relações entre o indivíduo o Estado. Porque as razões são

¹⁷⁰ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 385 e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1287 e 1288.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas*, op. cit., pp. 94 e ss.

¹⁷³ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 386.

¹⁷⁴ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas*, op. cit., pp. 100 e ss.

as mesmas, esses direitos devem poder ser invocados de forma igual contra o Estado e contra as entidades privadas dotadas de poder.

Em sentido oposto, defendendo a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, encontramos autores como FRANCISCO LUCAS PIRES¹⁷⁵ e MENEZES CORDEIRO¹⁷⁶. Estes autores têm entendido que os direitos fundamentais apenas se devem aplicar de forma mediata, em nome da liberdade negocial e da autonomia privada. Nos exemplos dados por MENEZES CORDEIRO¹⁷⁷ uma pessoa não poderia prejudicar ou beneficiar num testamento as beneficiárias femininas por contundir contra a não discriminação das pessoas em razão do sexo, ou poderia eximir-se ao acatamento de certos deveres em nome da liberdade de consciência. Nas suas palavras, “parece evidente – perante a nossa cultura – que o Estado deve tratar todas as pessoas *de modo igual*. Mas um particular não está nas mesmas condições: ele poderá, arbitrariamente, escolher contratar com uma ou outra pessoa, sem justificações nem preocupações igualitárias, salvo particulares limites impostos no caso concreto pela boa fé ou pelos bons costumes”¹⁷⁸.

FRANCISCO LUCAS PIRES¹⁷⁹, ao referir-se à validade direta e imediata dos direitos fundamentais, demonstra que esta solução pode ser causa de uma rigidez na vida social, comprimindo a liberdade social quando a ideia que preside a esta eficácia dos direitos fundamentais é precisamente a de a dilatar.

Um terceiro grupo de autores, como sejam HEINRICH HÖRSTER¹⁸⁰, JOÃO CAUPERS¹⁸¹, JORGE MIRANDA¹⁸², VASCO PEREIRA DA SILVA¹⁸³ e VIEIRA DE ANDRADE¹⁸⁴, admitem a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, mas de forma atenuada.

¹⁷⁵ FRANCISCO LUCAS PIRES, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, 1975, pp. 89 e 90.

¹⁷⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A liberdade de expressão do trabalhador*, in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 31 e ss.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 36.

¹⁷⁹ FRANCISCO LUCAS PIRES, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, Imprensa de Coimbra, 1975, pp. 89 e 90.

¹⁸⁰ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 94 e ss.

¹⁸¹ JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 167 e ss.

¹⁸² JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 331 e ss.

¹⁸³ VASCO PEREIRA DA SILVA, *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, RDES, Ano XIX, n.º2, 1987, pp. 259 e ss.

¹⁸⁴ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 239 e ss.

Recorrem à distinção entre relações entre privados que se encontram em situação de igualdade e relações entre privados quando uma das partes se encontra numa posição de supremacia relativamente à outra¹⁸⁵. No entender destes autores é preciso diferenciar. Explica HEINRICH HÖRSTER¹⁸⁶ que “os direitos vinculam as entidades *públicas*, estaduais, regularmente de uma maneira *geral*, enquanto vinculam as entidades *privadas* apenas de uma maneira *especial*, ou seja, quando elas estão numa situação de poder, ameaçadora de liberdade e igualdade jurídica”¹⁸⁷. Convém salientar que, neste último caso, o que está em causa são situações em que os sujeitos não dispõem de igual liberdade quanto à celebração do negócio ou não detém iguais possibilidades quanto à estipulação das cláusulas negociais ou quanto à exigência do seu cumprimento. Tal sucede, por exemplo, quando uma das partes tem completa necessidade de outorgar como condição de sobrevivência, o que acontece geralmente nos contratos de trabalho¹⁸⁸. A respeito das relações de trabalho, bem salienta JOÃO CAUPERS¹⁸⁹ que, “em princípio não há igualdade material entre os outorgantes de um contrato individual de trabalho, encontrando-se o trabalhador, pela dependência económica relativamente ao trabalho, em situação desvantajosa. Esta situação impõe a *vinculação das entidades patronais* às normas que reconhecem direitos, liberdades e garantias de direitos de natureza análoga dos trabalhadores e, em geral, os direitos, liberdades e garantias de todos os cidadãos”. Este é um dos casos em que a liberdade do indivíduo é ameaçada. De facto, e acompanhando o dizer de HEINRICH HÖRSTER¹⁹⁰, a liberdade do indivíduo não é apenas ameaçada pelo poder do Estado, mas também por diversas forças sociais, grupos de interesses e entidades economicamente potentes, organizados com base no direito privado. Estas ameaças podem até ser mais fortes do que as ameaças providas da esfera estatal. E, nestes casos, na medida em que estamos perante relações de poder, justifica-se a proteção dos direitos fundamentais dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade. Trata-se de assegurar uma proteção mais intensa aos particulares vulneráveis nas relações com privados poderosos, mas sem deixar de ter em consideração que esses privados poderosos também são titulares de direitos

¹⁸⁵ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador op. cit.*, p. 56.

¹⁸⁶ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, pp. 94 e ss.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores, op. cit.*, p. 172.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 173 e 174.

¹⁹⁰ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte Geral do Código Civil Português, op. cit.*, p. 95.

fundamentais, embora na maioria dos casos se trate de pessoas coletivas, e, como tal, apenas gozam desses direitos parcialmente e por analogia¹⁹¹.

Após uma breve referência às diferentes posições que encontramos na doutrina quanto a esta matéria, resta-nos deixar a nossa opinião. Tendemos a concordar com este último grupo de autores. Entendemos que a aplicação dos direitos fundamentais será imediata quando estejam em causa relações entre particulares nas situações em que as pessoas coletivas (e, em alguns casos pessoas singulares) disponham de um *poder especial* sobre outros indivíduos. Mas, mesmo nestes casos, uma vez que as situações de poder social são muitas e diferenciadas, a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias também deve variar conforme o tipo de situação em concreto. Desta forma, não deve ser tratada da mesma forma a relação de poder que existe entre um pai e um filho e a relação entre um empregador e um empregado. Assim, entendemos que este critério do “poder social” deve ser aferido em concreto, graduando a eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações privadas. Fora destas hipóteses, ou seja, nas relações entre particulares que se encontram numa posição de igualdade, os preceitos constitucionais continuam, obviamente, a ser aplicados, desde logo através da proteção civil e penal contra a violação de direitos¹⁹².

1.5. O direito à reserva da intimidade da vida privada no âmbito da situação jurídica laboral

Tendo em consideração o envolvimento integral da personalidade do trabalhador no vínculo laboral, devido particularmente ao facto de este permanecer grande parte do seu dia no local de trabalho e devido à falta de separação quase inevitável entre a pessoa do trabalhador e a atividade laboral, surge a necessidade de proteção *jus-laboral* específica¹⁹³. Estamos basicamente perante um problema de colisão de direitos. Por um lado, o direito fundamental do trabalhador à reserva da intimidade da sua vida privada, conjugado com a sua eficácia civil no quadro laboral. Por outro lado, o direito da entidade empregadora à livre iniciativa económica privada e à liberdade de empresa. A

¹⁹¹ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, op. cit. pp. 245 e ss.

¹⁹² TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador* op. cit., p. 56.

¹⁹³ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva*, op. cit., p. 384.

questão que se coloca é se o direito fundamental do trabalhador deverá ou não ceder face ao direito da entidade empregadora e em que circunstâncias tal poderá acontecer.

O Código do Trabalho trata especificamente da reserva da intimidade da vida privada no âmbito do contrato de trabalho no seu art. 16.º. Esta disposição legal prevê que tanto o empregador como o trabalhador têm o dever de respeitar os direitos de personalidade de cada um. Ora, como podemos verificar, o objeto desta disposição é mais vasto do que a reserva da intimidade da vida privada. Aliás, aparentemente, ela parece mesmo consagrar uma tutela geral da personalidade¹⁹⁴. Como explica DAVID DE OLIVEIRA FESTAS¹⁹⁵, “essa referência genérica à personalidade do empregador e do trabalhador encontra-se sistematicamente desenquadrada do art 16.º do CT que, segundo a sua epígrafe, se dedica a um direito especial de personalidade – o direito à reserva da intimidade da vida privada”. Todavia, cumpre salientar que não se consagra neste n.º1 do art. 16.º uma tutela geral da personalidade, pelo que quando esteja em causa a ofensa a um direito de personalidade que não se encontre especialmente previsto no CT, torna-se necessário recorrer ao art. 70.º do CC para tutelar a posição do trabalhador.

Outro aspeto a considerar e em que, a nosso ver, o legislador laboral também não andou bem, diz respeito, em primeiro lugar, ao facto de no n.º1 do art 16.º apenas se fazer referência à necessidade de o empregador *respeitar* os direitos de personalidade do trabalhador, impondo desta forma uma obrigação de *non-facere*, não estando prevista a obrigação do empregador *garantir* o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, enquanto obrigação de *facere*. Além disso, ao prever o dever de respeito pelos direitos de personalidade de uma parte relativamente à outra, o legislador parece ignorar que este direito do trabalhador poderá ser objeto de ofensas não só pelo empregador mas também por outros trabalhadores e até terceiros. Ora, tendo em conta que nos encontramos no âmbito de uma relação laboral, não pode existir um tratamento paritário entre empregador e trabalhador em matéria de direitos de personalidade, pelo que, embora ao trabalhador possa caber apenas um dever de respeito quanto aos direitos de personalidade do empregador, à entidade empregadora, por sua vez, deverá caber algo mais do que isso, incumbindo-lhe também um dever de proteção contra ofensas de terceiros.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 395.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

O n.º2 do art. 16.º do CT¹⁹⁶ vem completar a proteção dada a este direito, consagrando uma proteção sobre o acesso e sobre a divulgação dos aspetos relacionados com a reserva da intimidade da vida privada. Assim, mesmo que de forma espontânea e voluntária o trabalhador permita ao empregador o acesso a determinadas informações da sua intimidade, deverá ser considerada ilícita a divulgação não autorizada das mesmas¹⁹⁷. Com isto concluímos que o sistema de proteção do CT assenta na coexistência de uma previsão geral de reserva da intimidade da vida privada com várias disposições relativas a manifestações especiais deste direito, tratadas, especialmente, nos artigos 17.º a 22.º¹⁹⁸.

1.6. Indagações sobre a vida privada em geral

É unânime na doutrina que, na fase de acesso ao emprego, o trabalhador se encontra mais débil, sobretudo em climas de desemprego generalizado, como aliás sucede atualmente. O candidato ao emprego, devido à fragilidade económica em que por diversas vezes se encontra, disponibiliza-se a prestar todas as informações que lhe são pedidas, mesmo que tal compreenda a violação dos seus direitos fundamentais, como frequentemente acontece relativamente à reserva da sua vida privada. Secundando o que defende TERESA COELHO MOREIRA¹⁹⁹, “este, com receio de ser excluído do processo de selecção, disponibilizar-se-á para mencionar dados e factos da sua vida pessoal, operando uma limitação voluntária de um direito de personalidade, nos termos do art. 81.º, n.º2, e, por isso, livremente revogável, que excede muitas vezes o razoável e necessário para o conhecimento da sua aptidão para o posto de trabalho em causa”. Isto sucede porque para o empregador é conveniente que o trabalhador o informe sobre todas os aspetos que se mostrem relevantes para a formação da sua vontade contratual. De facto, o empregador tem interesse em conhecer todas as informações possíveis, de forma avaliar se aquela contratação lhe será ou não vantajosa. Contudo, o que está em causa no dever de informação do trabalhador são apenas os aspetos relevantes para a

¹⁹⁶ Atente-se que este n.º2 do art. 16.º do CT é meramente exemplificativo, existindo outros aspetos que abrangem a intimidade da vida privada do trabalhador não previstos neste dispositivo legal.

¹⁹⁷ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva*, op. cit., p. 402.

¹⁹⁸ Alguns destes aspetos específicos serão tratados *infra* com maior extensão e cuidado.

¹⁹⁹ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador* op. cit., p. 148.

prestação da atividade laboral, conforme conta do n.º2 do artigo 106.º do CT, e não todos os aspetos relevantes para a decisão de contratar²⁰⁰. A possibilidade de essas informações constituírem objeto de um dever de informar está liminarmente afastada pelo n.º2 do art. 106.º do CT. Mas o que se entende por “*aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral*”? Encontram-se na doutrina diferentes critérios que visam determinar a relevância das informações para a prestação laboral, que acentuam: 1) a conexão objetiva com a atividade em causa²⁰¹; 2) a relação objetiva com o trabalho a prestar²⁰²; 3) a relação direta com o objeto negocial ou com as condições específicas do contrato²⁰³ e 4) os interesses do empregador, defendendo-se que apenas são relevantes as informações acerca das quais o empregador tenha um interesse justificado ou digno de proteção²⁰⁴.

Independentemente do critério adotado relativamente à relevância das informações, por todos eles é reconhecida a existência de limites ao dever de informação do trabalhador ao empregador. O seu âmbito restringe-se à exigibilidade da prestação de informações que sejam necessárias para aferir da capacidade física e psíquica do trabalhador para o desempenho de determinada tarefa²⁰⁵. Como muito bem salienta SARA COSTA APOSTOLIDES²⁰⁶, não basta uma ligação ou conexão meramente remota para que se possa falar de relevância para a prestação da atividade laboral. Todas as circunstâncias que se mostrem relevantes para a formação da vontade contratual, mas que apenas se connexionem com a prestação da atividade laboral de forma meramente remota, não podem constituir objeto de indagação por parte do empregador. Consideramos que o empregador apenas pode investigar e questionar o trabalhador acerca dos aspetos conexos com a capacidade profissional do candidato, ou seja, sobre aqueles elementos que lhe permitam ajuizar da capacidade, motivação e habilitações do

²⁰⁰ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., pp. 224 e ss.

²⁰¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 560.

²⁰² TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 152.

²⁰³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, op. cit., p. 775.

²⁰⁴ HERBERT WIEDEMANN, *Zur culpa in contrahendo beim abschluß des arbeitsvertrage*, AA.VV., FS für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, München, Beck, 1982, pp. 470 e 471 *apud* SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 227.

²⁰⁵ Neste sentido, JEAN-CLAUDE JAVILLIER, *Droit du Travail*, 7^{édition}, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 248, “toutes informations demandées au candidat, “sous quelque forme que ce soit”, ne sauraient avoir comme finalité “que d’apprécier sa capacité à occuper l’emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles”. Étant encore précisé que ces informations “doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l’emploi proposé ou avec l’évaluation des aptitudes professionnelles”.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 226

trabalhador para o desempenho das funções objeto do contrato de trabalho. Ficam-lhe vedadas indagações que tenham em vista a obtenção de informações relativas a aspetos pessoais que não sejam relevantes para a constituição ou desenvolvimento da relação de trabalho²⁰⁷.

Posto isto, façamos agora uma breve alusão aos artigos 16.º e 17.º do CT, que tratam especificamente desta matéria. Nos termos deste último preceito legal, o empregador não pode exigir ao candidato a emprego informações relativas à sua vida privada (al. a) do n.º1) ou relativas à sua saúde ou gravidez (al. b) do n.º1). Ora, parece que o legislador teve em vista com este normativo estabelecer uma regra para a ilegitimidade das questões que versem sobre esta matéria. Desta forma, a formulação de questões que, em violação destes preceitos legais, incidam sobre a vida privada, a saúde ou a gravidez do candidato ao emprego, importa a determinação dessas questões como ilegítimas, inexistindo um dever de resposta relativamente às mesmas. Por outras palavras, o empregador não pode colocar este tipo de questões, mas, se o fizer, o candidato tem direito ao silêncio. Acontece que, e como muito bem alerta JOÃO LEAL AMADO²⁰⁸ “só por uma indesculpável ingenuidade se ignorará que o silêncio, nestes casos, comprometerá irremediavelmente as hipóteses de emprego do candidato. O empregador pergunta, o candidato cala, o emprego esfuma-se...”.

A esta regra geral de ilegitimidade das perguntas, logo o legislador traçou alguns desvios, concluindo-se assim pela presença de um princípio que não é absoluto uma vez que admite ser limitado. O primeiro desvio que cumpre referir é que o trabalhador, caso assim entenda, pode divulgar espontaneamente informações sobre a sua vida privada, saúde ou gravidez. Portanto, mesmo nos casos em que seja proibida a recolha desses dados, nada impede o trabalhador de os fornecer voluntariamente, uma vez que a lei admite a limitação voluntária dos direitos de personalidade, ainda que revogável a todo o tempo, conforme consta do n.º2 do art. 81.º do CC²⁰⁹. O n.º3 do art. 17.º vem, por isso, permitir ao trabalhador ou ao candidato a emprego controlar os dados pessoais que forneceu ao empregador, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se

²⁰⁷ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 152 e PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, op. cit., p. 47.

²⁰⁸ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 179.

²⁰⁹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código do Trabalho Anotado*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 38 e 39 e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho*, AA.VV., *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 127 e 128.

destinem e inclusivamente exigir a sua atualização e retificação. Contudo, é preciso reforçar que esta prestação de informação, na esteira do que nota SARA COSTA APOSTOLIDES²¹⁰, deve resultar de uma *espontaneidade efetiva*, ou seja, não deve nascer da sequência de questões colocadas pela entidade empregadora. Isto porque, a resposta a questões previamente formuladas dificilmente será totalmente livre e espontânea, atendendo à dependência económica e psicológica em que se encontra o candidato a um posto de trabalho. Relativamente aos dois últimos desvios que nos propomos aqui enunciar, exige-se o preenchimento cumulativo de alguns requisitos, respetivamente de natureza substantiva, formal e procedimental. No que diz respeito à alínea a) do n.º1, o empregador apenas pode exigir ao trabalhador informações acerca da sua *vida privada* quando estas sejam estritamente necessárias para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho, impondo-se-lhe, no entanto, um ónus de natureza formal, que é a necessidade de fornecer ao trabalhador, por escrito, o fundamento invocado para tal exigência²¹¹. No caso da alínea b) do n.º1, quando se trate de questões que digam respeito à saúde ou estado de gravidez (estamos agora perante a *esfera íntima* do candidato) os requisitos são mais rigorosos, impondo-se para além da fundamentação escrita, que particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem²¹². Apenas em casos muito excecionais, relacionados com o tipo de atividade, como seja o serviço de radiologista no caso da trabalhadora grávida, poderão ser exigidas ao trabalhador este tipo de informações. Nestes casos, para além do ónus de natureza formal (fundamentação escrita) exige-se ainda um ónus de natureza procedimental: o acesso às informações não pode ser levado a efeito diretamente pelo empregador, exigindo-se a intermediação de um médico que apenas comunica ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade. Sem o preenchimento cumulativo de tais requisitos, o candidato a emprego pode, tal como já referimos, recusar-se legitimamente a responder às indagações feitas, nos termos da al e) do n.º1 do art. 128.^{o213}. A diferença de regime entre as alíneas a) e b) do n.º1 do art. 17.º foi inspirada na denominada e já referenciada *teoria das três esferas*

²¹⁰ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., pp. 232 e ss.

²¹¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., p. 156.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*.

*concêntricas*²¹⁴. A alínea a) da referida norma alude aos aspetos relativos à *esfera privada* do trabalhador ou candidato a emprego, cuja proteção pode ceder nos casos em que seja estritamente necessário para avaliar a aptidão no que respeita à execução do contrato. Por seu turno, a alínea b) compreende as questões atinentes à *esfera íntima*, prevendo por isso uma maior proteção ao exigir que particulares exigências inerentes à atividade profissional justifiquem a fornecimento das informações.

Problema que se coloca nesta sede diz respeito à utilização dos conceitos indeterminados “*aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho*” e “*particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional*”. Relativamente à fórmula legal utilizada na al. a) do n.º1 do art. 17.º, entendemos que estão aqui em causa os factos que respeitam à capacidade técnica para executar aquela atividade e também os factos que permitem avaliar de uma melhor competência do trabalhador e, por via disso, fundamentar a escolha de um determinado candidato e não de outro²¹⁵. Como podemos verificar, a norma deixa espaço para valorações subjetivas do empregador acerca da aptidão ou melhor aptidão para o exercício da atividade²¹⁶. Todavia, note-se que essas informações a exigir pelo empregador hão-de ser necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão. Não poderão portanto essas valorações subjetivas do empregador apresentar uma mera conexão remota com a atividade a desenvolver. Na verdade, o que está aqui em causa não é uma conexão objetiva com a atividade a desenvolver mas sim com o contrato de trabalho. E esta referência pode mostrar-se desfavorável na medida em que na execução de um contrato de trabalho está em causa algo mais do que simples prestação da atividade. Tomemos o exemplo dado por SARA COSTA APOSTOLIDES²¹⁷: os factos que permitem apurar se um candidato tem personalidade submissa podem ser relevantes para apurar a aptidão do trabalhador para a execução do contrato de trabalho, na medida em que o exercício do poder diretivo está mais facilitado neste caso. Contudo, o empregador não pode solicitar ao trabalhador informações sobre aspetos da sua personalidade. É o que podemos retirar da conjugação desta norma com o n.º2 do art. 106.º do CT. Portanto, as informações sobre a vida privada do trabalhador, para além de serem relevantes para aferir a aptidão para a

²¹⁴ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva op. cit.*, p. 378, nota 10.

²¹⁵ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação, op. cit.*, p. 236.

²¹⁶ *Ibidem.*

²¹⁷ *Ibidem.*

execução do contrato de trabalho, têm ainda de se referir aos interesses legítimos do empregador. No caso enunciado o interesse do empregador não se afigura legítimo na medida em que o mesmo goza de outros mecanismos de proteção contra as desobediências dos seus trabalhadores, nomeadamente o poder disciplinar.

Passemos agora à análise da fórmula indeterminada utilizada na al b) do n.º1 do mesmo artigo. Ora, tal fórmula é empregue não só na al. b) do n.º1 do art. 17.º mas também no n.º1 do art. 19.º do CT. Este último preceito refere-se à “*proteção e segurança do trabalhador e de terceiros*” seguida da expressão “*particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional*”. Da análise da técnica legislativa utilizada podemos concluir que as particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional não se reconduzem necessariamente à proteção da segurança do trabalhador ou de terceiros ²¹⁸. No mesmo sentido pronunciou-se o Tribunal Constitucional ²¹⁹. O Presidente da República requereu a apreciação da constitucionalidade da atual al b) do n.º1 do art. 17.º do CT, fundamentando o seu pedido na violação do princípio da determinabilidade e do princípio da indispensabilidade do meio menos restritivo. Na argumentação apresentada, a indeterminabilidade resulta da utilização de conceitos tão vagos como as “particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional”, e a violação do princípio da indispensabilidade do meio menos restrito resulta da possibilidade de utilização, neste caso, de outros meios menos restritivos, como seja, por exemplo, o recurso à intervenção de um médico a quem se reservaria o conhecimento de tais dados e que só comunicaria ao empregador se o trabalhador ou candidato a emprego estava ou não apto a desempenhar a atividade, tal como, de resto, o Código do Trabalho dispõe no n.º3 do artigo 19.º. Ora, se relativamente a esta última questão o TC veio considerar que a omissão em causa violava o princípio da proporcionalidade (na modalidade de proibição do excesso), uma vez que havia uma forma menos invasiva da privacidade, que era a de estabelecer o controlo dessas informações por médico, e que deu origem ao atual n.º3 do art. 17.º do CT²²⁰, já relativamente à primeira questão o TC pronunciou-se pela não

²¹⁸ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva*, op. cit., p. 407.

²¹⁹ Ac. do TC n.º 306/03, proc. n.º 382/03, de 25 de Junho de 2003 – www.dgsi.pt

²²⁰ Pronunciou-se sobre esta opção legislativa LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho*, op. cit., p. 127, tendo referido que “trata-se, no entanto, de uma exigência claramente desnecessária, uma vez que se a exigência de intervenção do médico se compreende em relação aos testes e exames médicos, cujo resultado deve ser mantido na esfera do examinado e do médico, já não parece necessária em relação à simples recolha de informações”. Não

inconstitucionalidade da referida norma. Decidiu o Tribunal, e a nosso ver bem, que “a solução legal não é merecedora de censura de inconstitucionalidade, porquanto, para além da protecção da segurança ou da saúde do trabalhador ou de terceiros, podem existir outras exigências ligadas a especificidades da actividade (“particulares exigências”) que justifiquem que sejam pedidas informações sobre a sua saúde ou estado de gravidez, ao trabalhador ou ao candidato ao emprego: é o caso da determinação da aptidão – ou da melhor aptidão – destes para a realização das tarefas que lhes serão cometidas (as quais, mesmo independentemente da segurança do trabalhador ou de terceiros, podem exigir, por exemplo, particular acuidade visual, ou de outro sentido). Ora, é justamente esse o sentido do segmento normativo impugnado”. Desta feita, cumpre assim assinalar que as fórmulas “*protecção da segurança ou da saúde do trabalhador ou de terceiros*” e “*particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional*” ainda que possam ter âmbitos de aplicação parcialmente coincidentes não se afiguram equivalentes. Ainda que a protecção da segurança ou da saúde do trabalhador possa ser considerada uma particular exigência inerente à actividade profissional, as particulares exigências podem dizer respeito a situações em que não está em causa a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros. É o caso de se questionar uma perfumista sobre a sua qualidade olfativa²²¹.

1.7 Indagações sobre a vida privada em especial

1.7.1 Indagações legítimas sobre a saúde e estado de gravidez

Propomo-nos neste ponto descrever apenas as situações em que as perguntas feitas pelo empregador ao trabalhador sobre a sua saúde e o seu estado de gravidez são consideradas legítimas.

A al b) do n.1 do art. 17.º do CT consagra, tal como já tivemos oportunidade de referir no ponto anterior, um regime mais rigoroso do que o previsto na alínea anterior, dispondo que o empregador apenas pode exigir ao candidato a emprego ou ao

concordamos com o autor na medida em que, sendo possível atingir os mesmos fins através da utilização de meios menos restritivos, não se vislumbram razões para que não se faça uso dos mesmos, tanto mais estando aqui em causa elementos da esfera privada e íntima do trabalhador ou candidato a emprego, indiscutivelmente protegidos constitucionalmente pelo n.º1 do art. 26.º da CRP (reserva da intimidade da vida privada).

²²¹ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva*, op. cit., p. 409, nota 79.

trabalhador informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez *quando particulares exigências inerentes à atividade profissional o justifiquem*. É unânime que estas particulares exigências inerentes à atividade profissional podem dizer respeito à *proteção e segurança da saúde do trabalhador ou de terceiros*²²². Entende-se que a necessidade de evitar danos ao próprio trabalhador, a outros trabalhadores ou a terceiros é justificação suficiente para legitimar as perguntas. Em alguns casos, para além de constituir um interesse legítimo do empregador, consubstancia mesmo um verdadeiro dever, na medida em que o empregador está obrigado a prevenir riscos e doenças profissionais, bem como a zelar pela higiene, segurança e saúde no trabalho (als. g), h) e i) do n.º1 do art. 127.º do CT e art. 240.º da Lei 35/2004 de 29 de Junho). Apenas exemplificativamente, atente-se nos contratos de trabalho de judoca profissional de uma equipa que se encontra em preparação para os campeonatos mundiais ou de investigadora nuclear e radiológica²²³. Em qualquer um destes casos, a natureza da atividade profissional justifica o pedido de informações sobre a gravidez na medida em que em ambos os casos a prestação da atividade põe em causa a saúde da mulher grávida e do nascituro. Atente-se ainda no caso de um sujeito portador do vírus de HIV que se candidata ao lugar de analista de um laboratório. Neste caso, a condição do sujeito aliada à natureza da atividade é criadora de riscos para a saúde dos pacientes²²⁴. Entendemos que, quando existe uma conexão com o exercício da atividade, o empregador pode exigir a realização de exames de despiste da SIDA. Tal compreende-se na medida em que tais exames se assumem como a única forma de evitar um risco de propagação do vírus entre os trabalhadores saudáveis e cuja consequência, enquanto a doença não tiver cura, é a morte²²⁵. Mais controversa é a imposição de um dever de informação no que diz respeito ao alcoolismo e toxicod dependência. Entendemos que nestes casos só existem esses deveres por parte do trabalhador quando exista uma conexão objetiva entre esse estado de saúde e a prestação da atividade. Referimo-nos aos casos, por exemplo, de motorista profissional. Nos restantes casos, sobre o trabalhador não recai um dever de informação sobre tais aspetos. Nos exemplos dados

²²² SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 241 e DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva*, op. cit., p. 407.

²²³ Exemplos apontados por DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva*, op. cit., pp. 412 e ss.

²²⁴ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., pp. 241 e 242.

²²⁵ PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, op. cit., p. 85.

por PAULA MEIRA LOURENÇO²²⁶, “um professor, um jornalista, um cientista, um advogado, poderão desempenhar a sua actividade profissional de uma forma brilhante, demorando por vezes muitos anos até que a toxicodependência ou o alcoolismo se repercuta na relação laboral”.

Não podemos ainda deixar de referir que casos existem em que é a própria integração do trabalhador no seio da empresa que justifica a necessidade da sua protecção e não a natureza da actividade. É o caso de uma candidata ao lugar de secretária que é portadora de uma doença contagiosa muito perigosa (como é o caso da tuberculose pulmonar, enquanto doença que se propaga através do ar). Neste caso, é a própria integração da trabalhadora no seio da empresa que justifica a necessidade de protecção da saúde de terceiros, e não a actividade de secretária em si. Nestas situações, é legítimo que o empregador queira ter conhecimento desse facto já que a trabalhadora será integrada na sua organização convivendo com os outros trabalhadores da empresa e até com terceiros²²⁷.

Concluimos assim que as perguntas sobre a saúde ou gravidez são legítimas quando estejam em causa razões de segurança e saúde do trabalhador e de terceiros, independentemente dessas razões resultarem da natureza da actividade ou da componente organizacional do contrato de trabalho²²⁸. E quando surge um problema relacionado com a saúde da trabalhadora e do feto que não está conexionado com a actividade em si, mas com um estado de debilidade da própria trabalhadora grávida?²²⁹ *Quid iuris?* Poderá o empregador colocar a questão da gravidez, como forma de evitar este tipo de situações?

Entendemos que não, visto não existir qualquer conexão com a protecção da saúde da trabalhadora ou de terceiros derivada das particulares exigências inerentes à natureza da actividade. Nestes casos, visto tratar-se de uma situação que impossibilita a trabalhadora de exercer a actividade no momento acordado, não existe um direito de questionar a candidata, mas um dever desta de informar espontaneamente a entidade empregadora. Caso não o faça, será responsável pela violação do dever pré-contratual

²²⁶ *Ibidem*, p. 77.

²²⁷ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 244.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ Imagine-se o caso de uma trabalhadora grávida que foi contratada sem que tivesse sido questionado o seu estado de gravidez, uma vez que a actividade a exercer não apresenta riscos para a saúde da mãe nem do feto.

de informação que lhe competia, devendo até indemnizar o empregador pelos eventuais gastos que tenha de arcar com a sua substituição²³⁰.

Para além destes casos, consideramos que é ainda legítimo ao empregador questionar o trabalhador sobre a saúde ou a gravidez quando, atendendo à natureza da atividade em causa, esses fatores possam determinar a *impossibilidade de prestar*²³¹. É o caso de um trabalhador com problemas de locomoção que se candidata ao lugar de guia de passeios pedestres de longa duração ou de um surdo que se candidata ao lugar de telefonista. Estes deveres de informação não impedem o empregador de realizar os exames médicos que se afigurem necessários, através do médico da empresa, para apreciar a aptidão física do candidato para desempenhar a atividade objeto do contrato. É o que refere o n.º1 do art. 16.º da Lei n.º7/95, de 29 de Março²³². O mencionado artigo vai ainda mais longe, especificando na alínea a) a “realização de exames de admissão, antes do início da prestação de trabalho”, afastando qualquer dúvida quanto à sua aplicação na fase pré-contratual²³³.

No que se refere às doenças terminais (não contagiosas), colhemos o entendimento de que, quando o trabalhador ainda reúne as condições psíquicas e físicas para o desempenho da atividade (situação que pode até perdurar muitos anos), não existe um dever de informação por parte do trabalhador. Caso contrário, isto é, nas situações em que o candidato já não consegue realizar aquela atividade, o trabalhador deve informar o empregador de tal facto, de forma a não defraudar as legítimas expectativas do mesmo. Nesta situação, como bem refere PAULA MEIRA LOURENÇO²³⁴, “o empregador poderá até celebrar um contrato de trabalho a termo, ajustado à informação que recebeu”.

No que à gravidez diz respeito, secundando PAULA MEIRA LOURENÇO²³⁵, as situações em que o exercício da atividade é objetivamente impossível reconduzem-se às situações em que a gravidez impossibilita o desempenho da atividade, e que ocorre, por

²³⁰ *Ibidem*, pp. 244 e 245, nota 637 e PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, *op. cit.*, p. 75.

²³¹ *Ibidem*, pp. 238 e ss.

²³² Nos termos do art. 16.º da referida Lei, “os empregadores devem promover a realização de exames de saúde, tendo em vista verificar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da sua profissão, bem como a repercussão do trabalho e das suas condições na saúde do trabalhador”.

²³³ PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, *op. cit.*, p. 71.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ *Ibidem*, p. 74.

exemplo, com as profissões de modelo²³⁶. Reiterando HEINRICH HÖRSTER²³⁷, embora entendamos que, por via de regra, não é admissível a colocação de questões sobre uma eventual gravidez, admitimos no entanto que, em determinadas profissões, sendo o exercício da atividade objetivamente impossível, poderá invocar-se erro sobre a base negocial, erro sobre a qualidade da pessoa ou até dolo omissivo²³⁸. Isto sucede porque, nos termos al. b) do n.º1 do art. 17.º, em determinadas circunstâncias, apesar do princípio da igualdade em direito laboral, o trabalhador tem o dever de informar o potencial empregador, na medida em que particulares exigências inerentes à atividade profissional o justifiquem.

Em terceiro lugar, na esteira do que entendeu o TC²³⁹ e que é também a posição seguida por DAVID DE OLIVEIRA FESTAS²⁴⁰, consideramos que podem ainda existir outras exigências ligadas à especificidade da atividade (“particulares exigências”) que justifiquem que sejam pedidas informações sobre a saúde e a gravidez ao trabalhador ou ao candidato a emprego. É o caso da determinação da *aptidão, ou melhor aptidão* destes para a realização das tarefas que lhe são cometidas, independentemente da segurança do trabalhador ou de terceiros. É o caso de se questionar o candidato a vendedor de perfumes sobre as suas qualidades olfativas. Mesmo que o candidato ao emprego seja alguém sem olfato, ele não está impossibilitado de vender perfumes. Todavia, ele é *menos apto* à realização dessa tarefa do que outra pessoa com olfato que pode aconselhar e ajudar o cliente na escolha do perfume que pretende. Dito isto, entendemos que deve ser legítimo ao empregador questionar o candidato a emprego sobre as suas qualidades olfativas e, seguidamente, escolher de entre os candidatos o que possui melhor olfato. Esta não é a posição seguida por SARA COSTA APOSTOLIDES²⁴¹, que considera que o que está em causa na al. b) do n.º1 do art. 17.º são apenas as situações de capacidade no sentido de determinar se a prestação é ou não possível. No seu entender, esta formulação legal não deixa qualquer espaço a valorações subjetivas do

²³⁶ No mesmo sentido, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 9.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 481.

²³⁷ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte Geral do Código Civil Português op. cit.*, p. 573, nota 72.

²³⁸ Nas palavras de TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador, op. cit.*, p. 177, referindo-se à impossibilidade de o empregador indagar o trabalhador sobre uma eventual gravidez, “a proibição não pode ser entendida em termos absolutos”.

²³⁹ Ac TC n.º 306/03, proc. n.º 382/03, de 25 de Junho de 2003 – www.dgsi.pt

²⁴⁰ DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva, op. cit.*, pp. 412 e ss.

²⁴¹ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação, op. cit.*, pp. 238 e ss.

empregador, não se tratando de avaliar a aptidão ou melhor aptidão do trabalhador, ainda que por referência à natureza da atividade.

1.7.2 Convicções ideológicas, religiosas e políticas

No ordenamento jurídico português, a Constituição da República Portuguesa consagrou o princípio da igualdade e da não discriminação em razão da religião e das convicções políticas (art. 13.º) e previu que ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de deveres cívicos por causa das suas convicções religiosas (n.º2 do art. 41.º), nem ser questionado sobre as suas convicções ou práticas religiosas, exceto para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por não responder (n.º3 do art. 41.º).

A este propósito, J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA²⁴², reconhecendo a existência na referida norma de três direitos distintos (embora conexos, uma vez que o segundo é uma especificação do primeiro e o terceiro uma especificação do segundo), defendem que a liberdade de consciência “consiste essencialmente na liberdade de opção, de convicções e de valores, ou seja, a faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria ou alheia”. Por seu turno, a liberdade de religião baseia-se na “liberdade de adoptar ou não uma religião, de escolher uma determinada religião, de fazer proselitismo num sentido ou noutro, de não ser prejudicado por qualquer posição ou atitude religiosa ou anti-religiosa”. Por fim, a liberdade de culto “é somente uma dimensão da liberdade religiosa dos crentes, compreendendo ao direito individual ou colectivo de praticar os actos externos de veneração próprios de uma determinada religião”.

No nosso ordenamento jurídico não existe uma norma específica no código do trabalho que regule diretamente esta matéria. Contudo, nos termos do art. 18.º da CRP, os preceitos constitucionais vinculam diretamente tanto as entidades públicas como as entidades privadas, pelo que, prevendo o n.º3 do art 41.º que a ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade sobre as suas convicções ou práticas religiosa, tal obrigação deve abranger também as relações entre entidades privadas²⁴³.

²⁴² J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., pp. 609.

²⁴³ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 158.

Para além disso, entendemos que rege sobre esta matéria o art. 17.º do CT, já que as convicções do trabalhador são informações que dizem respeito à sua vida privada. Daqui retiramos que, regra geral, o empregador não pode perguntar ao candidato sobre as suas convicções ideológicas, religiosas e políticas. Isto porque estas informações não têm qualquer relevância para a prestação da atividade laboral. Nas palavras de TERESA COELHO MOREIRA²⁴⁴, “os objetivos económicos da organização empresarial determinam a indiferença daquele às convicções do trabalhador, existindo como que uma neutralidade ideológica do empregador perante as convicções deste”.

Mas poderemos de tais preceitos retirar a conclusão de que o trabalhador nunca tem o dever de informar o empregador acerca da sua religião ou convicção política? MENEZES CORDEIRO²⁴⁵ afirma a este propósito que “a doutrina e a jurisprudência são muito claras ao afirmar que nunca há uma obrigação de informar sobre as convicções políticas e religiosas (...)”. Contudo, acaba por admitir, e bem, que em casos limite poderão surgir exceções que farão renascer o dever de informar. O dever de informação do trabalhador acerca da sua religião e convicções políticas e ideológicas renascerá sempre que a atividade a desempenhar tenha uma conexão objetiva com tais informações²⁴⁶. O próprio art. 17.º do CT prevê situações excecionais que autorizam a formulação de questões sobre convicções ideológicas ou políticas quando as mesmas sejam relevantes para aferir da respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato. É o caso das denominadas *organizações de tendência*. Estas organizações caracterizam-se por prosseguirem fins religiosos, políticos, partidários, entre outros, sendo tal ideologia inseparável do próprio contrato. Como exemplos destas organizações podemos apontar as igrejas, os estabelecimentos de ensino religioso, os sindicatos ou os partidos políticos. Nestas organizações o cumprimento da atividade laboral identifica-se com a realização de fins ideais em que a organização se inspira, o que implica algumas limitações na vida privada dos trabalhadores. Assim, na medida em que as informações sobre as ideologias e crenças do trabalhador possuem direta importância para a determinação da aptidão do trabalhador para o desenvolvimento daquela atividade, defendemos a possibilidade do empregador formular questões sobre as opiniões pessoais dos candidatos, com vista a verificar se existe ou não coincidência entre a

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 159.

²⁴⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 560.

²⁴⁶ PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, op. cit., p. 67.

ideologia destes e a tendência daquela organização²⁴⁷. Contudo, é preciso realçar que a pergunta só é válida se respeitar a convicção compreendida no âmbito da orientação ideológica seguida pela organização, ou seja, na medida em que os aspetos pessoais objeto de indagação sejam imprescindíveis para o desenvolvimento da atividade a desempenhar. Desta forma, *v.g.* num processo de admissão de um trabalhador para um partido político não podem ser colocadas questões sobre a sua orientação sexual²⁴⁸. Outro aspeto a destacar é o facto de as perguntas só serem válidas em relação aos trabalhadores de *tendência*, e não relativamente aos trabalhadores *neutros*. De facto, relativamente a estes não se justifica uma limitação dos seus direitos fundamentais na medida em que o conteúdo das tarefas que vão desempenhar não implica a adesão aos ideais daquela organização. É o caso de se perguntar sobre a orientação partidária a um candidato a jardineiro da sede de um partido político²⁴⁹. Mas esta posição não é unanime. PAULA MEIRA LOURENÇO²⁵⁰, em sentido contrário, defende que não deve ser feita qualquer distinção entre o trabalhador que desempenha as atividades relacionadas com os princípios seguidos pela organização e o trabalhador que executará tarefas que não têm conexão com a ideologia da empresa. Não podemos concordar com a autora. Contudo, defendemos que os trabalhadores neutros devem abster-se de posições manifestamente contraditórias com o fim da empresa. Isto porque a manifestação pública por parte destes trabalhadores de orientações contrárias às da empresa poderá ser atentatória da imagem e do fim da mesma, causando-lhe prejuízos. Por isso, na esteira do que defende TERESA COELHO MOREIRA²⁵¹, apesar de não se exigir como condição de contratar a pertença, por exemplo, a um determinado partido político, exige-se todavia, que o perfil do candidato não seja abertamente contraditório com o fim daquela organização.

Posto isto, concluímos que em algumas circunstâncias, na fase da formação do contrato, o trabalhador deve informar o empregador sobre as suas convicções ideológicas, religiosas e políticas, e, se faltar à verdade, (por ação ou por omissão) incorre em *culpa in contrahendo*. Isto não significa, no entanto, que o empregador

²⁴⁷ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 168.

²⁴⁸ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 247.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, *op. cit.*, p. 67.

²⁵¹ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 170.

possa, v.g. impor ao trabalhador a filiação num determinado partido político como condição necessária para a celebração do contrato de trabalho. Tal cláusula seria nula, por violação do art.13.º e do n.º2 do art. 51.º CRP²⁵².

1.7.3 Antecedentes penais

A condenação de alguém pela prática de um ou mais crimes, tenha ou não sido suspensa a pena, é uma informação que consta do certificado de registo criminal, cuja matéria está regulada no nosso ordenamento jurídico, especialmente na Lei 57/98, de 18 de Agosto, relativa à identificação criminal e registo criminal.

Estas informações atinentes aos antecedentes penais inserem-se, na nossa opinião, na esfera pública da vida do trabalhador. Isto porque, tal como tivemos oportunidade de referir, a esfera pública compreende todos os factos e situações de conhecimento público, que ocorrem perante toda a comunidade e que, por via disso, podem ser genericamente conhecidos e divulgados²⁵³. Esta posição não é acompanhada por PAULA MEIRA LOURENÇO²⁵⁴ que considera que a exigência destas informações corresponde a uma invasão da vida privada do trabalhador²⁵⁵. Apesar de entendermos não estar aqui em causa um problema de reserva da vida privada do trabalhador, consideramos no entanto que o fornecimento destes dados é suscetível de causar decisões discriminatórias do empregador na escolha do candidato a emprego²⁵⁶. Por isso, a questão de saber se o empregador pode ou não formular questões acerca destes aspetos deve ser resolvida com base no n.º2 do art. 106.º do CT, isto é, analisando se a informação em causa é ou não relevante para a prestação daquela atividade laboral. E mesmo quando o seja, os trabalhadores apenas devem revelar a informação constante do registo criminal que seja necessária para avaliar se estão ou não preenchidas as condições legais relativas ao passado criminal para obter determinado emprego, ou seja, a informação relevante para aquele fim específico²⁵⁷. Via de regra, estas indagações

²⁵² PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, op. cit., p. 68.

²⁵³ GUILHERME MACHADO DRAY, *Justa causa e esfera privada*, in PEDRO ROMANO MARTINEZ (coord.), *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2001, p. 49.

²⁵⁴ PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, op. cit., p. 69.

²⁵⁵ Para mais desenvolvimentos, cfr. *ibidem*.

²⁵⁶ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 170.

²⁵⁷ CATARINA SARMENTO E CASTRO, *A protecção dos dados pessoais dos trabalhadores*, *Questões Laborais*, n.º20, 2002, p. 160.

devem ser vedadas ao empregador. Contudo, como referimos, torna-se necessário ter em consideração o *tipo de tarefa* que o candidato irá desempenhar e, bem assim, a existência ou não de uma estreita conexão entre os antecedentes penais e essa mesma tarefa, com vista a avaliar se existe ou não um *risco de repetição* da prática criminosa²⁵⁸. Parece ser este também o entendimento de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO²⁵⁹ quando refere que “o trabalhador cadastrado não tem de revelar esse facto, salvo se a natureza das funções o requerer”. De facto, é compreensível que impenda sobre o trabalhador um dever de informação acerca da sua condenação pela prática do crime de furto ou abuso de confiança quando se candidate ao cargo de caixa de um banco ou de tesoureiro de uma empresa, quando tenha sido condenado por maus tratos ou crimes contra a autodeterminação sexual e se candidate a professor do primeiro ciclo ou quando tenha sido condenado por condução perigosa de veículo rodoviário, ou em estado de embriaguez e se candidate ao lugar de motorista²⁶⁰. Este último exemplo encontra-se regulado no DL 263/98, de 18 de Agosto, onde se estabelecem as condições de acesso e de exercício da profissão de motorista, prevendo, no seu n.º2, como requisito do exercício da profissão, a obrigatoriedade da posse de um certificado de aptidão profissional emitido pela Direção Geral dos Transportes Terrestres. O n.º1 do art. 4.º do mesmo diploma refere que esse certificado só será emitido se a pessoa for idónea ao exercício da profissão, explicando o seu n.º2 que se consideram não idóneas, durante um período de três anos após o cumprimento da pena, as pessoas que tenham sido condenadas com pena de prisão efetiva igual ou superior a três anos, salvo reabilitação²⁶¹. Para além destes casos, a informação sobre antecedentes penais pode ser solicitada se, independentemente do risco de repetição da prática criminosa, a atividade a desempenhar apresentar em si um *risco acrescido de lesão de bens penalmente tutelados*, como é o caso do vendedor numa loja de espingardas. Nestes casos, o empregador tem um interesse legítimo em conhecer o cadastro do trabalhador uma vez que ele tem o dever de garantir a segurança no local de trabalho, sendo até

²⁵⁸ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 250.

²⁵⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 560.

²⁶⁰ Exemplos retirados de PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, op. cit., p. 69.

²⁶¹ Note-se que, relativamente ao exercício da profissão de motorista, a lei considerou relevante a prática de qualquer crime punido com pena superior a 3 anos.

responsabilizado perante terceiros pelos atos praticados pelos seus trabalhadores²⁶². Considera-se ainda que o empregador tem um interesse legítimo quando a natureza da atividade pressupõe uma *relação de confiança*, por envolver uma grande proximidade com o empregador, os seus bens ou até a sua família. Por último, não podemos deixar de mencionar que também existe um interesse legítimo em conhecer os antecedentes criminais do trabalhador quando este se candidata a um cargo de uma *organização de tendência cuja orientação ideológica é avessa à prática de crimes*.

Dito isto, e tendo em consideração a estreita conexão entre os antecedentes penais e a função a desempenhar, parece-nos ser de aceitar que, em casos muito especiais, o empregador possa questionar o trabalhador e até ter acesso ao seu certificado de registo criminal, desde que indique o fim e demonstre legítimo interesse. A lei estabelece que estes certificados requeridos para fins de emprego são menos completos, e por isso menos lesivos da privacidade do que os certificados para outros fins e referem apenas a informação indispensável para aferir da aptidão do candidato ao emprego. É o que o dispõe o art. 11.º da mesma lei²⁶³. O objetivo da previsão legal de diferentes fins para emissão dos certificados, na lei do registo criminal, é a salvaguarda do direito à privacidade dos candidatos. Eles não devem ser obrigados a conceder ao empregador o acesso irrestrito ao seu registo criminal²⁶⁴. O certificado de registo criminal para fins de emprego contém as decisões criminais que proíbem o exercício de funções públicas ou de outras atividades ou funções, bem como a sua interdição temporária. Em alguns casos, é a própria lei que prevê o fornecimento do certificado como condição de acesso a uma determinada profissão. Geralmente são atividades ligadas à lei, como a advocacia, ou relacionadas com a segurança, com atividades militares ou com a saúde das pessoas²⁶⁵. Mas saliente-se que este certificado deve ser fornecido apenas ao seu titular, e não ao seu futuro empregador²⁶⁶. No entanto, sucede muitas vezes que os empregadores solicitam aos candidatos o certificado mais completo que estes conseguem obter. Nestes casos os futuros trabalhadores não estão obrigados a fornecê-los, embora isso geralmente implique a sua exclusão do processo de seleção.

²⁶² SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 251 e CATARINA SARMENTO E CASTRO, *A protecção dos dados pessoais*, op. cit., p. 160.

²⁶³ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 170.

²⁶⁴ CATARINA SARMENTO E CASTRO, *A protecção dos dados pessoais*, op. cit., p. 161.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Cfr. o art. 7.º da Lei 57/98.

Concluimos que em algumas situações, nomeadamente quando existe um risco de repetição da atividade criminosa, o empregador pode questionar o candidato sobre o seu cadastro criminal. Todavia, torna-se necessário atender ao que vem regulado nos arts. 40.º e 75.º do CP. Refere o primeiro que “a aplicação de penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reinserção do agente na sociedade”. Por sua vez, o segundo preceito prevê que “o crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 5 anos”. Da interpretação destes dispositivos podemos retirar que se o empregador pudesse indagar livremente o trabalhador sobre os seus antecedentes criminais, a finalidade do art. 40.º do CP nunca seria cumprida. É evidente que o empregador, no âmbito do seu processo de escolha, sempre tenderá a selecionar um candidato sem antecedentes criminais, em detrimento daquele que os possui, aniquilando o objetivo de reinserção do agente na sociedade. Por outro lado, da análise do art. 75.º do CP podemos analogicamente concluir que, a nível laboral, o empregador não tem legitimidade para questionar o trabalhador sobre os seus antecedentes criminais com mais de cinco anos ou que já tenham prescrito²⁶⁷. Por um lado porque não é relevante a informação que apresente com a atividade a prestar apenas uma conexão remota. Por outro lado porque a Lei 57/98, de 18 de Agosto prevê, no art. 12.º que, para quaisquer fins, o registo criminal não deve conter as condenações, nos termos dos arts. 15.º e 16.º que tenham sido objeto de cancelamento, por ter decorrido 5,7 ou 10 anos sobre a extinção da pena ou da medida de segurança se a sua duração tiver sido inferior a 5 anos, entre 5 e 8 anos, ou superior a 8 anos, respetivamente, e desde que entretanto não tenha ocorrido uma nova condenação por crime²⁶⁸.

1.7.4 Orientação e conduta sexual dos trabalhadores

A proibição de discriminação baseada na orientação sexual está prevista constitucionalmente no art. 13.º, onde se dispõe que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da sua orientação sexual. Este direito tem sido sucessivamente reconhecido nas

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 171 e 172.

²⁶⁸ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 253.

ordens jurídicas nacionais e, no nosso ordenamento jurídico, esta proibição adquiriu particular acuidade ao nível da legislação laboral, em especial no n.º1 do art. 24.º e no n.º1 do art. 25.º do CT. Aí se prevê que nenhum trabalhador pode ser “ privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente de (...) orientação sexual”, e que “o empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta em razão nomeadamente dos fatores referidos”. Repare-se que a celebração de um contrato de trabalho obedece a dois princípios basilares: o *princípio da liberdade contratual* e o *princípio da igualdade no acesso ao emprego*. Desta forma, se é certo que as partes podem escolher livremente se e com quem pretendem contratar, também é certo que os critérios de seleção do empregador não se podem basear em fatores discriminatórios. Assim, e tendo em consideração o facto de na fase de acesso ao emprego o candidato se encontrar especialmente fragilizado (visto que é nesta altura que a desigualdade real entre ele e o empregador mais se evidencia), não se pode invocar, sem mais, o princípio da liberdade contratual para se escolher arbitrariamente a contraparte²⁶⁹. Desta forma, torna-se necessária a intervenção da legislação laboral com vista à proteção do candidato contra eventuais discriminações. Este conceito de discriminação envolve um juízo de desvalor relativamente a determinadas práticas que se traduzem no tratamento desvantajoso que é dado a um trabalhador ou candidato em função de certos elementos categoriais, como seja a sua orientação sexual²⁷⁰. O que está em causa na proibição da discriminação não é a diferenciação considerada em si mesma, mas o facto de essa discriminação ser irrazoável na sua motivação. As discriminações motivadas por razões que se prendem com a orientação sexual, convicções religiosas ou partidárias, sexo, entre outros, não são admissíveis na medida que são atentatórias da dignidade da pessoa humana²⁷¹.

Mas, o que se entende por orientação sexual?

Nas palavras de CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA²⁷², esta consiste na “atracção sexual e sentimental que sente um indivíduo por outros de sexo contrário (orientação heterossexual), ou do mesmo sexo (orientação homossexual) ”, acrescentando que

²⁶⁹ TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea, Almedina, Coimbra, 2004, p. 617.

²⁷⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., p. 177.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001, p. 24 *apud* TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, op. cit., p. 616.

abrange ainda “o direito que corresponde a cada individuo à sua identidade sexual e afectiva como reflexo do livre desenvolvimento da sua personalidade”.

A orientação sexual do trabalhador insere-se na esfera mais íntima e reservada da sua vida privada e, por se tratar de um direito de personalidade indisponível e irrevogável, toda a limitação voluntária ao exercício desse direito é nula, nos termos do n.º1 do art. 81.º do CC, se contrária aos princípios da ordem pública²⁷³. Daqui retiramos a impossibilidade de o empregador indagar o trabalhador sobre tudo o que diga respeito sua à vida sexual.

Como refere TERESA COELHO MOREIRA²⁷⁴ relativamente à possibilidade de formulação de questões sobre esta matéria, “se este pudesse indagar sobre a conduta sexual e a orientação sexual dos possíveis trabalhadores poderia ocorrer uma estigmatização de determinados grupos sociais como os homossexuais, consagrando os preconceitos que contra eles ainda existem”.

Tal como referimos relativamente às convicções ideológicas, religiosas e políticas e aos antecedentes penais, também aqui a questão de saber se o empregador pode ou não formular questões acerca destes aspetos deve ser resolvida com base no n.º2 do art. 106.º do CT, isto é, analisando se a informação em causa é ou não relevante para a prestação da atividade laboral. A este propósito a mesma autora²⁷⁵ menciona que “a orientação sexual dos trabalhadores inclui-se no conceito de vida privada destes e deve, em princípio, estar protegida de toda e qualquer indagação por parte do empregador, quer na fase de acesso e formação do contrato de trabalho, quer na sua execução, impedindo comportamentos discriminatórios ou juízos de censura por parte de todos”.

Assim, qualquer questão colocada pelo empregador que verse sobre esta matéria é, em princípio, ilegítima, podendo o trabalhador recusar-se a responder, embora geralmente isso implique a sua não contratação²⁷⁶. De facto, embora o n.º1 do art. 25.º do CT refira que o empregador não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, em razão dos fatores contidos no n.º1 do art. 24, o n.º2 do mesmo art. vem

²⁷³ TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, op. cit., p. 615.

²⁷⁴ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., pp. 180 e ss. e TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, op. cit., p. 616.

²⁷⁵ TERESA COELHO MOREIRA, *Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 265. e TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, op. cit., p. 613

²⁷⁶ Sobre um eventual “direito” a mentir, trataremos *infra* no Capítulo III.

esclarecer que “não constitui discriminação o comportamento baseado em fator de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”²⁷⁷. Nas palavras de GUILHERME MACHADO DRAY²⁷⁸ “a finalidade subjacente à distinção deve relacionar-se com a necessidade de adequar o trabalhador ou o candidato a emprego ao posto de trabalho e à natureza das atividades profissionais em causa, sendo ainda necessário atender aos princípios da proporcionalidade e da adequação: a distinção apenas será lícita quando necessária e adequada à prossecução do objetivo proposto”. Sobre o trabalhador impenderá um dever de informação relativamente aos factos que sejam diretamente necessários para aferir da sua aptidão e idoneidade profissional. Em princípio, a forma como o trabalhador se relaciona na sua vida privada não constitui uma informação relevante para o empregador na medida em que não é uma aptidão necessária para a execução do contrato de trabalho.

Contudo, a situação afigura-se diferente no caso das denominadas *organizações de tendência*. No nosso ordenamento jurídico não existe nenhum diploma legal que regule este tipo de organizações, nem que defina o que deve ser entendido por *tendência*²⁷⁹. Apesar desta lacuna, podemos desde já esclarecer que a sua razão de ser se prende essencialmente com a promoção de uma determinada opção ideológica, como de resto já tínhamos referido anteriormente.

E neste âmbito, poderá o empregador questionar o trabalhador sobre aspetos da sua vida privada? Entendemos que o empregador pode formular questões que versem sobre a reserva da vida privada do trabalhador, incluindo sobre a sua conduta sexual, desde que as tarefas em causa sejam também elas de *tendência*, ou seja, tenham em vista a divulgação da ideologia daquela entidade. Repare-se que nos referimos aqui não à *orientação sexual* mas à *conduta sexual*. Isto porque o que pode ser manifestamente contrário à ideologia defendida por uma organização de tendência e, assim, impeditivo do acesso àquele posto de trabalho (na medida em que faça desacreditar a ideologia da organização) é a conduta sexual que o trabalhador adota e não o facto de ser

²⁷⁷ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, op. cit., p. 178.

²⁷⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., p. 177.

²⁷⁹ TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, op. cit., p. 625.

homossexual, heterossexual ou bissexual²⁸⁰. Relativamente a estes trabalhadores, entendemos que a sua conduta sexual poderá ser considerada como um dos aspetos relevantes para aferir da sua aptidão ou não aptidão para o exercício daquela atividade. É o caso dos padres, que, por força da ideologia que professam, estão vinculados a um voto de castidade, e, por isso, a sua conduta sexual poderá violar o voto que fizeram²⁸¹.

Já no que toca a trabalhadores *neutros*, ou seja, aqueles que assumem postos de trabalho sem qualquer relação direta com a ideologia da organização, consideramos que se aplica a regra geral da ilegitimidade das indagações²⁸².

A nível comunitário este princípio da não discriminação encontra-se atualmente previsto no n.º1 do art. 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (que prevê como um fator de interdição da discriminação a orientação sexual) e no art. 1.º da Diretiva 2000/78/CE. Esta diretiva estabelece uma regulamentação geral que tem em vista a proibição da discriminação no seio do ambiente de trabalho, dando assim vigor aos princípios da igualdade e não discriminação, previstos no art. 13.º da CRP e no art. 21.º da CDFUE. A diretiva também prevê a exceção a que acima nos referimos, relativamente às *organizações de tendência*, quando menciona, no seu art. 4.º que “os Estados Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.º não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”. Esta diretiva vai ainda mais longe ao referir que uma das exceções a este princípio se verifica no âmbito de atividades profissionais de igrejas e de outras organizações públicas ou privadas cuja ética seja baseada na religião ou em convicções. Cumpre mais uma vez realçar que a causa determinante para impedir o acesso a um posto ideológico não é a orientação sexual em si, mas o comportamento do trabalhador (conduta sexual) quando este possa fazer desacreditar a ideologia do centro, a sua imagem e credibilidade²⁸³. Defendemos assim,

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 627.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 182.

²⁸³ TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, op. cit., p. 628.

acompanhando CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA, a interpretação restritiva do referido artigo²⁸⁴.

1.7.5 O sexo dos trabalhadores

O primeiro dispositivo comunitário desenvolvido ao nível da não discriminação em função do sexo, o art. 119.º do Tratado de Roma, limitou-se a atuar no domínio do princípio da igualdade salarial, tendo sido concretizado e ampliado pela *Diretiva 75/117/CEE*, de 10 de Fevereiro de 1975, relativa ao princípio da igualdade de remuneração. Nesta diretiva estabeleceu-se uma uniformidade de sistemas de classificação profissional, baseados em critérios comuns a trabalhadores masculinos e femininos, excluindo qualquer discriminação em razão do sexo. Introduziu-se um conceito de “*trabalho de igual valor*”, facilitando a apreciação das situações discriminatórias²⁸⁵.

Apesar desta diretiva se debruçar somente sobre a eliminação da discriminação no âmbito remuneratório, logo o direito comunitário derivado alargou o campo de aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres a outras áreas, estendendo-se atualmente a todos os âmbitos das relações laborais²⁸⁶.

Ao nível das fontes primárias destacamos, no Tratado da União Europeia, o art. 2.º e o n.º3 do art. 3.º, que promovem o princípio geral da igualdade entre homens e mulheres, objetivo a desenvolver pelos Estados Membros da UE. O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, estabelece, no art. 10.º que, “na definição e execução das suas políticas e ações, a União tem por objectivo combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, impondo, desta forma, que o objetivo da igualdade de género seja ponderado em todas as políticas europeias e em qualquer área”. Ainda no plano do TFUE, mas agora no que se refere às normas com incidência direta no plano social, o art. 153.º consagra, na al. i) do seu n.º1, o princípio da igualdade de

²⁸⁴ CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, op. cit., p. 24 e ss. apud TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, op. cit., p. 628.

²⁸⁵ CARLOS ALBERTO CASAS AZEVEDO, *A igualdade de oportunidades no acesso ao emprego e no trabalho entre homens e mulheres e proibição de discriminações com base no sexo*, RMP, 19, n.º75, Julho, Setembro de 1998, p. 73.

²⁸⁶ GUILHERME MACHADO DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 251.

oportunidades e de condições de trabalho entre homens e mulheres e o art. 157.º mantém o princípio da proibição das discriminações remuneratórias entre homens e mulheres por trabalho igual ou de igual valor. Por último, refira-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que consagra, no seu art. 23.º, o princípio da igualdade entre homens e mulheres, incluindo nos domínios do emprego, trabalho e remuneração e no n.º2 do art. 33.º o direito à conciliação entre a vida profissional e familiar.

A tendência expansionista revelou-se também ao nível das fontes secundárias, através das seguintes diretivas²⁸⁷:

*Diretiva 76/207/CEE*²⁸⁸, de 09 de Fevereiro de 1976, relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, formação profissionais e às condições de trabalho, modificada e refundida pela Diretiva 2002/73/CE, de 23 de Setembro.

Diretiva 79/7/CEE, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social;

Diretiva 86/378/CEE, de 24 de Junho, relativa à aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres nos regimes profissionais da Segurança Social;

Diretiva 86/613/CEE, de 11 de Dezembro de 1986, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no universo dos trabalhadores independentes e dos trabalhadores da agricultura, entretanto substituída pela *Diretiva 2010/41/EU*, de 7 de Julho de 2010;

Diretiva 92/85/CEE, de 19 de Outubro de 1985, relativa à aplicação de medidas para promover a segurança e saúde das grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, completada com a *Diretiva 96/34/CE*, de 3 de Junho de 1996, relativa à licença parental, esta última já substituída pela *Diretiva 2010/18/EU*, de 8 de Março de 2010;

Diretiva 97/80/CE, de 15 de Dezembro de 1997, relativa à repartição do ónus da prova nos casos de discriminação em razão do género;

²⁸⁷ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I, *op. cit.*, pp. 202 e ss.

²⁸⁸ O princípio da igualdade, segundo esta diretiva, implica a ausência de toda a discriminação baseada no sexo, com particular atenção ao estado matrimonial e familiar, tanto direta como indiretamente, em matéria de acesso ao emprego e de condições de trabalho. O princípio da igualdade não pode prejudicar as disposições relativas à proteção da mulher, em particular no que se refere à gravidez e maternidade. CARLOS ALBERTO CASAS AZEVEDO, *A igualdade de oportunidades*, *op. cit.*, p. 74.

Diretiva 2004/113/CE, de 13 de Dezembro de 2002, relativa à igualdade de género no acesso e fornecimento de bens e serviços²⁸⁹.

No que se refere ao *acesso ao emprego*, a *Diretiva 75/117/CEE*, orientou os Estados Membros para a adoção de medidas no sentido de garantir o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Com efeito, o n.º 2 art. 3.º veio esclarecer que os Estados Membros deveriam adotar as medidas necessárias a fim de que fossem suprimidas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento (al. a)), de que fossem consideradas nulas, anuláveis ou pudessem ser revistas as disposições contrárias ao princípio da igualdade de tratamento que figurassem em convenções coletivas ou em contratos individuais de trabalho, em regulamentos internos das empresas, bem como nos estatutos das profissões independentes (al. b)) e de que fossem revistas as disposições legislativas, regulamentares ou administrativas contrárias ao princípio da igualdade de tratamento em relação às quais a preocupação de proteção que as inspirou na origem tivesse deixado de ter fundamento, e que para as disposições convencionais da mesma natureza, os parceiros sociais fossem convidados a proceder às desejáveis revisões²⁹⁰.

Mas, a par da consagração do princípio geral da não discriminação, esta Diretiva previu dois tipos de exceções. A primeira exceção esteve consagrada no n.º 2 do seu art. 2.º e previu a exclusão do princípio de igual tratamento no acesso ao emprego relativamente àquelas atividades profissionais que “em razão da sua natureza ou das condições do seu exercício” só pudessem ser exercidas por trabalhadores de determinado sexo. A segunda, no n.º 4 do art. 2.º, admitiu a existência de disposições legais que protegessem a mulher, nomeadamente no que dissesse respeito à gravidez e maternidade, ou que tivessem como finalidade corrigir as desigualdades de facto que afetassem as mulheres no âmbito do acesso ao emprego²⁹¹. A presença destas exceções demonstrou, nas palavras de GUILHERME MACHADO DRAY²⁹², que o referido princípio deve ser considerado como “um princípio aberto e dinâmico, com apetência para a

²⁸⁹ Embora extravase o domínio laboral, esta Diretiva deve ser referida na medida em que tem implicações com a prestação de serviços e, portanto, com o trabalho autónomo. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I, op. cit., p. 205.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 253.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² *Ibidem*, p. 254.

resolução de casos concretos de acordo com as respectivas singularidades e especificidades”.

Mais recentemente foi aprovada a *Diretiva 2006/54/CE*, de 5 de Julho de 2006, de consolidação geral da regulamentação comunitária em matéria de igualdade de género no trabalho e no emprego, que integrou a *Diretiva 75/117*, a *Diretiva 76/207*, a *Diretiva 97/80* e a *Diretiva 86/378*, revogando-as.

No nosso ordenamento jurídico, inicialmente, a ideia de igualdade surgiu essencialmente ligada à ideia de proteção da integridade física e moral da mulher na prestação da atividade laboral. Contudo, mais tarde, essa ideia estendeu-se também à igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no que respeita tanto ao acesso ao emprego como à própria execução do contrato de trabalho. Para atingir esses objetivos, o legislador consagrou, no já revogado DL 392/79, de 20 de Setembro²⁹³, a igualdade de “oportunidades e tratamento no trabalho e no emprego, como consequência do direito ao trabalho consagrado na Constituição da República Portuguesa” (art. 1.º). O DL 392/79 teve em vista garantir às mulheres a igualdade com os homens ao nível das oportunidades e do tratamento no trabalho e emprego²⁹⁴. E teve a primazia de consagrar, pela primeira vez num diploma nacional, a noção de discriminação em razão do sexo (al. a) do art. 2.º).

Atualmente, para além da consagração constitucional (arts. 13.º, n.º2 do art. 58.º e al. a) do n.º1 do art. 59.º da CRP), esta matéria está disciplinada no Código do Trabalho, na sequência do que foi disposto nos revogados Decretos-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro (igualdade e não discriminação em função do sexo) e Lei n.º 105/97, de 13 de Setembro (igualdade de tratamento no trabalho e no emprego), nos artigos 23.º e ss. e 30.º e ss, respetivamente para regras gerais em matéria de igualdade e para a disciplina de igualdade de género.

Nos termos do art. 30.º do CT, no que respeita ao acesso ao emprego, tem-se por discriminação em razão do sexo todo e qualquer ato de exclusão ou restrição do acesso de um candidato a um emprego ou de um trabalhador, em razão do respetivo sexo, a qualquer tipo de atividade profissional ou à formação exigida para aceder a essa atividade, ou ao desenvolvimento da carreira profissional. Estas práticas

²⁹³ E no DL 426/88, de 18 de Novembro, para os trabalhadores do sector público.

²⁹⁴ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I, *op. cit.*, p. 254.

discriminatórias, que, nos termos da al. a) e al. b) do art. 23.º podem ser diretas ou indiretas, são proibidas, conforme resulta da regra geral do n.º1 do art. 25.º do CT²⁹⁵.

A esta valência do princípio da igualdade são aplicáveis as regras gerais sobre não discriminação. Assim, importa referir que, nos termos do n.º2 do art. 25.º do CT, não se considera discriminação a conduta do empregador relativamente a um trabalhador ou candidato que se baseie num dos fatores enunciados no n.º1 do art. 24.º, quando esse fator constitua um “requisito justificável e determinante para o exercício da atividade”, tendo em conta a “natureza dessa atividade ou o contexto da sua execução”, e desde que “o objetivo a atingir seja legítimo e o requisito proporcional”. Contudo, torna-se necessário ter em consideração que o princípio da igualdade corresponde a um direito fundamental, pelo que as restrições que lhe sejam feitas devem reduzir-se ao mínimo (art. 18.º da CRP). Ora, daqui podemos concluir que se consente uma certa abertura a situações que estejam estreitamente ligadas com a natureza da atividade a desempenhar, considerando-se que as diferenças fundadas no sexo não são discriminatórias quando os motivos não sejam arbitrários²⁹⁶. E, não obstante a celebração de um qualquer contrato de trabalho se encontrar sujeita ao estabelecido no art. 13.º da CRP, na al. b) do n.º2 do art. 58.º da CRP e aos arts. 30 e ss. do CT, certas discriminações baseadas no sexo podem ser, em determinado contexto, admissíveis²⁹⁷. Desta forma, parece ser de admitir que o empregador recrute somente mulheres quando tem em vista organizar uma passagem de modelos feminina ou quando pretende selecionar uma pessoa para o papel de atriz²⁹⁸. No entendimento de PEDRO ROMANO MARTINEZ²⁹⁹, não constitui discriminação o facto de se condicionar o recrutamento a um ou outro sexo nas atividades de moda, da arte ou do espetáculo. Concluímos assim que sobre os candidatos incide um dever de informação acerca do sexo e, por seu turno, ao empregador é lícito indagar o trabalhador sobre tal fator, quando tal tenha uma conexão objetiva com a atividade a desempenhar, como acontece nos exemplos referidos.

²⁹⁵ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, *op. cit.*, p. 158.

²⁹⁶ GUILHERME MACHADO DRAY, *O Princípio da Igualdade*, *op. cit.*, p. 260.

²⁹⁷ Tal como se estabelece, por exemplo, no n.º3 do art. 31.º do CT, são permitidas diferenças de remuneração quando “assentes em critérios objetivos”.

²⁹⁸ Exemplos facultados por PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, *op. cit.*, p. 62.

²⁹⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 390.

Outra exceção a este princípio geral diz respeito ao dever de informação relativamente ao sexo do trabalhador por existir uma conexão subjetiva com a atividade a prestar. Esta conexão diz respeito às convicções enraizadas na sociedade. Na esteira do que entende PEDRO ROMANO MARTINEZ³⁰⁰, “há certas profissões que, em função do sexo, constituem estereótipos socialmente implantados, não podendo a mentalidade enraizada numa sociedade ser modificada por uma norma de um diploma legal. Assim, nomeadamente as profissões de parteira, secretária, manicura, costureira, engomadeira, lavadeira, educadora de infância são quase sempre desempenhadas por trabalhadores do sexo feminino; enquanto atividades relacionadas com a construção civil, designadamente, servente de pedreiro, carpinteiro e pintor, bem como as profissões de estivador, moço de forcados, jogador de futebol ou mineiro, socialmente, estão associadas a trabalhadores do sexo masculino”. De facto, embora possa obviamente ocorrer uma reversão desta situação, o que se compreende com a evolução constante da sociedade, certo é que em alguns casos não parece legítimo que se imponha ao empregador que contrate um trabalhador de outro sexo. Desde que a distinção não seja discriminatória, em virtude do princípio da autonomia privada e da liberdade negocial, o empregador pode optar. Tal como o referido autor, também nós consideramos que deve ser considerada lícita toda a diferenciação baseada na natureza das coisas ou na diversidade das circunstâncias. Isto porque a distinção que venha a ser feita pode não ser atentatória da dignidade humana na medida em que tenha por base razões decorrentes da natureza da atividade a desempenhar. A opção do empregador pode não ter como objetivo “discriminar por discriminar”, ou seja, pode não ter a intenção de prejudicar o exercício de direitos por parte de um trabalhador pelo facto de ser de um determinado sexo. A opção do empregador poderá ter como fundamento o facto de, atendendo à natureza da tarefa, ela ser social e historicamente desempenhada por pessoas daquele sexo³⁰¹. Com isto não queremos de forma alguma sustentar a impossibilidade de se contratar um homem para as funções de parteira, por exemplo. Pelo contrário, concordamos com atitude dos empregadores que têm em vista desvirtuar os estereótipos existentes na sociedade. Simplesmente não podemos aceitar que uma

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ GUILHERME MACHADO DRAY, *O Princípio da Igualdade*, *op. cit.*, p. 278.

contratação orientada segundo a natureza da atividade, com base nas convicções enraizadas na sociedade seja considerada, sem mais, discriminatória³⁰².

Outra exceção a este princípio a que não podemos deixar de aludir diz respeito ao facto de, apesar de o direito à igualdade de oportunidades no acesso ao emprego abranger a igualdade nos critérios de seleção e nas condições de contratação em todos os setores de atividade e a todos os níveis hierárquicos, nos termos da al. b) do n.º3 do art. 24.º, este direito é compatível com as limitações que decorram da aplicação de normas relativas, por exemplo, à proteção da maternidade (designadamente as normas que vedam ou limitam o desempenho de atividades perigosas durante a gravidez, o puerpério e a amamentação).

Questão se coloca é, não se enquadrando a situação numa das exceções referidas, ou seja, sendo a discriminação considerada abusiva, arbitrária ou perversa, deve ou não o empregador ser obrigado a contratar o trabalhador discriminado? No nosso sistema jurídico não está prevista a obrigatoriedade de o empregador contratar o trabalhador discriminado, pelo que lhe caberá tão-só uma indemnização com base na *culpa in contrahendo*, na medida em que estejam preenchidos os respetivos pressupostos (art. 28.º do CT). Note-se que, ao regime da igualdade e não discriminação em razão do género (arts. 30.º e ss.) se aplicam as regras gerais da igualdade e não discriminação (arts. 23.º e ss.), nomeadamente as que dizem respeito à repartição do ónus da prova (n.º5 do art. 25.º). Assim, cabe ao trabalhador que se considera discriminado fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado. Feita esta prova, incumbe ao empregador demonstrar que as diferenças em função do sexo invocadas não assentam num fator discriminatório, na medida em que têm uma justificação plausível³⁰³.

Sobre esta problemática da igualdade cabe, por último, fazer uma breve observação no que diz respeito à necessidade de conjugação³⁰⁴ entre o princípio da igualdade de género e a matéria da maternidade e da paternidade e a temática da

³⁰² PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 392.

³⁰³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 395 e 396.

³⁰⁴ Apesar de o Código do Trabalho ter apresentado separadamente a matéria de igualdade de género e a matéria da maternidade e paternidade, deve salientar-se a importância das medidas que promovam uma participação equilibrada dos homens e das mulheres nas tarefas inerentes à conciliação entre a vida familiar e profissional para a promoção da igualdade de género no acesso ao emprego. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, op. cit., p. 160.

conciliação entre a vida profissional e a vida familiar. Esta conjugação é particularmente relevante na fase de acesso ao emprego na medida em que, utilizando as palavras de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³⁰⁵ “as responsabilidades familiares e a situação familiar das mulheres constitui, na prática e com muita frequência, obstáculos materiais à sua contratação laboral ou ao seu acesso a determinadas categorias profissionais”. Sobretudo em Portugal, onde as responsabilidades familiares são assumidas sobretudo pelas mulheres trabalhadoras³⁰⁶. A repartição não equitativa das responsabilidades inerentes à vida familiar é fonte (mediata ou imediata) de situações de tratamento discriminatório em função do sexo. E estas discriminações atingem tanto mulheres como homens. Senão vejamos: no acesso ao emprego, muitas vezes a mulher é preterida por razões ligadas à maternidade, como sejam, por exemplo, o facto de o empregador temer que a candidata venha a faltar frequentemente ao trabalho para acompanhar os filhos ao médico. Mas, por outro lado, se o trabalhador homem pretende ter uma maior participação na vida familiar e exercer os direitos inerentes à paternidade, pode ser discriminado relativamente aos outros trabalhadores homens, ainda mais porque essa tarefa cabe quase sempre às mulheres. Daí sustentarmos de que o direito a uma repartição equitativa das responsabilidades inerentes à maternidade e paternidade constitui um pressuposto do princípio de igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras³⁰⁷. Este regime foi introduzido com o Código do Trabalho de 2009 e teve em vista a conciliação da vida familiar com a vida profissional e a promoção da igualdade de género, numa lógica de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, não apenas no que respeita ao emprego mas também no quadro do exercício dos direitos de parentalidade³⁰⁸.

1.7.6. Filiação Sindical

Para evitar atitudes discriminatórias, a Lei da Protecção de Dados contém uma disposição especial em matéria de filiação sindical, proibindo o tratamento deste dado

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Conciliação Equilibrada entre a Vida Profissional e Familiar – uma condição para a igualdade entre mulheres e homens na União Europeia, Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 269.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 271.

³⁰⁸ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado, op. cit.*, p. 192.

peçoal (n.º1 do art. 7.º). A própria constituição, no n.º3 do art. 35.º também estabelece esta proibição. No que diz respeito à legislação laboral, esta é omissa quanto à possibilidade ou impossibilidade de o empregador indagar o trabalhador, na fase de acesso ao emprego, sobre a pertença a alguma filiação sindical ou mesmo sobre as suas convicções sindicais. Contudo, a regra quanto a esta matéria continua a ser a mesma que fixamos para as anteriores, ou seja, as questões sobre filiação sindical apenas são admitidas na medida em que sejam relevantes para a prestação da atividade laboral (n.º2 do art. 106.º). Ora, por entendermos que estas questões não apresentam qualquer importância para a prestação da atividade laboral ou para a avaliação da capacidade ou aptidão do trabalhador, elas devem ser, em princípio, vedadas ao empregador³⁰⁹. Não encontramos explicação para a legitimidade dessas questões na medida em que nenhuma razão justifica que o empregador possa ponderar a qualidade de filiado num determinado sindicato na decisão de contratar. Seria completamente bárbaro que o empregador se recusasse a contratar com o trabalhador pelo simples facto de ele pertencer a um determinado sindicato.

A problemática aqui subjacente prende-se com o facto de o empregador ter legítimo interesse em conhecer esta informação na medida em que existe uma necessidade da sua parte em saber se deverá processar as deduções salariais relativas ao pagamento das quotas sindicais (art. 458.º do CT). Tem ainda necessidade de saber quais as condições contratuais aplicáveis, uma vez que a celebração de um contrato de trabalho com um trabalhador filiado num sindicato pode vir a desencadear a aplicação de um determinado instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (art. 496.º do CT)³¹⁰.

Como sabemos, a lei autoriza que o pagamento da quota ao sindicato seja feito diretamente pela entidade empregadora (n.º 3 do art. 457.º do CT). Esta possibilidade foi também regulada pela Lei n.º 81/2001, de 28 de Julho, onde se prevê, no n.º4 do art. 4.º que “a entidade empregadora pode proceder ao tratamento automatizado de dados pessoais dos trabalhadores, referentes a filiação sindical, desde que, nos termos da lei, sejam exclusivamente utilizados no processamento do sistema de cobrança e entrega de quotas sindicais, previsto na presente lei”³¹¹. A legitimidade para o tratamento destes

³⁰⁹ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 247.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 248.

³¹¹ CATARINA SARMENTO E CASTRO, *A protecção dos dados pessoais*, op. cit., pp. 148 e 149.

dados depende, nos termos da al. b) do n.º2 do art. 2.º, da prévia existência de acordo entre as associações patronais e os sindicatos, ou de pedido do trabalhador³¹².

Esta exceção segue o regime da *diretiva n.º 95/46/CE*, quando, no n.º2 do art. 8.º admite que os Estados Membros possam autorizar o tratamento de dados sensíveis quando o seu tratamento seja necessário para o cumprimento das obrigações e dos direitos do responsável pelo tratamento no domínio da legislação laboral, desde que o mesmo seja autorizado por legislação nacional que estabeleça garantias adequadas³¹³.

Mas, mesmo nestes casos, o interesse do empregador não é legítimo nesta fase de negociações. Na verdade, como afirma SARA COSTA APOSTOLIDES³¹⁴, “estes interesses não são legítimos numa fase prévia à celebração do contrato, pelo simples facto de que eles não dizem respeito ao trabalhador nem à prestação da actividade laboral, mas sim ao exercício de obrigações que o empregador deve assumir no decurso da relação contratual. A necessidade de saber se determinado trabalhador é filiado num sindicato para efeitos de cobrança de quotas só surge depois da celebração do contrato”.

Uma eventual questão colocada pelo empregador sobre esta matéria, nesta fase, deve ser considerada discriminatória, por violação da al. d) do n.º2 do art. 24.º do CT.

Esta regra contém, todavia, uma exceção, no caso das *organizações de tendência*. Deste modo, a questão que verse sobre esta matéria já será legítima se estiver em causa um contrato de trabalho com uma associação sindical e a atividade a prestar seja de *tendência*.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 248.

CAPÍTULO III - O “DIREITO” A MENTIR

A temática da formulação de questões pelo empregador ao trabalhador, sobre a qual nos debruçamos no último capítulo, levanta finalmente um outro problema.

Certo, o candidato a trabalhador “deve informar o empregador sobre aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral” (n.º2 do art. 106.º do CT). Mas, do mesmo modo, também o empregador não poderá exigir que o candidato a emprego preste informações relativas à sua vida privada, à sua saúde ou eventual estado de gravidez (n.º1 do art. 17.º do CT). Daqui decorre que ao empregador está vedada, no desenvolvimento de uma entrevista de seleção ou até num questionário escrito, a possibilidade de colocar questões que incidam sobre a vida afetiva, orientação sexual, convicções ideológicas, políticas e religiosas, eventual gravidez, preferência sindical, etc. Não pode, mas a questão é: e se o fizer? E se, no decurso de tal entrevista ou de tal questionário escrito o empregador colocar questões ilegítimas ao trabalhador³¹⁵? Nas entrevistas a que são sujeitos os candidatos, constantemente são-lhe formuladas questões que se afastam em muito das questões relacionadas com as suas aptidões e capacidades para o exercício da atividade, tais como: Possui algum vício? É portador de alguma patologia? Quais os seus *hobbies*? Possui casa e carro próprios? É filiado a algum partido político? Tem filhos ou pretende ter? Tem intenções de adotar? Como divide as responsabilidades na sua família? Na sua família há histórico de Câncer, Parkinson, Alzheimer ou outra doença? A lista das indagações é interminável e exprime exatamente a realidade da vida de quem precisa de um emprego para sobreviver.

Quando isto sucede, *quid iuris*?

Estes casos geram seguramente dois tipos de consequências. A primeira diz respeito à possibilidade de o empregador vir a incorrer em responsabilidade pré-contratual por violação do princípio da boa fé na formação do contrato de trabalho, nos termos do art. 102.º do CT e do art. 227.º do CC. A segunda consequência é a de que o trabalhador pode contestar a questão e/ou recusar-se legitimamente a responder. Mas é preciso recordar que, na prática, as situações não se colocam com esta simplicidade, principalmente no que diz respeito aos processos de recrutamento. Na verdade, só por

³¹⁵ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, op. cit., p. 180.

grande ingenuidade se poderá ignorar que o silêncio irá comprometer inevitavelmente a oportunidade de emprego, afastando o candidato do processo de seleção. Será que não devemos então ir mais longe, em nome da reserva da vida privada e da prevenção de práticas discriminatórias e defender a existência de um “direito” a mentir?

Na nossa opinião a resposta não poderá deixar de ser afirmativa. Como bem afirma WOLFGANG DÄUBLER³¹⁶, o silêncio seria a melhor forma de perder a oportunidade de ocupar o lugar a que se candidata, já que seria provável que o empregador quisesse despachar o trabalhador com boas palavras, desejando-lhe sorte. Alguns autores franceses também se pronunciaram sobre esta problemática, tendo admitido que existe um “direito de recusa” em relação a perguntas que não se revelem compatíveis com a finalidade e natureza do posto de trabalho a preencher. Mas, logo apelidaram esta estratégia de “suicida”, para o candidato³¹⁷. De facto, a verdade é que a falta de resposta ou a contestação do trabalhador serão certamente entendidas pelo empregador como um indício de que a resposta não lhe seria vantajosa, originando, desde logo, práticas discriminatórias. A nosso ver, tanto a recusa a responder como a resposta verdadeira a questões ilegítimas têm como resultado o afastamento do candidato daquele processo de seleção, apresentando-se a mentira como a única solução possível para o trabalhador não ser excluído. Nas palavras de GOÑI SEIN³¹⁸, “cuando la pregunta es capciosa y la respuesta omisiva puede entrañar un riesgo para el candidato, el aportar un dato falso puede ser oportuno, porque, además de impedir al empresario procurarse información sobre aspectos que no tiene derecho, ello cierra toda posibilidad de derivar ningún riesgo de discriminación basado en dicha información para el candidato”.

Deste modo, entendemos ser esta a única forma de conferir utilidade ao regime jurídico sobre as questões que são ou não admissíveis na fase pré-contratual da relação laboral. Caso contrário, a consequência seria a frustração do esforço investido no sentido de determinar que questões são admissíveis ou inadmissíveis nesta fase de formação do contrato.

³¹⁶ WOLFGANG DÄUBLER, *Derecho del trabajo*, Acero Serna e Acero López (trad.), Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 531, *apud* SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 256.

³¹⁷ AMADEU GUERRA, *A privacidade no local de trabalho. As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. As alterações do Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 167, nota 300.

³¹⁸ JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los limites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988, p. 91.

Esta posição parece-nos perfeitamente defensável no nosso ordenamento jurídico, mesmo em face dos artigos 102.º e 106.º do CT. Se à primeira vista se poderia dizer que uma resposta falsa constitui um comportamento ilícito por violar o princípio da *boa fé* na formação dos contratos (art. 102.º CT), deve ter-se em consideração que a boa fé não manda responder com verdade a quem coloca questões ilegítimas e impertinentes³¹⁹. Sendo a boa fé uma cláusula aberta e flexível, ela atende às circunstâncias do caso concreto e não pugna por uma solução que imponha que os sujeitos se tenham de comportar, em todas e quaisquer circunstâncias, de forma honesta, correta e leal³²⁰. Reiterando OLIVEIRA ASCENSÃO³²¹, a boa fé “permite vencer o formalismo inicial através da valoração. (...) O funcionamento da boa fé dá-se, antes de mais, perante o caso concreto”. Assim, neste caso, entendemos que não há um dever de responder com verdade e boa fé. “Só há que responder de boa fé e com verdade a quem tem o direito de perguntar ou a quem pergunta de boa fé...”³²².

Poderíamos também invocar contra esta posição o facto de a resposta falsa constituir uma situação de *dolo*. Nos termos dos arts. 253.º e 254.º do CC, o empregador pode anular o contrato de trabalho quando a sua vontade tenha sido determinada por dolo. Contudo, também este argumento não colhe na medida em que, nos termos dos mesmos artigos, só o denominado *dolus malus* releva. Ora, apesar de a resposta falsa dada pelo trabalhador não se integrar em qualquer dos conceitos presentes no n.º2 do art. 253.º do CT (*dolus bonus*), concordamos com SARA COSTA APOSTOLIDES³²³ no que concerne à aplicação analógica da parte final da mesma norma, uma vez que não existe nenhum dever de elucidar o empregador. O dolo do candidato incide sobre aspetos que o próprio legislador considera que não podem ser relevantes na decisão de contratar ou não contratar. Portanto, tal dolo não pode determinar a invalidade do contrato.

O terceiro e último argumento que pode ser utilizado contra esta orientação diz respeito ao facto de a resposta falsa do candidato representar um *comportamento contrário aos interesses da contraparte*. De facto, tal como referimos anteriormente, existe um dever de cooperação entre as partes na fase das negociações, de forma a

³¹⁹ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho, op. cit.*, p. 181.

³²⁰ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação, op. cit.*, p. 260.

³²¹ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. III - *Relações e situações jurídicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 181.

³²² JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 344.

³²³ *Ibidem*, p. 261.

concretizar o acordo. Contudo, apenas são aceitáveis os interesses legítimos. Quando as indagações são ilícitas, os interesses subjacentes não podem deixar de ser ilegítimos. Assim, nas palavras de SARA COSTA APOSTOLIDES³²⁴, “a resposta falsa apenas pode representar um comportamento contrário aos interesses ilegítimos do empregador, que não merecem tutela jurídica”.

Vários foram os autores que também se pronunciaram positivamente quanto à questão da existência de um “direito” a mentir. JÚLIO GOMES³²⁵, afirmando que o empregador não pode colocar questões relativas à saúde, vida sexual, domicílio, profissão dos pais e/ou do cônjuge, e ao modo como ocupa os tempos livres, refere que “se o empregador colocar questões deste tipo, o trabalhador tem o “direito” de mentir ou de se calar. O direito de mentir não é um direito geral de mentira, mas um “direito” particular em razão da matéria proibida sobre a qual incide a questão”.

FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO³²⁶, na esteira do que defende também TERESA COELHO MOREIRA³²⁷, escreveu na sua dissertação relativa à boa fé que “pode parecer paradoxal abordar-se o problema do direito a mentir em uma dissertação sobre a boa fé. Trata-se, no entanto, de paradoxo apenas aparente, no sentido de que tal direito existirá em circunstâncias excepcionais, caracterizando-se como faceta do próprio *ius resistendae* do empregado”.

Também LARISSA LEAL³²⁸ entende que a simples contestação das indagações ou condutas do empregador não seria suficiente para proteger o candidato na medida em que levaria ao mesmo resultado que o fornecimento da informação prosseguida.

No mesmo sentido, MENEZES LEITÃO³²⁹ afirma que, “no caso do candidato a emprego, uma vez que a recusa de informação pode determinar a sua imediata exclusão do processo de selecção, tem-se inclusivamente admitido a possibilidade de, como

³²⁴ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 261.

³²⁵ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 343.

³²⁶ FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO, *A boa fé no Contrato de Emprego*, São Paulo, Editora LTR, 1996, p. 247 apud LARISSA MARIA DE MORAES LEAL, *A aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé nas relações de trabalho – As interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjetivos individuais dos trabalhadores*, Revista Jurídica Brasília, Vol. VIII, n.º 82, dez/jan., 2007, p. 95.

³²⁷ Defende que a possibilidade de mentir só deve ser aceite como *última ratio*.

³²⁸ LARISSA MARIA DE MORAES LEAL, *A aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé nas relações de trabalho*, op. cit., p. 95.

³²⁹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho*, op. cit., p. 186.

forma de autodefesa, ele prestar ao empregador falsas informações sobre os seus dados pessoais”.

Para responder à questão “pode ou não o empregador invocar a quebra do dever de lealdade, por prestação de informações falsas na formação do contrato, como justa causa para o despedimento da trabalhadora grávida?” MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO³³⁰, refere que a resposta é claramente negativa por dois motivos. Em primeiro lugar porque sendo o pedido de informação ilícito, não pode o empregador prevalecer-se posteriormente desse ato ilícito que ele mesmo praticou e, em segundo lugar porque a atuação da trabalhadora corresponde a um meio substancial de defesa do seu direito à intimidade da vida privada.

Manifestando-se também inteiramente a favor do “direito” à mentira, JOÃO LEAL AMADO³³¹ entende que o único meio suscetível de preservar a possibilidade de acesso ao emprego e de prevenir práticas discriminatórias consiste em o trabalhador não se calar, antes dando ao empregador a resposta que ache que este pretende ouvir (e assim, eventualmente mentindo).

A própria jurisprudência portuguesa também já se referiu a esta possibilidade embora, no nosso entendimento, o devesse ter feito de forma mais clara e desenvolvida. Entendeu o TRL^{332 333} que é ilegítima a inquirição relativa à atividade profissional do cônjuge ou familiares do trabalhador, por consubstanciar uma inadmissível intrusão na vida privada, quer do próprio, como de todos os parentes, tendo considerado que o trabalhador não tem a obrigação nem o direito de revelar à entidade patronal aspetos da vida privada dos seus familiares, sob pena de violar os direitos de personalidade destes. Por isso, na sua análise à conduta da trabalhadora, e após uma breve referência à doutrina que se afirma a favor do “direito” à mentira, o tribunal concluiu, e a nosso ver bem, que não é possível qualificar o comportamento da trabalhadora como violador dos seus deveres de índole laboral.

³³⁰ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, *op. cit.*, p. 142.

³³¹ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, *op. cit.*, p. 181.

³³² Ac. do TRL, proc. n.º 4635/11.8TTLSB.L1-4, de 18 de Abril, de 2012 – www.dgsi.pt

³³³ No caso em análise a Requerente requereu a suspensão do seu despedimento, tendo alegado, em síntese, que a Requerida lhe instaurou um processo disciplinar que terminou com despedimento, verificando-se probabilidade séria de inexistência de justa causa, não sendo verdade que tenha faltado à verdade perante a sua entidade empregadora no que diz respeito à profissão do seu marido.

Na nossa perspetiva, e face a todo o atrás exposto, o “direito” à mentira deve ser aceite. Mas, naturalmente, com algumas cautelas. Admitimos a possibilidade de o trabalhador responder falsamente, mas apenas como solução de *última ratio*³³⁴. Assim, consideramos que o candidato só pode prestar informações falsas sobre os seus dados pessoais quando tal seja a única forma de preservar a sua esfera privada e a sua posição negocial. Secundando MONTROYA MELGAR³³⁵, “salvo casos extremos en que la mentira sea la única forma de preservar la esfera privada del trabajador u otro derecho fundamental en peligro, la inducción a contratar recurriendo a falsidades u ocultaciones constituirá un vicio en el consentimiento contractual”. Por outras palavras, na prestação de informações por parte do candidato não há “direito” a mentir sempre que entidade empregadora se reja por uma severa ética e pelos princípios constitucionais de não discriminação e de respeito pela privacidade³³⁶. Nas palavras de JEAN-CLAUDE JAVILLIER³³⁷, “Il n’existe donc pas de “droit au mensonge” qu’une certaine rumeur accrédirait. Le salarié a un devoir de loyauté dans les réponses données aux questions de l’employeur. Cependant, ainsi qu’il a déjà été observé, ce dernier doit se limiter à ce qui est strictement en lien et nécessaire pour l’emploi proposé”. O que está aqui em causa é descobrir a fronteira a partir da qual o trabalhador não pode omitir ou prestar informações falsas, sob pena de invalidade do contrato de trabalho ou responsabilidade pelos danos. Para isso, deverá ser feito um balanceamento no recrutamento dos candidatos entre, por um lado, a informação necessária naquilo que no plano jurídico corresponde à formação do contrato, em que existem obrigações de boa fé e de veracidade e, por outro lado, a necessidade de defesa dos contraentes de excessiva intrusão³³⁸. A partir do momento em que deixar de existir tal equilíbrio e o empregador ilegitimamente tentar recolher informações que extravasam o âmbito das suas competências, então a única forma que o candidato a emprego tem de se autodefender e assegurar que não é imediatamente excluído do processo de seleção é prestar ao empregador informações falsas sobre os seus dados pessoais, não podendo essas falsas informações ser consideradas determinantes para a invalidade do contrato de trabalho

³³⁴ Seguimos a posição de TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., pp. 174 e 175.

³³⁵ ALFREDO MONTROYA MELGAR, “*La buena fe en el derecho del trabajo*”, Madrid, Tecnos, 2001.

³³⁶ BERNARDO LOBO XAVIER, *O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras*, RDES, 2003, p. 19.

³³⁷ JEAN-CLAUDE JAVILLIER, *Droit du Travail*, op. cit., p. 248.

³³⁸ BERNARDO LOBO XAVIER, *O acesso à informação genética*, op. cit., p. 18.

(art. 121.º do CT, art. 251.º do CC)³³⁹. Se o trabalhador tem determinados deveres de informação, não tem, todavia, que lhe fornecer informações sobre factos que não sejam diretamente necessários para apreciar a sua aptidão e idoneidade para o posto de trabalho em causa³⁴⁰. Como bem menciona MENEZES CORDEIRO³⁴¹, “no tocante à pessoa do declaratório, o erro pode reportar-se à sua identidade ou às suas qualidades. Em qualquer dos casos, ele só será relevante quando atinja um elemento concretamente essencial, sendo – ou devendo ser – essa essencialidade conhecida pelo declaratório, pela aplicação do artigo 247.º”. No mesmo sentido, também PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA³⁴² defendem que quando o erro recaia sobre a pessoa ou sobre o objecto do negócio as consequências são iguais às do erro na declaração. Este está previsto no art. 247.º do CC e a anulabilidade depende do “destinatário da declaração conhecer a essencialidade para o declarante do elemento sobre que incidiu o erro”. Nestes casos o erro não pode ser considerado relevante uma vez que incidiu sobre factos da esfera pessoal que nada têm a ver com as capacidades para o exercício da profissão.

E, sendo ilícito o pedido das informações, o empregador não poderá invocar posteriormente a quebra do dever de lealdade, por prestação de informações falsas na formação do contrato na medida em que tal atuação constituiria, no mínimo, um caso de abuso de direito, na modalidade de *tu quoque*. Para além disso, a atuação do trabalhador corresponde a um meio substancial de defesa do seu direito à reserva da intimidade da vida privada sem sacrifício do direito do trabalho, que é suficiente para a justificar³⁴³. O recurso à mentira pode ser entendido como uma espécie de “legítima defesa³⁴⁴” contra uma agressão ou tentativa de agressão que está prestes acontecer aos direitos fundamentais do candidato ao emprego³⁴⁵. Embora a mentira consubstancie um

³³⁹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho*, AA.VV., *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 128.

³⁴⁰ TERESA COELHO MOREIRA, *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador*, *op. cit.*, p. 621.

³⁴¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, T. I, *op. cit.*, p. 614.

³⁴² FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp. 232 e 235.

³⁴³ MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, *op. cit.*, pp. 141 e 142.

³⁴⁴ Não queremos de forma alguma defender a aplicação deste instituto mas tão só demonstrar que no problema das respostas falsas a questões ilícitas está em causa a mesma *ratio*.

³⁴⁵ No mesmo sentido, AMADEU GUERRA, *A privacidade no local de trabalho*, *op. cit.*, p. 167 afirma que “a conduta do candidato que, para não revelar dados da sua intimidade da vida privada ou que podem prejudicar o exercício de um direito constitucionalmente protegido (o direito ao trabalho), presta falsas declarações traduz-se na utilização de um meio de “autodefesa”

comportamento ilícito, ele deve ser justificado na medida em que é o único meio capaz de preservar um interesse superior, o acesso ao emprego em pé de igualdade com os outros sujeitos³⁴⁶. Consideramos que a reação do trabalhador é proporcionada e compatível com a defesa dos seus direitos e interesses, apresentando-se como uma “forma adequada de garantir “preventivamente” o respeito pela sua intimidade e evitar o potencial risco de discriminação”³⁴⁷. Deste modo, sempre que o candidato a emprego estiver perante uma situação em que o futuro empregador, abusando do seu poder económico, tente colher informações suscetíveis de ferir os direitos que constitucional e legalmente lhe foram conferidos, ele terá o direito de resistir, recorrendo à mentira como forma de encobrir uma informação que lhe pareça despropositada à questão laboral e seja capaz de prejudicar a sua contratação. Isto, ainda que esteja em causa uma relação laboral que tenha subjacente uma *especial relação de confiança*, como é o caso, por exemplo, do desempenho de funções diretivas.

É certo que num estado de direito poderá causar alguma perplexidade que se defenda pela existência de um “direito” à mentira. Contudo, torna-se necessário relembrar que os direitos fundamentais visam a pessoa humana não só enquanto cidadão mas também enquanto trabalhador. Não é de todo possível dissociar a pessoa enquanto cidadão da pessoa enquanto trabalhador³⁴⁸. Nas palavras de GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA³⁴⁹, “os direitos fundamentais dos trabalhadores consubstanciam a cidadania no trabalho, contrabalançando a posição de dependência do trabalhador na relação de poder que é a relação de trabalho”. E o trabalhador, enquanto pessoa humana, tem direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Este direito, “na qualidade de expressão geral de uma esfera de liberdade pessoal, ele constitui um direito subjectivo fundamental do individuo, garantindo-lhe um *direito à formação livre da personalidade* ou *liberdade de acção* como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e

contra uma conduta que não está conforme com a lei e que pode, indevidamente, ser determinante para um juízo negativo sobre a sua continuidade no processo de selecção”.

³⁴⁶ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 260.

³⁴⁷ AMADEU GUERRA, *A privacidade no local de trabalho*, op. cit., p. 168.

³⁴⁸ Como observa JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, op. cit., p. 224, “o trabalhador não é, apenas, um ser laborioso e produtivo, alguém que se dedica a cumprir escrupulosamente as múltiplas obrigações emergentes do contrato de trabalho, vendendo as suas energias laborais com o fito de obter um determinado rendimento patrimonial; antes e mais do que trabalhador, ele é pessoa e um cidadão, ainda que, ao celebrar e executar o contrato de trabalho, ele fique colocado sob a autoridade e direcção de outrem, inserindo-se no respectivo âmbito de organização”.

³⁴⁹ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 706

um *direito de personalidade* fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da integridade desta³⁵⁰. Efetivamente, só é possível a pessoa afirmar-se e tomar as suas decisões se dotado de liberdade. Cabe ao direito proporcionar a todas as pessoas um igual acesso a condições que lhes permitam formar a sua personalidade. E garante-se a liberdade garantindo-se a não ingerência, tanto dos poderes públicos como dos poderes privados, na vida de cada um³⁵¹. Deste modo, cabe à candidata ao emprego decidir se quer ou não ser mãe e em que momento, qual a sua orientação política, ideológica ou religiosa, qual a sua orientação sexual, etc. A dignidade da pessoa humana determina o respeito pela liberdade e autonomia de cada um, nomeadamente no que se refere à definição da sua identidade. O “direito” à mentira deve ser visto como a única forma de o candidato tomar o leme da sua vida individual como bem entender. Não admitir o “direito” à mentira nas situações identificadas significa impedir que o trabalhador, enquanto ser humano, possa desenvolver livremente a sua personalidade. Este direito ao desenvolvimento da personalidade deve ser entendido como o direito que permite a cada um ser dotado de uma identidade, e assim, de uma imagem, de uma maneira de ser, de estar, etc. É esta identidade que permite distinguir as pessoas entre si, tornando cada ser humano num sujeito único, dotado de características e de personalidade próprias. Como ensina JORGE MIRANDA³⁵², “a identidade pessoal é aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal. Num sentido amplo, o direito à identidade pessoal abrange o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projectada exteriormente em determinadas opções de vida. O direito à identidade pessoal postula um princípio de *verdade pessoal*. Ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que pessoal e identitariamente é. O direito à identidade pessoal liga-se, ainda, à proibição da discriminação do artigo 13.º, n.º2 da Constituição, pois as características aí identificadas são, na sua generalidade, constitutivas da identidade pessoal”.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 463.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 465.

³⁵² JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, T. I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 609.

Ora, são estes direitos de personalidade que impõem limites ao dever de informação do trabalhador. Os direitos de personalidade desenvolvidos a nível constitucional estão positivados no Código Civil e foram transpostos para o Código do Trabalho. São tutelados pelo CT nomeadamente através da previsão de um direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 16.º), da proteção de dados pessoais (art. 17.º) e da realização de testes e exames médicos (art. 19.º), o que constitui uma verdadeira limitação ao direito de informação do empregador e, ao mesmo tempo, uma exceção ao dever de informar do trabalhador.

Outra questão que se coloca é se este “direito” a mentir é defensável apenas no âmbito do processo de formação do contrato de trabalho, ou se, pelo contrário, se estende à fase de execução do mesmo.

No entendimento de SARA COSTA APOSTOLIDES³⁵³ “a admissibilidade de respostas falsas só é defensável no âmbito do processo de formação do contrato de trabalho e não no decurso da relação laboral. Isto por uma razão muito simples: é que o risco de ser afastado, de uma forma ilegítima e discriminatória do processo de selecção já não se coloca no momento posterior ao da celebração do contrato. Se durante a execução do contrato de trabalho o empregador colocar ao trabalhador perguntas ilícitas este pode, como forma de garantir a reserva da sua vida privada, recusar-se a responder, o que constituirá uma forma de desobediência legítima (...) que, portanto, não gerará qualquer espécie de sanção disciplinar. Neste caso, o trabalhador pode recusar-se a responder mas não pode mentir”.

Não concordamos com esta posição. Ao invés, entendemos que também durante a execução do contrato o trabalhador terá o *direito a mentir* quando for confrontado com questões ilícitas. De facto, recusando-se a responder o trabalhador desobedece licitamente à sua entidade empregadora e, como tal, não deve ser disciplinarmente punido. Mas ainda assim desobedece. E tendo em consideração os amplos poderes de que esta é titular, “decerto não faltarão ocasiões nem escassearão formas de prejudicar aquele trabalhador silente, que o empregador tenderá a considerar insolente (promoções, transferências, gratificações, tolerâncias, etc.)”³⁵⁴. SARA COSTA APOSTOLIDES³⁵⁵ sustenta a sua tese no facto de, a seu ver, na fase pré-contratual, ao contrário da fase de

³⁵³ *Ibidem*, op. cit., p. 257.

³⁵⁴ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, op. cit., p. 181.

³⁵⁵ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 257.

execução do contrato estarmos perante dois problemas distintos. Nesta fase, estariam em causa tanto a reserva da vida privada (problema resolúvel através da simples recusa em responder) como a necessidade de proteção da posição negocial do trabalhador (que apenas pode ser resolvido através da admissibilidade de respostas incorretas a perguntas ilegítimas). Por seu turno, na fase de execução do contrato só estaria em causa o problema da proteção da vida privada. Com efeito, nesta fase o trabalhador apenas poderia recusar-se a responder. Contudo, como vimos, a posição contratual do trabalhador também pode ser ameaçada no âmbito da execução do contrato. Por isso, julgamos que, para que se possa tutelar a posição negocial do trabalhador face ao empregador, é necessário que se defenda também neste âmbito a existência de um “direito” a mentir por parte do trabalhador quando confrontado com questões ilícitas.

CAPÍTULO IV - OUTROS MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO

§ 1. Nota prévia

Já o dissemos anteriormente: o empregador tem todo o interesse, no âmbito de um processo de seleção, em recrutar o candidato mais apto ao desempenho daquela específica função. Contudo, não podemos descurar da implicação da pessoa do trabalhador na relação laboral e da conseqüente vulnerabilidade dos seus direitos fundamentais, o que nos conduz ao problema dos limites à possibilidade de indagação ao dispor da entidade empregadora, nomeadamente no que diz respeito aos métodos de indagação a utilizar e ao conteúdo da informação que se pretende obter através das investigações realizadas.

No que toca aos métodos de investigação cumpre referir, em primeiro lugar, que não existe no nosso ordenamento jurídico uma norma que regule esta matéria, pelo que deverá recorrer-se ao princípio da boa fé, enquanto princípio que deve reger as relações laborais³⁵⁶.

Diferentemente, no ordenamento jurídico francês esta matéria encontra-se regulada nos arts. L. 1221-8³⁵⁷ e L. 1221-9³⁵⁸ do C. Trav., onde encontramos três regras fundamentais: a regra da informação prévia ao candidato sobre os métodos de investigação utilizados, a regra da adequação dos métodos à finalidade e a regra da confidencialidade.

Todavia, a ausência de norma expressa sobre esta matéria não impede a formulação de alguns princípios gerais.

Em primeiro lugar entendemos dever ser dada preferência à formulação de questões diretas ao candidato a emprego, embora dentro dos limites da lei, como tivemos oportunidade de mencionar. E quando ao empregador esteja legalmente vedada

³⁵⁶ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p 185.

³⁵⁷ “Le candidat à un emploi est expressément informé, préalablement à leur mise en oeuvre, des méthodes et techniques d’aide au recrutement utilisées à son égard. Les résultats obtenus doivent rester confidentiels. Les méthodes et techniques d’aide au recrutement ou d’évaluation des salariés et des candidats à un emploi doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie”.

³⁵⁸ “Aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n’a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi”.

a possibilidade de questionar o candidato sobre determinada matéria, ele não poderá utilizar outros métodos para recolher essa mesma informação. A formulação de questões surge normalmente no âmbito de uma *entrevista pessoal*, que consiste num diálogo entre o candidato e o empregador e que tem por fim identificar o candidato que melhor se adequa àquele posto de trabalho. Este método tem a vantagem de ser simples, de permitir ao empregador obter maior intercâmbio de informação e facilitar a observação direta das reações naturais e improvisadas do candidato (que verdadeiramente expressam a sua maneira de ser)³⁵⁹. Pode ainda ser utilizado como um meio para completar a informação que foi fornecida por outros métodos³⁶⁰. Contudo, e como já tivemos oportunidade de verificar, tem a desvantagem de ser suscetível de violar a esfera privada dos candidatos. Reiterando RONALD AMORIM E SOUZA³⁶¹, “na fase de admissão dos trabalhadores, muitas vezes, atinge-se a sua esfera privada através das entrevistas de selecção em que se fazem perguntas que por vezes violam preceitos constitucionais”.

Em segundo lugar, o candidato deve ser previamente informado, de forma expressa, dos métodos e técnicas de selecção aos quais vai ficar sujeito e a informação que através dele se pretende recolher, sendo certo que a subsequente utilização desses métodos carece do seu consentimento. Deste modo, quando o trabalhador dá o seu consentimento para que se realizem exames médicos para despiste do vírus HIV, não pode o empregador utilizar essa amostra para investigar se o candidato é consumidor de droga³⁶².

Por último, só podem solicitar-se informações com a finalidade de determinar a aptidão do candidato para ocupar o posto de trabalho proposto³⁶³.

³⁵⁹ JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada*, *op. cit.*, p. 96.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ RONALD AMORIM E SOUZA, *Invasão da privacidade do empregado*, *Direito do Trabalho, Estudos*, Salvador, 1997, p. 100 *apud* Teresa COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 186.

³⁶² Exemplo retirado de SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 263, nota 702.

³⁶³ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 185 e SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, pp. 262 e 263.

§ 2. Questionários escritos

Já referimos *supra* que a entrevista pessoal deve ocupar um lugar de primazia por ser particularmente adequada às características do contrato de trabalho, especialmente ao seu carácter *intuitu personae*³⁶⁴. Contudo, quando o número de candidatos é muito elevado, as entidades empregadoras optam por formular questionários que, apesar de não permitirem aferir da personalidade e das reações espontâneas dos candidatos, têm outras vantagens, como sejam o facto de possibilitarem a avaliação de aspetos como a caligrafia, a qualidade da ortografia e a sintaxe³⁶⁵. Tal como referimos para as entrevistas, também neste âmbito o empregador não poderá indagar sobre aspetos da vida privada do candidato. E, como já sabemos, para que as questões colocadas pelo empregador sejam consideradas legítimas, elas hão de ter uma relação direta com a atividade a prestar. Via de regra, a vida privada do trabalhador deve ser considerada totalmente irrelevante para aferir da sua aptidão profissional. E como explica CAPELO DE SOUSA³⁶⁶, “a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respectivos acontecimentos e trajectórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio, (...) e demais elementos privados da actividade profissional e económica, bem como também *last but not the last*, a própria reserva sobre a intimidade privada do homem no seu ser para si mesmo, *v.g.*, sobre o seu direito a estar só e sobre os caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva”. Assim, a utilização de questionários para indagar sobre os aspetos incluídos na esfera privada do candidato deve ser vedada por afetar a sua estrutura intelectual e volitiva. O autor menciona, a título exemplificativo, a inadmissibilidade da utilização deste método para indagar sobre a prática religiosa sem relação com o emprego solicitado. E frise-se: *sem relação com o emprego solicitado*, pois casos existem em que esta característica assume relevância, como acontece nas já mencionadas organizações de tendência.

³⁶⁴ FERNANDO DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, p. 108.

³⁶⁵ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 187.

³⁶⁶ RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 316 e ss.

Uma possível forma de restringir as perguntas ilegítimas nos questionários escritos seria a sua sujeição a aprovação prévia dos representantes de trabalhadores, com o objetivo de comprovar a licitude das perguntas formuladas³⁶⁷. O nosso ordenamento jurídico prevê, na Lei n.º 67/98, aplicável também à recolha de dados pessoais na fase de formação do contrato de trabalho, que em relação aos dados sensíveis o tratamento é, via de regra, proibido, só sendo admitido mediante disposição legal ou autorização da CNPD (n.º2 do art. 7.º). Contudo, apesar de à primeira vista esta disposição parecer cumprir o objetivo proposto, tal não sucede na medida em que basta o consentimento do candidato para que o tratamento seja admissível. Ora tendo em consideração que o candidato se encontra numa posição de debilidade, logo se conclui que tenderá a dar o seu consentimento, ainda que essa não seja a sua verdadeira vontade. Como defende CATARINA SARMENTO E CASTRO³⁶⁸, dada a dependência do trabalhador esta não se apresenta como uma boa solução e permite até contornar o requisito da autorização legal ou autorização da CNPD, bastando a mera inserção no questionário da referência ao consentimento expresso do trabalhador que este apenas tenha de assinar. Dito de outro modo, o requisito da autorização prévia da CNPD não se impõe obrigatoriamente.

Ainda neste âmbito, poderíamos também colocar a questão da admissibilidade ou inadmissibilidade da inserção de perguntas no questionário que, embora incidam sobre a vida privada do candidato, sejam facultativas. Contudo, concordamos com TERESA COELHO MOREIRA³⁶⁹ quando afirma que, apesar de estarmos perante uma limitação voluntária de um direito de personalidade, prevista no n.º2 do art. 81.º do CC, este tipo de limitações poderão “camuflar situações de indagações ilícitas na medida em que o candidato ao emprego sentir-se-á quase forçado a fornecer os dados perante a desigualdade pré-contratual existente”. Isto porque, se este não responder às questões colocadas nos questionários, o empregador naturalmente tenderá a excluí-lo do processo de seleção. Portanto, na nossa perspetiva, a formulação de tais questões deve ser considerada ilícita, e sempre que forem colocadas pelo empregador nos questionários o candidato terá direito a responder falsamente.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 190.

³⁶⁸ CATARINA SARMENTO E CASTRO, *A protecção dos dados pessoais*, *op. cit.*, p. 58.

³⁶⁹ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 187.

§ 3. Testes psicológicos

Todos os dias milhares de candidatos são submetidos a testes psicológicos visando o preenchimento de uma vaga para o emprego. Estes testes consistem na submissão do candidato a um conjunto de estímulos padronizados com o objetivo de comprovar e comparar as reações daquele candidato com outros padrões de resposta anteriormente obtidos na mesma situação experimental³⁷⁰. A sua finalidade é a de avaliar a habilidade mental, verbal, matemática ou espacial, psicomotora e mecânica e também a atenção, a memória e a imaginação³⁷¹. Através da utilização destes testes a entidade empregadora consegue avaliar não só as capacidades do candidato para o posto de trabalho mas também a sua personalidade relativamente a aspetos que nada têm a ver com o emprego proposto, invadindo deste modo a esfera privada do candidato³⁷². Deste modo, só podemos concluir que a utilização deste método de indagação é bastante perigosa na medida em que permite explorar a personalidade humana e possibilita que a seleção dos candidatos seja feita com base em critérios não controláveis objetivamente³⁷³. Para além disso, estes testes podem ser utilizados como forma de camuflar decisões discriminatórias. Basta pensar, por exemplo, na possibilidade de a entidade empregadora transmitir à candidata grávida que esta que não obteve os resultados mínimos exigidos. O problema é que, como refere VICENTE PACHÉS³⁷⁴, “si ya el contrato de trabajo se constata una relación de supremacia del empresario respecto del trabajador, en el momento de la selección de personal, la situación de inferioridad en que queda el aspirante es absoluta. El elevado número de aspirantes a n puesto de trabajo, su frágil situación económica, las difíciles y escasas posibilidades de empleo, le obligan a tolerar graves abusos en cuanto a injerencias en su personalidad se refiere”. A recusa à realização dos testes é sinónimo de exclusão do processo de seleção e consequentemente do trabalho que proporcionaria uma vida condigna ao candidato e

³⁷⁰ Nalguns casos, em vez da efetiva realização destes testes, é utilizado durante a entrevista um psicólogo profissional que avalia o carácter do candidato.

³⁷¹ JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada.*, op. cit., pp. 91 e 92.

³⁷² AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ, *La protection de la vie privée du salarié: la situation dans les Amériques*, R.I.T., Vol. 134, n.º3, 1995 p. 333, “outre qu’il permet de mesurer les aptitudes du candidat en vue du poste auquel il aspire, cet examen permet aussi de recueillir des informations sur d’autres aspects, comme la réaction du candidat dans une situation conflictuelle”.

³⁷³ JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada*, op. cit., p. 92 refere que “trátase de un instrumento de investigación psicológico altamente peligroso, por cuanto puede suponer de quiebra del derecho a la intimidad del individuo si es usado clandestinamente o sin causa objetiva justificada”.

³⁷⁴ FERNANDO DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador*, op. cit., p. 89.

respetiva família³⁷⁵. Portanto a questão deve situar-se na base da admissibilidade ou inadmissibilidade destes testes. Esta matéria deve ser resolvida à luz do art. 17.º do CT e não do art. 19.º na medida em que o que está aqui em causa não é a saúde do trabalhador, mas sim a sua habilidade psíquica para a execução da atividade. Estamos perante testes que permitem indagar da personalidade do trabalhador e não da sua saúde. Assim, da aplicação deste normativo resulta que os testes psicológicos só devem ser admitidos quando se mostrem necessários e relevantes para avaliar a aptidão do candidato, devendo o empregador apresentar fundamentação escrita que deve conter as razões que motivaram o empregador a recorrer a este tipo de método^{376 377 378}. Ficam desde logo excluídos os testes que visam avaliar o coeficiente de inteligência ou os testes à personalidade em geral³⁷⁹. Assim, defendemos que a sua aplicação generalizada deverá ser considerada ilícita na medida em consubstancia uma intromissão injustificada à esfera estritamente privada do trabalhador³⁸⁰. Apenas excecionalmente, quando a personalidade do candidato constitua um requisito indispensável à adequada execução do contrato, e a realização do teste seja o único meio para aferir da aptidão ou inaptidão do candidato, estes testes devem ser admitidos³⁸¹. A título meramente exemplificativo podemos referir o caso de um piloto de avião na medida em que naturalmente este não deve revelar instabilidade emocional, sob pena da sua contratação ser recusada pelo risco que esse desvio comportamental pode originar na execução das tarefas, para si ou para terceiros. Já não se justifica a aplicação destes testes invasivos da privacidade

³⁷⁵ Como refere JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada*, op. cit., p. 92 que “El negarse a someter a los tests puede suponer una aventura de previsibles consecuencias nefastas para el candidato plasmadas en la automática expulsión”.

³⁷⁶ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 277 e 278.

³⁷⁷ Quanto à fundamentação escrita recordamos o que dissemos relativamente aos princípios gerais em matéria de métodos de investigação, ou seja, essa fundamentação deve conter as razões que motivaram o empregador a recorrer a este tipo de método, indicando a metodologia adotada e a informação que tem em vista recolher.

³⁷⁸ No mesmo sentido, ANTOINE MAZEAUD, *Droit du travail*, 2ª edition, Paris, Montchrestien, 2000, p. 245 refere que “L’approche est intéressante, notamment en ce qu’elle envisage le stade pré-contractuel du recrutement. Les nouveaux articles L.121-6 et suivants du Code du travail tentent ainsi de réglementer les informations demandées au candidat. Elles ne peuvent avoir pour finalité que d’apprécier la capacité de ce dernier à occuper l’emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles; en conséquence, elles doivent présenter un lien *direct et nécessaire* avec l’emploi proposé ou avec l’évaluation des aptitudes professionnelles. En contrepartie, le candidat est tenu d’y répondre de bonne foi, obligation pré-contractuelle empruntée au droit comparé. Le recruteur est en outre tenu d’une obligation de renseignement sur les méthodes et techniques utilisées, qui doivent être pertinentes au regard de la finalité poursuivie; cette exigence n’est pas vaine, face à certaines techniques pseudo scientifiques, d’un charlatanisme patente.”

³⁷⁹ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 277 e 278.

³⁸⁰ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 192.

³⁸¹ Seguimos a posição de TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 192 e de JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada*, op. cit., p. 95.

quando o posto de trabalho a ocupar se circunscreva a funções meramente administrativas. Contudo, mesmo nos casos excepcionálíssimos em que tais testes são admissíveis, é necessário que se preencham determinados requisitos, como sejam³⁸²: a) consentimento do candidato à sua realização³⁸³; b) comunicação ao candidato do modo como vai ser realizado o(s) teste(s) e o fim a que se destina(m); c) o candidato deve ser previamente avisado das qualidades psicofísicas necessárias para a correta realização da atividade laboral, para que possa comprovar se está ou não capacitado para superar as provas; d) a investigação só pode referir-se àquelas qualidades pessoais que constituam um fator essencial para o cumprimento da prestação e) realização dos testes por pessoas especializadas. Estes especialistas devem somente comunicar ao empregador se o candidato está ou não apto ao exercício da atividade laboral e, caso seja excluído, constitui obrigação do psicólogo que realizou o exame destruir todos os dados que recolheu.

§ 4. Testes e exames médicos em geral

No cerne da problemática dos testes e exames médicos encontra-se uma colisão de direitos: por um lado, o direito do empregador em saber se o candidato a emprego ou trabalhador reúne ou não as condições físicas e psíquicas necessárias para o exercício das funções que lhe são confiadas, por outro lado os direitos do candidato a emprego, nomeadamente o direito à dignidade, à integridade física e moral, à não discriminação e, claro, o direito à reserva da intimidade da sua vida privada.

A questão de saber se o empregador pode exigir a realização de testes e exames médicos com vista a recolher informações sobre o candidato a emprego encontra-se regulada no n.º1 do art. 19.º do CT, segundo o qual “para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem, devendo em qualquer caso

³⁸² TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., pp. 193 e 194 e JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada*, op. cit., pp. 92 e ss.

³⁸³ Consentimento este que muitas vezes não é livre tendo em consideração a situação de debilidade do candidato.

ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respetiva fundamentação”. A primeira parte do respetivo artigo afirma, como princípio geral, que ao empregador está vedada a possibilidade de exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos para comprovar as suas condições físicas ou psíquicas. Também neste caso, à semelhança do que sucede no art. 17.º do CT, se tem em vista não só o trabalhador, mas também aquele que se candidata ao emprego, ficando abrangidos os atos e negócios praticados nos preliminares da formação contratual³⁸⁴. E mais uma vez está em causa a proteção da esfera íntima do candidato a emprego, bem como a respetiva integridade moral e física³⁸⁵.

O princípio de inexigibilidade ao candidato a emprego ou ao trabalhador da realização ou apresentação de testes médicos é, todavia, fortemente mitigado por diversas e significativas exceções.

Em primeiro lugar ressalvam-se as situações previstas na legislação relativa à segurança e saúde no trabalho, que atualmente se encontra regulamentada nos artigos 108.º e seguintes da Lei 102/2009, de 10 de Setembro, alterada pela Lei 3/2014 de 28 de Janeiro. Este diploma prevê, como forma de promover e prevenir a segurança e saúde dos trabalhadores, a admissibilidade da realização de testes de admissão, antes do início da prestação de trabalho, ou, se a urgência o justificar, nos quinze dias seguintes (art. 108.º da Lei 102/2009), a fim de comprovar e avaliar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da atividade³⁸⁶, bem como a repercussão desta e das condições em que é prestada na saúde do mesmo.

Em segundo lugar, da própria análise à segunda parte do n.º1 do art. 19.º, também podemos concluir pela presença de limitações ao princípio geral *supra*

³⁸⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., p. 160.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 216, nota 602, chama a atenção para o facto de o controlo do empregador sobre a aptidão física do trabalhador ter em vista a salvaguarda do interesse público no caso de certos sectores onde se exigem particulares cautelas sanitárias. Noutros casos, o controlo é conferido ao empregador mas no interesse do trabalhador, logo na altura da contratação. Existem ainda outras situações onde o controlo da idoneidade física do trabalhador existe no exclusivo interesse do empregador. Se, antes da contratação, o controlo médico realizado através dos exames médicos de admissão não responde às exigências de tutela da saúde, segurança ou higiene em relação às tarefas a que vai ficar adstrito, então é normalmente direcionada para a discriminação dos trabalhadores mais débeis, o que contraria os princípios da igualdade de tratamento e proibição da discriminação.

mencionado, desde que preenchidos cumulativamente três requisitos³⁸⁷: em termos substantivos, o empregador poderá exigir a realização ou apresentação de exames médicos quando a finalidade de tal exigência se relacione com a proteção e segurança do candidato ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem³⁸⁸; do ponto de vista formal impõe-se que o empregador forneça por escrito ao candidato a emprego ou ao trabalhador a fundamentação que preside á referida exigência e que as informações sejam prestadas a um médico; em termos procedimentais, exige-se a intermediação de um médico³⁸⁹ ³⁹⁰. Assim, se estiver em causa, por exemplo, uma atividade de manuseamento de produtos tóxicos, justifica-se que o empregador exija ao candidato a realização de exames médicos destinados a comprovar a inexistência de doenças respiratórias, com a finalidade de proteger a saúde do trabalhador; já se se tratar do exercício de funções de enfermagem na unidade de cuidados intensivos de um serviço hospitalar, justifica-se que o empregador exija ao trabalhador testes comprovativos de que o mesmo não padece de qualquer doença infeto-contagiosa, mas agora para proteção da saúde de terceiros; se estiver em causa a contratação de um praticante desportivo, é a própria natureza da atividade que justifica tal exigência³⁹¹.

Atente-se que, confrontando o regime previsto no DL 102/2009 com o art. 19.º do CT, podemos verificar que há uma situação que cabe no âmbito do art. 19.º do CT, mas não no âmbito do art. 108.º da aludida lei. Trata-se dos casos em que a finalidade da realização dos testes ou exames médicos é a proteção e a segurança de terceiros. Tal permite que se justifique a realização de exames médicos para, por exemplo, analisar uma doença contagiosa que, apesar de não ter repercussão no exercício da atividade, pode pôr em perigo a saúde de terceiros.

³⁸⁷ A que acrescem, naturalmente, os requisitos gerais previstos para todos os métodos de indagação.

³⁸⁸ A referência a “*particulares exigências inerentes à atividade*” postula a existência de uma especial conexão entre as informações exigidas e as características objetivas da atividade, em termos tais que a exigência ao candidato a emprego ou ao trabalhador da realização ou apresentação de testes médicos seja justificada pelas características objetivas da função. DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho* - www.oa.pt

³⁸⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado, op. cit.*, p. 160.

³⁹⁰ A favor deste método de indagação, PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação, op. cit.*, p. 71, quando alega que “estes deveres de informação não obnubilam a possibilidade do empregador realizar os exames médicos que se afigurem necessários à apreciação, através do médico da empresa, da existência de aptidão física do candidato para desempenhar a actividade objecto do contrato de trabalho”.

³⁹¹ Exemplos facultados por PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado, op. cit.*, pp. 160 e 161.

Face aos resultados do exame de admissão, o médico preenche a respetiva ficha de aptidão e remete uma cópia ao responsável dos recursos humanos da empresa, sem mencionar qualquer elemento sujeito ao sigilo profissional e, no caso de inaptidão, deve indicar que outras funções o trabalhador poderia desempenhar, ao abrigo do disposto nos n.ºs 1,2 e 3 do art. 109.º da Lei 102/2009. Neste processo, o trabalhador tem o dever de cooperar ativamente, nomeadamente comparecendo aos exames determinados pelo médico do trabalho (al. d) do n.º1 do art. 17.º). Contudo, como sabemos, estes testes e exames só podem ser realizados com o consentimento do candidato. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se a testes ou exames médicos. Para além disso, os mesmos devem ter como finalidade somente a recolha da informação sobre a qual o candidato deu o seu consentimento. Daí a importância da fundamentação escrita, como requisito adicional ao requisito da admissibilidade da realização de testes e exames médicos, previsto no n.º1 art. 19.º do CT. Nessa fundamentação deve o empregador fazer referência à finalidade da recolha da informação. Como afirma SARA COSTA APOSTOLIDES³⁹², “não basta que o empregador motive os exames médicos na necessidade de averiguar a aptidão física ou psíquica do trabalhador. É necessário que especifique quais os tipos de doença e incompatibilidades que se visa indagar e quais as razões da sua relevância”. Por isso, não é suficiente dizer que “o médico do trabalho está vinculado, nos exames a que procede ou manda proceder, ao aludido objectivo legal, o que implica necessariamente que ele se confine a um exame limitado e perfeitamente balizado por aquele objectivo”. É necessário, além disso, que o médico fique vinculado e limitado à recolha da informação para a qual o trabalhador deu o seu consentimento”.

Por fim, cumpre ainda chamar atenção para o n.º3 do art. 19.º do CT, uma vez que aqui se garante ao trabalhador a confidencialidade dos testes e exames médicos a que se tenha submetido. Assim, o médico responsável pelos exames só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para o exercício da atividade. Trata-se de um corolário do direito à reserva da intimidade da vida privada. O Código do Trabalho de 2009, à semelhança do que sucedeu também no art. 17.º, eliminou a possibilidade de o trabalhador autorizar o médico a comunicar ao empregador outras

³⁹² SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 265.

informações para além da aptidão ou não aptidão do trabalhador para o desempenho das suas funções, e o Código do Trabalho de 2012 manteve inalterada esta regra³⁹³.

4.1 Análise ao Ac. n.º 368/02^{394 395}

A problemática dos testes e exames de admissão foi objeto de uma longa apreciação por parte do Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 368/02, a propósito das normas constantes dos artigos 13.º, n.º2, al. e), 16.º, 17.º, 18.º e 19.º do já revogado DL n.º 26/94, de 1 de Fevereiro, que correspondem, com as devidas alterações, aos atuais artigos 17.º, n.º1, al. d), 98.º, n.º1, al. g) e 108.º e seguintes do DL 102/2009, de 10 de Setembro.

O Procurador-Geral da República requereu a inconstitucionalidade de algumas soluções do DL n.º 26/94, de 1 de Fevereiro, por considerar que através dele se criou “um sistema de indagação inquisitória e coerciva” (art. 19.º) do estado global de saúde de todos os trabalhadores e um dever de sujeição à realização de exames clínicos que o médico de trabalho entender necessários, o que permite uma devassa injustificada do núcleo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada do candidato e do trabalhador. Referiu que, ao exceder o âmbito das profissões de risco e das patologias estritamente profissionais, o sistema instituído implica uma restrição desproporcionada ao direito fundamental conferido pelo art. 26.º da CRP. Questionou ainda a criação de um verdadeiro “banco de dados” informatizado que engloba informações extremamente precisas e vastas relativamente ao estado global de saúde de cada trabalhador, sem que se preveja outra garantia que não seja a “mera proclamação da confidencialidade de tais dados”, violando assim o disposto nos n.ºs 1 a 7 do art. 35.º da CRP. Por fim, alegou ainda o requerente que os resultados dos exames e testes clínicos são “discricionariamente apreciados” pelo médico de trabalho, o que pode conduzir a uma “verdadeira inibição do exercício da profissão”, não existindo sequer “qualquer mecanismo específico que permita ao trabalhador fazer valer, com celeridade e efetividade, os seus direitos fundamentais atingidos”, violando desta forma o art. 47.º da CRP.

³⁹³ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., p. 161.

³⁹⁴ Ac. do TC 368/02, publicado no DR, II Série, 247, de 25 de Outubro de 2002, 17780-17791.

³⁹⁵ Cingir-nos-emos à avaliação da inconstitucionalidade material.

Notificado o Primeiro-Ministro, respondeu não existir qualquer inconstitucionalidade no diploma questionado. Sustentou que *in casu* não ocorreu qualquer violação do “núcleo essencial do direito à reserva da vida privada” (esfera íntima), que não são abrangidas todas as informações e elementos relativos ao estado de saúde de quem pretende ser ou é trabalhador, visto que as normas impugnadas têm a ver “não com o núcleo irredutível da esfera privada ou íntima do cidadão, mas com a dimensão social do direito fundamental em geral, e dos trabalhadores em particular”. Quanto à eventual violação do art. 35.º da CRP, admitindo que os dados sobre o estado de saúde quando referentes ao domínio das doenças do foro oncológico integram o conceito de vida privada, sustentou, todavia, que os dados a que se reportam os autos não se integram na categoria dos denominados “dados pessoais sensíveis” e não ofendem o núcleo duro, essencial e irredutível do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada. Explicou ainda que o médico de trabalho não goza de qualquer poder discricionário na medida em que está obrigado a deveres de confidencialidade e sigilo dos atos médicos e informações recolhidas dos trabalhadores. E que, existindo hoje sobre o tratamento informatizado de dados de natureza pessoal uma Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais face à Informática, são impostas “regras muito claras quanto à finalidade ou unicidade da recolha e tratamento automatizado, quanto à legalidade ou licitude da recolha e tratamento automatizado, quanto à veracidade e actualização dos dados, quanto à segurança, sigilo e confidencialidade dos dados recolhidos que impende sobre todos os intervenientes públicos ou privados, na recolha, tratamento, utilização e conservação de dados de natureza pessoal”. No que respeita ao “dever de cooperação dos trabalhadores”, previsto no art. 19.º daquela lei, referiu que ele é justificado na medida em que a recolha dos dados se mostra “necessária à execução das obrigações de trabalho ou da relação pública de emprego”, sendo certo que esses dados, não se integrando na classe dos denominados “dados pessoais sensíveis”, “são recolhidos junto dos trabalhadores, isto é, facultados por estes e não reclamados (...) por via de um “mecanismo coercitivo”. Relativamente à invocada “violação dos direitos ao trabalho e à escolha e exercício de profissão”, o Primeiro-Ministro afirmou que as normas não restringem de forma injustificada, intolerável, desproporcionada e desrazoável a “livre escolha e exercício da profissão” uma vez que este direito é relativo e não absoluto.

O Tribunal Constitucional, começando por definir o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, concluiu logo de seguida que este direito não é absoluto em

todos os casos e em todos os domínios. Entendeu que o dever de sujeição à realização de testes ou exames médicos não se traduz numa submissão fisicamente forçada, não configurando, deste modo, um conflito com os direitos à liberdade e à integridade física. Mas reconhece que, embora o trabalhador não seja constrangido à realização destes testes e exames, a sua efetivação constitui um verdadeiro ónus à obtenção ou manutenção do emprego. No entanto, considerou que o direito à reserva da intimidade da vida privada pode ser limitado em resultado da sua harmonização com outros direitos fundamentais ou com outros interesses constitucionalmente protegidos, no respeito pelo princípio da proporcionalidade, em termos de se considerarem admissíveis, em certas circunstâncias e com certas finalidades, os exames médicos obrigatórios. Não podemos deixar de concordar com o TC quando entendeu que o candidato ou trabalhador deve realizar os testes ou exames médicos adequados a assegurar que ele não representa um risco para terceiros, tendo sempre em consideração a natureza e o modo da prestação e sempre dentro de critérios de razoabilidade. A obrigatoriedade dessa sujeição não se poderá revelar, pela natureza e finalidade do exame, como abusiva, discriminatória ou arbitrária.

Embora tivesse reconhecido que, na prática, a finalidade da realização dos exames clínicos possa ser a deteção de situações patogénicas que nada tenham a ver com a aptidão física ou psíquica do candidato para o exercício da profissão, afirmou todavia que o médico está vinculado ao seu objetivo legal de se confinar a um exame limitado e balizado por aquele objetivo, devendo ater-se ao estritamente necessário para determinar a aptidão ou inaptidão física ou psíquica do trabalhador para o exercício das funções correspondentes à respetiva categoria profissional.

Explicou o TC que o n.º1 do art. 64.º da CRP, para além de reconhecer a todos um direito à proteção da saúde, também atribui a todos os cidadãos um dever de a defender e promover. Só que este dever imposto a todos os cidadãos não se refere à saúde privada mas à saúde pública. Deste modo, o Estado impõe aos cidadãos que, em virtude de estarem inseridos numa comunidade, tudo façam para preservar o bom estado sanitário geral. Acrescentou que, em determinados casos, o legislador encontra-se excecionalmente autorizado a, relativamente a determinados direitos, estabelecer restrições justificadas pela proteção legislativa dos indivíduos contra si mesmos, desde que tais restrições respeitem o princípio da proporcionalidade (art. 18.º da CRP). A razão da existência desta legislação laboral é a garantia de que a prestação de trabalho ocorra sem riscos para o próprio trabalhador, pelo que daqui não se pode concluir que se

tenha instituído um sistema de devassa da reserva da vida privada constitucionalmente censurável.

No que à criação de um “verdadeiro banco de dados” diz respeito, o TC referiu que as observações clínicas relativas aos exames médicos anotadas na ficha clínica estão sujeitas ao segredo profissional³⁹⁶, só tendo acesso a elas, no seio da empresa, o médico do trabalho. A própria ficha de aptidão apenas refere se o candidato esta “apto”, “apto condicionalmente”, “inapto temporariamente” ou “inapto definitivamente”. O médico de trabalho não pode transmitir ao empregador qualquer diagnóstico sobre o estado de saúde do candidato ou trabalhador sob pena de ser punido criminalmente (art. 195.º do CP), pelo que o Tribunal julgou que não é possível entender que o diploma em apreço crie um banco de dados sobre o estado de saúde dos trabalhadores, em violação com o disposto no art. 35.º da CRP.

No que concerne à alegada falta de garantia sobre a recolha, salvo a “mera proclamação” da sua confidencialidade, o TC veio dizer que apesar da ausência de mecanismos específicos no DL 26/94, é aplicável a Lei da Proteção de Dados Pessoais que garante a segurança e confidencialidade do tratamento dos dados atinentes ao estado de saúde, pelo que não se verifica qualquer violação ao art. 35.º da CRP.

Por último, no que se refere à pretensa violação do art. 47.º da CRP, por alegadamente existir uma apreciação discricionária dos exames e testes médicos pelo médico de trabalho, chegando mesmo a conduzir a uma inibição do exercício da profissão, o TC entendeu que as restrições ao exercício da profissão por motivos relacionados com a própria saúde (por inaptidão para o exercício de certa profissão), não se apresentam como desproporcionadas. Para além disso, o trabalhador pode sempre recorrer aos meios de defesa que a legislação lhe garante, tais como os procedimentos cautelares previstos no Código do Processo do Trabalho.

Pelo exposto, o TC decidiu não julgar inconstitucionais as referidas normas impugnadas.

Concordamos com a decisão do Tribunal por várias razões. Na verdade, a finalidade de garantir a segurança e saúde no trabalho constitui uma das prioridades em matéria laboral, reconhecendo-se a necessidade da realização de testes e exames médicos, embora sujeitando-os a certos limites (substantivos, formais e

³⁹⁶ Artigos 4.º, 28.º, 67.º a 80.º e 97.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

procedimentais). O problema que se coloca é o de saber se a obrigação do Estado de legislar no sentido de zelar pela saúde dos trabalhadores vai ao ponto de obrigar os trabalhadores à realização desses exames para defesa da sua própria saúde, mesmo quando eles não tenham interesse em realiza-los. É que não podemos deixar de ter em conta que essa obrigatoriedade conflitua com o direito à reserva da vida privada e com a liberdade de atuação do trabalhador, liberdade essa que abarca também uma dimensão negativa, i.e., a liberdade de não atuar e, conseqüentemente, de não realizar testes e exames médicos. Por isso, não podemos deixar de colocar algumas reservas relativamente a este ponto. De facto, como afirma ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN³⁹⁷, a sujeição à realização de testes e exames médicos que tenham em vista defender a saúde do próprio trabalhador pode constituir uma manifestação injustificada de paternalismo na medida em que o trabalhador deve ter o direito de assumir a responsabilidade sobre a sua própria saúde³⁹⁸. Contudo, também não podemos deixar de realçar que muitas vezes não é possível deslindar os riscos que recaem exclusivamente sobre o trabalhador, dos que podem afetar também terceiros. Para além disso, tendo em consideração o número significativo de doenças profissionais e acidentes de trabalho causados por inadequação ao posto de trabalho, em função do estado de saúde do trabalhador, o próprio empregador poderá ter interesse em avaliar esses riscos na medida em que ele pode vir a ser responsabilizado por eventuais acidentes e doenças profissionais.

Acresce ainda que, devendo a entidade patronal proporcionar a realização destes testes e exames, para proteção da saúde do trabalhador e de terceiros, se o trabalhador se pudesse livremente a eles isentar, provavelmente, em muitas situações, o trabalhador renunciaria à sua realização, não por vontade sua, mas por influência e pressão do próprio empregador.

³⁹⁷ LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentário al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)*, REDT, n.º 82, 1997, pp. 232 e 233.

³⁹⁸ Na sua perspetiva, estes testes e exames médicos só devem ser realizados quando o trabalhador dê o seu consentimento ou quando existam razões para presumir a existência de um risco que apresente uma certa gravidade.

§ 5. Testes para controlo do consumo de estupefacientes e de álcool

O problema do consumo de álcool e de estupefacientes no mundo laboral é cada vez mais frequente nas sociedades contemporâneas³⁹⁹. Desengane-se quem pensa que o consumo de álcool e de drogas não afeta a relação laboral. Quando este consumo é excessivo, os problemas laborais surgem ao nível da produtividade, da sinistralidade e também da conflitualidade⁴⁰⁰. Para evitar este tipo de problemas, alguns empregadores, no uso do seu poder diretivo, sujeitam os candidatos a emprego e até mesmo os já trabalhadores da empresa a testes para aferir do consumo de droga e de álcool. A admissibilidade destes testes implica, evidentemente, uma enorme intromissão na esfera íntima do trabalhador (na medida em que constitui uma manifestação da sua saúde), conflituando assim com os DLG do mesmo. Mais uma vez, estamos perante um conflito de interesses das partes. Por um lado, o interesse do empregador em saber se aquele candidato é consumidor habitual de álcool ou estupefacientes, na medida em que tal poderá afetar a sua competência, diminuindo a sua produtividade e tornando aquele trabalhador numa fonte potencial de perigo para o próprio trabalhador, para os seus colegas ou até para terceiros, pondo em causa a segurança no trabalho. Por outro lado, o interesse do candidato em ver protegida a sua vida privada e a não ser controlado.

Como regra geral, constituindo o consumo de álcool e de drogas também uma manifestação de certos hábitos de vida, entendemos que enquanto a vida extra-laboral do trabalhador não impedir o bom cumprimento do contrato de trabalho, ela deve ser alheia ao direito do trabalho na medida em que é irrelevante para a prossecução da relação laboral. E, “mesmo quando os excessos extra-laborais se reflitam negativamente na vida do trabalho, o que poderá ser apreciado e eventualmente sancionado, é este reflexo e não aqueles “excessos””⁴⁰¹.

Deste modo, apenas em situações excecionais poderá a entidade empregadora sujeitar o candidato ou trabalhador a este tipo de testes. Tal como referimos *supra*⁴⁰², apenas quando exista uma conexão objetiva entre esse estado de saúde e a prestação da

³⁹⁹ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 477, nota 1204, “dados disponibilizados pelo Governo indicam a existência de 1 milhão e 800 mil bebedores excessivos, dos quais 800 mil são dependentes, o que perfaz cerca de 8% da população portuguesa”.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, Vol. II, Coimbra, SASUC, 1999, p. 97.

⁴⁰² Cfr. ponto 1.7. *supra*.

atividade⁴⁰³. De facto, não nos repugna que o candidato a emprego esteja obrigado a realizar testes de despiste de álcool sempre que se candidata ao cargo de camionista, manobrador de máquinas, piloto ou até de desportista. A derrogação desta regra geral deve ser admitida sempre que, atendendo à natureza das funções para as quais está a decorrer o processo de seleção, ela se mostre necessária para a defesa de interesses superiores (quando esteja em causa a proteção da saúde e segurança do trabalhador ou de terceiros, conforme art. 19.º CT) e adequada a reduzir os riscos da sua violação⁴⁰⁴. Para além destas situações, os testes são ainda justificados sempre que sejam necessários para avaliar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício das funções. Concordamos com JÚLIO GOMES⁴⁰⁵ quando sustenta os seguintes princípios nesta matéria: a) só os trabalhadores que desempenhem funções em que exista um risco considerável devem ser sujeitos a testes; b) não podem existir alternativas razoáveis aos testes para averiguar o seu consumo; c) devem existir garantias procedimentais, como sejam o aviso prévio, a notificação dos resultados logo que possível; verificação do resultado através de um segundo teste de confirmação; acesso aos resultados antes de qualquer decisão e confidencialidade em relação aos resultados obtidos (o médico apenas poderá comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto ao desempenho da atividade). Nos restantes casos, o candidato não tem o dever de informar o trabalhador acerca de tais aspetos (nem, conseqüentemente, de se sujeitar à realização de testes).

Mais discutível é a questão de saber se esta necessidade de prevenção se verifica também para os trabalhadores que ocupam cargos de vigilância, supervisão ou cargos que implicam contactos com menores (v.g. educadores de infância). Consideramos que mesmo nestes casos se mantém a regra da irrelevância da vida extra-profissional do trabalhador, em respeito pelo direito à reserva da intimidade da vida privada em geral, e pelo direito a não ser controlado, em especial⁴⁰⁶. Na nossa opinião, o candidato ao emprego não deve ser sancionado mesmo antes de ter desrespeitado qualquer dever que resulte da relação laboral⁴⁰⁷. O risco não deve ser valorizado de tal ordem que justifique

⁴⁰³ PAULA MEIRA LOURENÇO, *Os deveres de informação*, op. cit., p. 76.

⁴⁰⁴ JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 98, nota 13.

⁴⁰⁵ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, op. cit., pp. 352 e 353.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ Seguimos a posição de SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 268, nota 722.

a realização destes testes com a conseqüente violação dos DLG do candidato, sob pena de se enfraquecer desmedidamente a regra geral contida no art. 19.º do CT, da inadmissibilidade da realização de testes e exames de saúde. Claro que, se posteriormente o candidato, aqui já trabalhador, consumir álcool e/ou estupefacientes de tal forma que comprometa o correto exercício das suas funções, poderá haver lugar a despedimento com justa causa. Até lá julgamos não se justificar qualquer desvio à regra geral⁴⁰⁸.

Um dos problemas que se coloca é que, muitas vezes, os empregadores invocam a necessidade da realização destes testes para averiguar a condição física dos candidatos, o estado do seu fígado ou de outros órgãos para, sem o consentimento do mesmo, detetar o consumo de álcool⁴⁰⁹. Sob pretexto da realização de exames para aferir da aptidão profissional, o empregador informa-se ainda sobre o consumo de drogas através de exames ao sangue ou a urina. Estes casos consubstanciam condutas ilícitas, através das quais os empregadores investigam se o candidato é consumidor de álcool ou de algum tipo de estupefacientes, tendo acesso a dados que nada têm a ver com a sua capacidade profissional ou com a sua aptidão para o exercício da tarefa que lhe está adstrita⁴¹⁰. Nas palavras de TERESA COELHO MOREIRA⁴¹¹, “são o fruto da desconfiança do empregador perante o candidato e que permitem decisões baseadas em factos que nada têm a ver com as capacidades profissionais das pessoas”. Estas situações concretizam verdadeiras invasões da privacidade sem o consentimento das pessoas visadas e violações do princípio da boa fé.

Outra crítica que não podemos deixar de fazer diz respeito ao carácter falível dos testes para despistagem do uso de droga⁴¹². A margem de erro deste tipo de testes é muito grande e varia consoante o tipo de droga. Para além disso têm ainda o inconveniente de detetar consumos e não consumidores, pelo que pode acontecer, como acontece por exemplo com o *cannabis*, estes testes detetarem drogas que foram consumidas há um largo período de tempo ou até, indicar consumos de alguém que não consumiu. Para além disso o seu resultado pode estar condicionado por vários fatores,

⁴⁰⁸ Em sentido oposto, defendendo a necessidade de realização de testes para despiste do consumo de álcool e estupefaciente, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 2004, p. 462

⁴⁰⁹ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 200.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 482.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 200.

⁴¹² *Ibidem*, pp. 200 e 482 e JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 352.

como seja, por exemplo, a interação com determinados fármacos ou a própria metabolização da droga⁴¹³.

Ponderado tudo isto, tendo em consideração que estes testes identificam consumos e não consumidores, são altamente falíveis, não são aptos a avaliar a capacidade para o exercício da profissão e são suscetíveis de violar os direitos fundamentais do candidato a emprego, apenas podemos concluir que, de uma maneira geral, estes testes deverão ser proibidos. Apenas excecionalmente, quando existam motivos ponderosos e não se vislumbrem soluções alternativas menos drásticas e com eficácia similar se permite a verificação desta invasão significativa da privacidade^{414 415}.

5.1 Soluções

Já o dissemos, via de regra, em homenagem ao direito à reserva da intimidade da vida privada, está vedada ao empregador a possibilidade da utilização de testes para o despiste de álcool e de estupefacientes. Contudo, é de conhecimento geral que o consumo de álcool e a ingestão de outro tipo de drogas tem várias consequências negativas, sobretudo ao nível da sinistralidade. Por isso, o Governo e os parceiros sociais acordaram, em 9 de Fevereiro de 2001, na elaboração e adoção de um Plano Nacional de Acção para a Prevenção (PNAP), inserido no Acordo de Concertação Social sobre condições de trabalho, higiene e segurança no trabalho e combate à sinistralidade, concebido como um instrumento de política global de prevenção de riscos profissionais e combate à sinistralidade, sendo um dos seus objetivos o “desenvolvimento de programas de prevenção em meio laboral para combater o alcoolismo e outras toxicodependências, susceptíveis de provocar danos na saúde dos trabalhadores e fazer perigar a segurança do local de trabalho”⁴¹⁶.

As próprias empresas, no uso dos seus poderes diretivos e disciplinares têm introduzido, por *instrumento de regulamentação coletiva de trabalho* ou por

⁴¹³ *Ibidem*, p. 200.

⁴¹⁴ JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 352.

⁴¹⁵ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, cfr. ARIANA TOPO, *La tutela del lavoratore tossicodipendente*, Vol. I, RIDT, 1993, pp. 247 - 281.

⁴¹⁶ <http://www.ces.pt/download/197/CondTrabHigSeg2001.pdf>

*regulamento interno*⁴¹⁷, limites à ingestão de bebidas alcoólicas através da fixação de taxas máximas admissíveis. Exemplo disso é a cláusula 59.^a do Contrato Coletivo de Trabalho celebrado entre a Associação de Empresas de Construção, Obras Públicas e Serviços e outras e o Sindicato da Construção, Obras Públicas e Serviços Afins, que prevê um controlo de alcoolemia, com carácter aleatório, relativamente aos trabalhadores que prestem serviço na empresa. E não nos parece, nem aos Tribunais, que a realização destes testes, quando sejam suscetíveis de evitar acidentes e estiverem em causa setores de atividade que contenham em si um elevado risco para a segurança e saúde do trabalhador e de terceiros (ou até mesmo quando sejam necessários para avaliar a aptidão do trabalhador, v.g. os desportistas), agrida o direito ao respeito pela vida privada dos trabalhadores. O Supremo Tribunal de Justiça⁴¹⁸ já se veio pronunciar relativamente à possibilidade da entidade empregadora efetuar testes de alcoolemia, referindo que tal conduta consubstancia uma ordem legítima, constituindo a recusa do trabalhador em submeter-se ao teste uma violação do dever de obediência. Também o Tribunal Constitucional⁴¹⁹ já se pronunciou sobre esta matéria, tendo referido que não existe violação do direito à integridade pessoal do trabalhador quando este é sujeito, por força de regulamento interno da empresa (in casu a CP), a teste de alcoolemia, devendo os DLG do trabalhador ceder no caso concreto perante o direito à vida e à segurança das pessoas que viajam habitualmente nos comboios. Da análise dos pressupostos do art. 19.º do CT, em conjugação com o princípio da proporcionalidade, podemos concluir que estes testes não deverão ser generalizados, cingindo-se aos candidatos ou trabalhadores que desempenhem funções que contenham em si um risco considerável (n.º 1 do preceito), devendo ser realizados apenas quando não existam alternativas razoáveis de supervisão ou controlo.

§ 6. Testes genéticos

Pode causar alguma estranheza que se realizem testes genéticos para avaliar a aptidão ou não aptidão de um indivíduo para o exercício de determinada profissão.

⁴¹⁷ Por norma, estes regulamentos obrigam o trabalhador a submeter-se a testes de sopro que indicam a a percentagem de álcool no ar expirado, sendo a seleção feita aleatoriamente. TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 479.

⁴¹⁸ Ac. do STJ, Proc. n.º 97S243, de 24 de Junho de 1998 – www.dgsi.pt

⁴¹⁹ Ac. do TC n.º 156/88, de 29 de Junho de 1988 - <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>

Todavia, incidindo estes testes sobre características singulares de cada pessoa⁴²⁰, e permitindo a obtenção de “impressões digitais genéticas”, eles fornecem ao potencial empregador todos os dados sobre a idoneidade e aptidão do candidato para o posto de trabalho. Assentam sobre zonas que se encontram entre os genes (a que se costuma chamar “ADN não codificante”), que mostram sequências químicas características de cada indivíduo, visto que para cada pessoa elas têm uma localização e repetição específicas⁴²¹. Através da obtenção de um “código de barras genético”, estes testes auxiliam o empresário na decisão de contratar ou não contratar aquele candidato ao emprego, uma vez que através deles é possível obter a informação que permite desde logo excluir os candidatos que apresentem v.g. propensão para certas doenças, independentemente de qualquer relação que exista entre a doença e as condições específicas do local de trabalho. Através dos dados genéticos obtidos, o empregador consegue avaliar a aptidão presente e também a aptidão futura do candidato para o posto de trabalho, concluindo facilmente qual o candidato mais idóneo para a realização daquela tarefa⁴²². Neste âmbito, os testes genéticos funcionarão como uma espécie de triagem destinada ao apuramento dos candidatos com melhor saúde. Aqueles que demonstrem menores índices de condicionamento genético ou menor sensibilidade a determinados produtos são escolhidos para celebrar o contrato de trabalho⁴²³.

Contudo, como podemos verificar, os testes genéticos podem apresentar consequências nefastas para os direitos fundamentais dos indivíduos, constituindo um enorme perigo de discriminação de grupos de indivíduos a partir de riscos gerais da saúde⁴²⁴. Aliás, a nossa lei fundamental demonstra essa preocupação ao prever, no n.º 3 do art. 26.º, que “ a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica”. Pronunciou-se sobre esta problemática JOÃO LEAL AMADO⁴²⁵, tendo referido que “o mercado não pode ser livre senão dentro de margens

⁴²⁰ Note-se que estes dados, enquanto relativos à saúde são qualificáveis como dados pessoais “sensíveis”, cfr. PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, *A protecção da vida privada e a Constituição*, Coimbra, BFDC, n.º 76, 2000, pp. 202 e 203.

⁴²¹ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, RLJ, 128, 1995-1996, p. 326

⁴²² TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 212.

⁴²³ JOÃO NUNO ZENHA MARTINS, *O genoma humano e a contratação laboral. Progresso ou Fatalismo?* Oeiras, Celta, 2002, pp. 16 e 17.

⁴²⁴ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 212.

⁴²⁵ JOÃO LEAL AMADO, *Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a lei 12/2005, de 26 de Janeiro, Temas Laborais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 25.

legais: em nome da dignidade da pessoa humana e da proibição de práticas discriminatórias, o “código de barras” genético do trabalhador não poderá constituir um factor atendível pelo empregador em sede de contratação laboral”. Acrescenta ainda que “o princípio não pode deixar de ser o da interdição: o trabalhador tem direito a uma “opacidade genética” perante o empregador, seja por razões ligadas à tutela do direito do trabalho, seja em virtude da proibição da discriminação baseada no património genético, seja pela necessidade de preservar a liberdade pessoal do trabalhador, a sua dignidade, a sua integridade física e a sua intimidade”. O comportamento do empregador baseado no património genético do trabalhador só será lícito, nos termos do n.º2 do art. 25.º do CT, quando esse fator constitua “um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade profissional, em virtude da natureza da atividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional”. BERNARDO LOBO XAVIER⁴²⁶ chama a atenção para a necessidade de verificação dos seguintes requisitos: a) o conhecimento do património genético deve ter, no plano científico, um adequado grau de certeza; b) esse conhecimento deve ter suficiente relevância; c) a recolha do material não se deve socorrer de técnicas invasivas e deve ser isenta de riscos; d) a instituição deve ser adequada e segura; e) a instituição deve ser terceira (para garantir que o empregador não fica na posse de elementos de conhecimento do candidato e até da sua família); f) os testes devem ser realizados com o consentimento livre e esclarecido do trabalhador.

Para uma análise mais rigorosa e específica desta problemática importa-nos primeiramente conhecer as possibilidades informativas que estes testes proporcionam ao nível do direito do trabalho, mais especificamente ao nível da fase pré-contratual da relação laboral. Ora, através deles é possível conhecer o diagnóstico e prognóstico de uma doença, a predisposição para o desenvolvimento de patologias, a avaliação da personalidade (incluindo a aptidão para o exercício de uma profissão), a agressividade, a orientação sexual, etc⁴²⁷.

Na busca da solução para o problema da (in)admissibilidade dos testes genéticos, começamos primeiramente por distinguir entre testes clínicos de diagnóstico,

⁴²⁶ BERNARDO LOBO XAVIER, *A Constituição, a tutela da dignidade e personalidade do trabalhador e a defesa do património genético. Uma reflexão*, in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 265.

⁴²⁷ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 270.

que são aqueles que revelam a existência, no momento atual, de alguma enfermidade e testes clínicos de prognóstico que revelam apenas uma propensão futura.

No que aos testes de diagnóstico diz respeito, estes devem ser ponderados em conformidade com o art. 19.º do CT. Deste modo, parece ser de aceitar como lícitos os testes genéticos de diagnóstico quando estejam em causa razões de saúde e segurança do candidato ou de terceiros ou quando particulares exigências decorrentes da natureza da atividade o justifiquem⁴²⁸. Em qualquer caso sempre com o consentimento do candidato e a respetiva fundamentação escrita, devendo o médico de trabalho comunicar ao empregador apenas se o trabalhador está ou não apto ao desempenho da atividade. Contudo, na esteira do que defende PAULO MOTA PINTO⁴²⁹, quando estiver em causa a proteção do próprio trabalhador, entendemos que apenas nas situações em que a relação entre os dados genéticos e a sensibilidade a certas condições de trabalho esteja cientificamente estabelecida é que estes testes são admissíveis, e, mesmo aí, só com o consentimento do trabalhador. Isto porque, embora o art. 19.º do CT nada refira, não nos parece que a sua finalidade se alicerce em conceções paternalistas⁴³⁰. Estando aqui em jogo um risco meramente potencial, o trabalhador deve poder decidir se assume ou não determinado risco de cuja existência foi previamente informado pelo empregador. Entendemos que o trabalhador deve ter o direito de não saber qual o seu património genético e de viver em paz, sem a angústia proveniente de uma doença anunciada⁴³¹. Se o trabalhador tiver interesse em sabe-lo, poderá pura e simplesmente realiza-los autonomamente^{432 433}. De facto, os testes genéticos, na medida em que proporcionam relevantes informações sobre as suscetibilidades genéticas dos indivíduos, têm uma importante componente protetora, sendo de admitir que algumas pessoas desejem

⁴²⁸ JOÃO NUNO ZENHA MARTINS, *O genoma humano*, op. cit., p. 27 dá o exemplo do piloto de aviação que é portador da doença de *Alzheimer*. Tendo em conta as especiais implicações comunitárias, os requisitos de acesso à pilotagem (avaliadas *contemporaneamente*) incapacitam o candidato para o normal desenvolvimento da profissão a que se candidata.

⁴²⁹ PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, *A protecção da vida privada e a Constituição*, op. cit., pp. 202 e 203.

⁴³⁰ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 273.

⁴³¹ No mesmo sentido, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 346 afirma que “os testes genéticos permitem diagnosticar doenças genéticas para as quais não há presentemente cura ou tratamento o que significa que é, por vezes, preferível não saber e suscita o que já se designou de um direito à ignorância”.

⁴³² Como refere JOÃO LEAL AMADO, *Breve apontamento*, op. cit., p. 27, “o trabalhador goza, decerto, de um direito à saúde, mas já é duvidoso que recaia sobre ele um qualquer “dever de saúde””.

⁴³³ No mesmo sentido, BERNARDO LOBO XAVIER, *A Constituição*, op. cit., p. 266, refere que o trabalhador tem direito a ignorar a sua informação genética.

sujeitar-se a estes testes por esse motivo⁴³⁴. Contudo, a sua realização deve ser livre e autónoma, não podendo derivar de uma obrigação ou de um ónus. Se é verdade que o art. 64.º da CRP impõe a todas as pessoas um dever de defender a saúde e de a promover, também é verdade que o objeto desta norma é a saúde pública e não a saúde privada⁴³⁵. Nas palavras de ZENHA MARTINS⁴³⁶, “o Estado só pode imiscuir-se na esfera do cidadão unicamente quando a sua conduta privada consubstancie uma ameaça para a liberdade, segurança ou bem estar de outras pessoas (...)”.

Já quanto aos testes de prognóstico, ou testes preditivos, entendemos que deve ser vedada a possibilidade da sua efetivação sempre que a sua finalidade seja meramente a de seleção de candidatos para um posto de trabalho⁴³⁷. Na medida em que permitem apurar se no código genético de um indivíduo está inscrita a predisposição para o desenvolvimento de uma determinada doença, estes testes possibilitam uma minimização dos riscos da entidade patronal. De facto, o risco do empregador será maior se o candidato tiver predisposição para determinada doença, visto que, a verificar-se tal doença, ele terá implicações financeiras resultantes da ausência ao trabalho ou da própria substituição do trabalhador⁴³⁸ com conseqüente perda dos investimentos feitos em sede de formação profissional⁴³⁹. Porém, tal como referimos anteriormente, não existe qualquer dever de prestar informações sempre que estejamos no âmbito do risco assumido pelas partes, como *in casu*. A aptidão física e psíquica do trabalhador terá de ser aferida e terá de existir no momento da contratação, não podendo ficar dependente de juízos probabilísticos^{440 441}. Até porque a expressão da doença que se observou na

⁴³⁴ No mesmo sentido, JOÃO NUNO ZENHA MARTINS, *O genoma humano, op. cit.*, p. 17.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 60.

⁴³⁶ *Ibidem*, pp. 60 e 61.

⁴³⁷ Concordamos com JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho, op. cit.*, p. 346 quando argumenta que “o mero interesse económico do empregador em evitar a contratação de trabalhadores com maior propensão para certas doenças não justifica a realização de tais testes, mesmo que se obtenha o consentimento do candidato ao emprego, consentimento cuja liberdade será sempre, em alguma medida relativa ou questionável dada a disparidade de situações (e de poder) entre quem procura e quem dá emprego”.

⁴³⁸ JOÃO LEAL AMADO, *Breve apontamento, op. cit.*, p. 25 menciona que o risco empresarial compreende a incerteza quanto á evolução futura do estado de saúde do trabalhador, devendo o empregador assumir esse risco.

⁴³⁹ A este propósito BERNARDO LOBO XAVIER, *O acesso à informação genética, op. cit.*, p. 29 refere que o conhecimento do património genético envolveria uma minimização desse risco mas em violação de uma certa igualdade de partida que se deve reconhecer a todos.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ Nas palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma, Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 161, “os prognósticos das manifestações tardias de doenças são mais perigosos do que os diagnósticos das doenças presentes e efectivas; são potencialmente mais discriminatórios do que estes”.

previsão pode nunca chegar a manifestar-se ou exteriorizar-se apenas imensos anos depois⁴⁴². Deste modo, não faz sentido que se condene ao desemprego alguém que no momento da entrevista é saudável e pode eventualmente sê-lo sempre⁴⁴³. Como refere AMADEU GUERRA⁴⁴⁴, “a exclusão de um trabalhador, numa época em que ele é saudável e capaz de desempenhar as tarefas que dele se esperam, despreza a contribuição produtiva de um indivíduo, com base na convicção realmente frágil de que ele virá, mais tarde, apesar na economia do país”. Não podemos ainda esquecer que o interesse legítimo do empregador em obter informações relativas à aptidão ou não aptidão do candidato para o exercício daquela atividade encontra-se sempre limitado pelo respeito aos direitos fundamentais do trabalhador, nomeadamente pelo direito à preservação da sua personalidade e integridade, pelo direito a não sofrer ingerências injustificadas na sua esfera privada⁴⁴⁵ e a não ser discriminado por características pessoais⁴⁴⁶. De facto, é mais cómodo para o empregador contratar pessoas que apresentem maiores índices de robustez física e menor vulnerabilidade às substâncias químicas existentes na empresa do que recorrer à melhoria dos dispositivos de segurança e higiene laborais⁴⁴⁷. Contudo, estes testes de prognóstico, para além de serem falíveis, criam um enorme problema de marginalização social, de “pedigree cromossómico”, “triagem genocrática”, “carrinhos de exclusão genética”, “listas negras de trabalhadores incontractáveis”, “desempregados genéticos”, etc.”^{448 449}.

Mas, se havia alguma incerteza quanto à (in)admissibilidade destes testes por falta de regulamentação jurídica específica quanto à matéria, a Lei 12/2005, de 26 de Janeiro veio esclarecer que a realização de exames genéticos que tenham em vista

⁴⁴² Este risco pode nunca chegar a materializar-se até porque parte das doenças com uma componente genética parecem depender de fatores ambientais. Cfr. JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 346 e JOÃO NUNO ZENHA MARTINS, *O genoma humano*, op. cit., p. 27 e AMADEU GUERRA, *A privacidade no local de trabalho*, op. cit., pp. 232 e 233.

⁴⁴³ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, RLJ, 129, 1996-1997, p. 42.

⁴⁴⁴ AMADEU GUERRA, *A privacidade no local de trabalho*, op. cit., p. 233.

⁴⁴⁵ E note-se que no património genético está contida não só a privacidade própria mas também alheia, pois os testes genéticos dão também informação quando à família. BERNARDO LOBO XAVIER, *A Constituição*, op. cit., p. 264.

⁴⁴⁶ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 212.

⁴⁴⁷ JOÃO NUNO ZENHA MARTINS, *O genoma humano*, op. cit., p. 17.

⁴⁴⁸ JOÃO LEAL AMADO, *Breve apontamento*, op. cit., p. 25.

⁴⁴⁹ No mesmo sentido, AMADEU GUERRA, *A privacidade no local de trabalho*, op. cit., p. 235 afirma que “autorizar este tipo de testes equivaleria à rejeição de uma diversidade de indivíduos e, em certa medida, poderia acabar por afastar aqueles que se suspeita serem inaptos, o que se revelaria próprio de uma sociedade intolerante”.

detetar a predisposição genética para uma doença que só no futuro virá, é ilícita, sendo apenas admissíveis, no âmbito laboral, os testes de diagnóstico.

Relativamente aos testes genéticos que têm em vista determinar a personalidade dos indivíduos, devem observar-se as mesmas considerações que fizemos para os testes psicológicos⁴⁵⁰. Assim, a sua aplicação generalizada e como critério de seleção deverá ser considerada ilícita na medida em que consubstancia uma intromissão injustificada à esfera estritamente privada do trabalhador⁴⁵¹. Se já é de encarar com reservas a realização de exames clínicos, muito mais no caso dos testes de personalidade. Entendemos que apenas em casos extremos, quando a personalidade do candidato constitua um requisito indispensável à adequada execução do contrato, e a realização do teste seja o único meio para aferir da aptidão ou inaptidão do candidato, estes testes devem ser admitidos⁴⁵². Fora destes casos, a possibilidade de realização destes testes deve ser vedada por violação do art. 17.º do CT.

6.1. A lei 12/2005, de 26 de Janeiro

A Lei 12/2005, de 26 de Janeiro prevê o regime geral sobre a informação genética (art. 1.º), estabelecendo nos seus arts. 11.º e 13.º normas com relevância para o Direito do Trabalho na medida em que determinam os parâmetros normativos a partir dos quais a informação genética poderá ser utilizada no âmbito laboral.

O art. 11.º começa por estabelecer o princípio segundo o qual “ninguém pode ser prejudicado, sob qualquer forma, em função da presença de doença genética ou em função do seu património genético”. No n.º2 do mesmo preceito, o legislador especifica que “ninguém pode ser discriminado, sob qualquer forma, em função dos resultados de um teste genético diagnóstico, de heterozigotia, pré-sintomático ou preditivo, incluindo para efeitos de obtenção ou manutenção de emprego (...)”. Ora, o n.º2 desta norma vem confirmar algo que já resultava dos arts. 24.º e 25.º do CT, estipulando que ninguém pode ser discriminado em função de testes genéticos, nomeadamente para efeitos de obtenção de emprego.

⁴⁵⁰ Remetemos para o ponto 3. do presente capítulo.

⁴⁵¹ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 192.

⁴⁵² BERNARDO LOBO XAVIER, *O acesso à informação genética*, op. cit., p. 30 refere a título de exemplo o caso de seleção de um astronauta.

No entanto, é no art. 13.º, sob a epígrafe “testes genéticos no emprego” que a lei fixa as coordenadas necessárias à relação entre a informação genética e o contrato de trabalho⁴⁵³. Através da leitura do n.º1 do referido preceito, apenas podemos concluir o seguinte: a regra geral é a da proibição de testes genéticos para efeitos de contratação de trabalhadores. Em princípio a informação genética não pode ser utilizada nos processos de recrutamento. Secundando JOÃO LEAL AMADO⁴⁵⁴, “a selecção genética é inadmissível”. E o mesmo princípio vale para a fase de execução do contrato, ainda que o trabalhador preste o seu consentimento (n.º2). Não podemos deixar de concordar com esta opção legislativa na medida em que, sendo esta uma relação marcadamente assimétrica, a liberdade com que o consentimento do trabalhador fosse prestado seria sempre de duvidar⁴⁵⁵. No que concerne ao n.º3, estando em causa interesses do próprio trabalhador designadamente a tutela sua saúde e segurança, a lei admite a utilização genética, desde que verificados as seguintes condições: a) a informação apenas pode ser utilizada em benefício do trabalhador e nunca em seu prejuízo; b) o teste genético só pode ser efetuado após consentimento informado do trabalhador e no seguimento do aconselhamento genético apropriado; c) os resultados do teste genético devem ser entregues exclusivamente ao próprio trabalhador, não sendo nunca posta em causa a sua situação laboral. A questão que desde logo se coloca é a de saber se este n.º3 é aplicável apenas à fase de execução do contrato, ou se, pelo contrário, também se aplica à fase das negociações. Na nossa opinião, a referida norma deve ser aplicável somente à fase de execução do contrato, pelos seguintes motivos: em primeiro lugar porque o artigo faz referência aos trabalhadores e não aos candidatos, e, em segundo lugar, porque refere que a situação laboral nunca pode ser posta em causa. Ora, os candidatos podem ter a situação laboral posta em causa já que o resultado do teste pode implicar que não sejam contratados. Para além disso, ao referir-se à *situação laboral*, o legislador parece referir-se a uma relação laboral já constituída. Este princípio proibitivo pode sofrer exceções naquelas “situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou saúde pública”(n.º4). Nestes casos os testes serão admissíveis quando dirigidos a riscos muito graves e se forem relevantes para a saúde *atual* do trabalhador (n.º5). Ao analisar a

⁴⁵³ JOÃO LEAL AMADO, *Breve apontamento*, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁵⁴ *Ibidem*.

⁴⁵⁵ BERNARDO LOBO XAVIER, *O acesso à informação genética*, *op. cit.*, p. 24, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, *op. cit.*, p. 347 e JOÃO LEAL AMADO, *Breve apontamento*, *op. cit.*, p. 31.

referida norma deparamo-nos desde logo com as seguintes incertezas. O que são “riscos graves”? E o que significa “podem” constituir uma exceção⁴⁵⁶? Essa é a razão pela qual JOÃO LEAL AMADO⁴⁵⁷ chama a atenção para a falta de regulamentação desta lei. Na nossa opinião os testes genéticos apenas podem ser admitidos mediante autorização legal que preveja os requisitos da sua realização⁴⁵⁸. Apesar desta ambiguidade é possível afirmar com segurança que esta lei remete para o domínio do ilícito a realização de testes de prognose.

Sempre que a realização dos testes genéticos seja admissível, sempre será necessária a verificação dos requisitos gerais enunciados *supra*, como sejam o consentimento livre e esclarecido do candidato, a realização do exame por um médico, a fundamentação escrita do empregador e a confidencialidade dos respetivos resultados que serão entregues exclusivamente ao próprio trabalhador⁴⁵⁹.

§ 7. Testes e exames de gravidez

O tema da gravidez foi, desde sempre, um tema muito melindroso e discutido pela doutrina e pela jurisprudência. Numa primeira fase entendeu-se que a mulher grávida devia, sempre que desejasse realizar um contrato de trabalho, informar desse facto. Depois, concluiu-se que tal dever era discriminatório relativamente às mulheres e que, por isso, este dever só devia subsistir quando o concurso fosse exclusivo para mulheres ou quando a gravidez perturbasse objetivamente a prestação de trabalho (v.g. manequim) ou representasse um perigo para a mãe, para o feto ou para terceiros (v.g. treinadora desportiva)⁴⁶⁰. Atualmente esta questão encontra-se regulamentada nos artigos 17.º, n.º2 e n.º3 e 19.º, n.º2 e n.º3. Da análise conjugada destes preceitos legais podemos concluir, em primeiro lugar, que o empregador não pode, em circunstância alguma, exigir à candidata a emprego ou à trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez (n.º2 do art. 19.º). Note-se que nos encontramos na presença de uma norma absolutamente imperativa que não admite derrogação em

⁴⁵⁶ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 275.

⁴⁵⁷ JOÃO LEAL AMADO, *Breve apontamento*, op. cit., p. 33.

⁴⁵⁸ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 276.

⁴⁵⁹ *Ibidem*.

⁴⁶⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, op. cit., p. 560.

contrário, em nome da dignidade da pessoa humana e da esfera de intimidade de cada um que o Direito deve preservar⁴⁶¹. Esta opção legislativa encontra-se em conformidade com o facto de a maternidade estar constitucionalmente protegida (art. 68.º da CRP) e a sua proteção ser evidente no CT (art. 33.º e ss)⁴⁶². Todavia, como *supra* já mencionamos, o TC decidiu, no Ac. n.º 306/03, não se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma constante da 2.ª parte do n.º2 do art. 17.º, enquanto permite que seja exigida a prestação de informações relativas ao estado de saúde ou de gravidez do candidato a emprego ou do trabalhador, quando particulares exigências inerentes à atividade o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação. Como verificamos, o TC apenas se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma constante no n.º3 do mesmo artigo, na medida em que permitia o acesso direto do empregador às informações relativas à saúde ou gravidez. Essa inconstitucionalidade foi suprida através da consagração do n.º3 do art. 17.º onde se exige a intervenção de um médico que apenas pode comunicar à entidade empregadora se o candidato está ou não apto ao desempenho da atividade. A mesma opção legislativa foi adotada para os testes e exames médicos (n.º3 do art. 19.º).

Ora, nestes termos, conjugando o n.º2 do art. 17.º com o n.º2 do art. 19.º, podemos concluir que o empregador pode perguntar à candidata ou trabalhadora sobre o seu estado de gravidez, ainda que tal informação tenha de ser prestada a um médico, nos termos do n.º3 do art. 17.º, quando particulares exigências inerentes à natureza da atividade profissional o justifiquem, mas não pode, em caso algum, exigir-lhe a realização de testes ou exames que o comprovem. Isto significa que o sistema do CT assenta na confiança da palavra dada pela candidata⁴⁶³. Contudo, caso mais tarde se venha a provar que a candidata mentiu quanto ao seu estado de gravidez e, tendo a questão sido colocada licitamente, será tutelada a confiança do empregador que poderá despedir a agora trabalhadora por facto que lhe é imputável (art. 351.º do CT)⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Trabalho Anotado*, op. cit., p. 161.

⁴⁶² DAVID DE OLIVEIRA FESTAS, *O Direito à reserva*, op. cit., pp. 422 e ss.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ *Ibidem*.

§ 8. Provas grafológicas

Em muitos processos de seleção para ocupação de um determinado posto de trabalho, os candidatos deparam-se com a seguinte afirmação: “Nessa folha de papel em branco que vos foi distribuída, deverão escolher e desenvolver um tema à vossa escolha”. Os candidatos, convencidos de que é a qualidade do seu texto que será determinante para a sua admissão ou não admissão, capricham na sua realização, sem desconfiar que a sua redação será sujeita a um teste de grafologia. Muitas vezes o texto que é sujeito a este teste é o próprio *curriculum vitae* que, a pedido da entidade patronal, é efetuado de forma manuscrita⁴⁶⁵. Estes testes, a partir da análise da forma de escrever, do tamanho da letra, da sua inclinação, colocação no papel, continuidade e regularidade dos movimentos, entre outros aspetos, fornecem informações precisas sobre componentes do comportamento do indivíduo, sobre o seu potencial, as suas emoções, os seus sentimentos, aptidões e energia vital⁴⁶⁶. Através deles o empregador consegue conhecer a personalidade de todos os candidatos sobre aspetos que não têm relação direta com o emprego proposto⁴⁶⁷, suscitando, por isso, sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com os princípios constitucionais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana. E, por muito habilidosos que nos mostrássemos ao aprender a modificar a nossa letra, sempre permaneceriam aspetos praticamente imodificáveis⁴⁶⁸. Ora, como podemos verificar este sistema tem a vantagem de poder ser facilmente utilizado com o desconhecimento do sujeito analisado. A falta de consentimento na realização destes testes implica, desde logo, que devem ser considerados ilícitos, embora não exista uma proibição legal da sua utilização, como sucede com os outros métodos de indagação⁴⁶⁹. A realização destes testes sem o conhecimento e consentimento do candidato implica que este não tenha sequer a oportunidade de emitir um juízo crítico sobre o exame e não possa ponderar entre realiza-los e ver invadida da sua intimidade mas ser inserido na empresa por um lado, ou não os realizar e ser automaticamente excluído.

⁴⁶⁵ JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto*, op. cit., p. 98.

⁴⁶⁶ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 276, SÓNIA AMORIM LUGINGER, *Aspetos psicológicos da grafologia*, Universidade Lusíada Portuguesa, 2005 – www.psicologia.com.pt, JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto*, op. cit., p. 97 e AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ, *La protection de la vie privée du salarié*, op. cit., p. 333.

⁴⁶⁷ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 194.

⁴⁶⁸ JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto*, op. cit., p. 97.

⁴⁶⁹ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., p. 195.

Mas a questão que mais uma vez se coloca é a saber se este tipo de exames deve ou não ser permitido. Remetemos aqui para as considerações que avançamos relativamente aos testes psicológicos uma vez que também estes constituem verdadeiros testes gerais de personalidade⁴⁷⁰. Para além da característica da falibilidade que lhes está inerente, estes testes permitem recolher informações totalmente alheias à atividade a desempenhar, como sejam, por exemplo, as informações relativas à sexualidade, ou outros aspetos atinentes à personalidade do indivíduo, e, por via disso, a sua admissibilidade deve ser negada, nos termos do n.º1 do art. 17.º do CT. Como refere PLÁ RODRIGUEZ⁴⁷¹, “d'où les critiques selon lesquelles cet examen est illégal parce qu'il est impossible de s'y refuser et qu'il englobe des aspects qui vont au-delà du domaine du travail. De plus, il est très difficile pour le candidat de discuter ou de contester les conclusions du rapport”. Mas note-se que com isto não queremos, de forma alguma, negar a possibilidade de o empregador requerer a apresentação do *curriculum vitae* ou de uma carta de apresentação manuscrita⁴⁷². Queremos, isso sim, negar a possibilidade desse *curriculum* ou essa carta ser sujeita a análise grafológica⁴⁷³. Secundando GOÑI SEIN⁴⁷⁴, consideramos que a realização destas provas não é admissível em nenhuma situação. Ao contrário do que defendemos para os testes psicológicos, entendemos aqui que, mesmo quando se alegue ser necessário avaliar certas características da personalidade do candidato para avaliar a sua capacidade para o exercício da atividade, a sua efetivação deve ser negada. Isto porque, diferentemente do que sucede com os testes psicológicos, não é possível individualizar nestes testes aqueles aspetos da personalidade que poderiam estar justificados por serem do interesse do empregador, dos outros que não têm qualquer relação com a atividade laboral⁴⁷⁵. Perante a impossibilidade de analisar isoladamente os aspetos da personalidade diretamente

⁴⁷⁰ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 280.

⁴⁷¹ AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ, *La protection de la vie privée du salarié*, op. cit., p. 333.

⁴⁷² Esta apresentação manuscrita pode, de facto, ter vantagens, desde que utilizada legitimamente. Como refere AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ, *La protection de la vie privée du salarié*, op. cit., p. 332 “généralement, on demand une réponse manuscrite au questionnaire, ce qui permet d'évaluer la précision du candidat, surtout sa calligraphie, le qualité de son orthographe et de sa syntaxe. C'est est particulièrement important lorsque l'emploi a un caractère administratif ou exige la préparation de courrier ou l'élaboration de dossiers”.

⁴⁷³ *Ibidem*.

⁴⁷⁴ JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto*, op. cit., p. 99.

⁴⁷⁵ O autor explica que “la escritura no se limita a dar información exclusivamente de ciertos rasgos caracterológicos del individuo, como puede ocurrir con algunos tests, sino que al venir representados todos los caracteres del sujeto informa todos ellos”. JOSÉ LUIS GOÑI SEIN, *El respeto*, op. cit., p. 99.

conexionados com a atividade a prestar, a sua utilização deve considerar-se ilegítima. Além do mais, sempre que se afigure necessário avaliar determinados aspetos da personalidade dos candidatos para aferir da sua aptidão profissional, atendendo à natureza da atividade, como *v.g.*, no caso dos aeronautas, sempre a entidade patronal poderá recorrer aos testes psicológicos, nos termos *supra* expostos. Ainda que o candidato dê o seu consentimento, consideramos que estas provas não podem ser realizadas, por dois motivos: primeiro porque naturalmente esse consentimento não é totalmente livre atendendo à posição de desigualdade das partes, e segundo porque possibilitando um conhecimento sobre toda a vida privada candidato (incluindo a sua esfera mais íntima) estes testes contrariam a ordem pública (n.º1 do art. 81.º do CC)⁴⁷⁶
477 .

§ 9. O polígrafo

O polígrafo, também conhecido por “detetor de mentiras” consiste num aparelho de investigação que através da medição e registo das variações (involuntárias) da pressão arterial, batimentos cardíacos, frequência respiratória, contrações musculares, atividade eletrodérmica (suor dos dedos ou calafrios) comprova, com alguma exatidão⁴⁷⁸, se uma pessoa está ou não a dizer verdade relativamente àquilo que está a ser questionada⁴⁷⁹. Este teste baseia-se no princípio segundo o qual a mentira acarreta uma variação psicológica originada pelo temor.

Este método foi bastante utilizado nos E.U.A.⁴⁸⁰ porque as entidades patronais consideravam que o mesmo fornecia inúmeras vantagens para a empresa. Por seu turno, os trabalhadores entendiam que este método era ilegítimo na medida em que violava a

⁴⁷⁶ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁷⁷ Em sentido oposto, SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, *op. cit.*, p. 280, para a qual é possível a realização de exames grafológicos quando utilizados exclusivamente para obtenção de informação necessária e relevante para aferir da aptidão para o exercício da atividade e desde que com o consentimento do candidato. RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, *op. cit.*, p. 325, nota 821, também se pronunciou sobre o assunto, tendo estabelecido como regra geral a proibição de exames grafológicos *não consentidos*. Faz ainda referência ao dever de confidencialidade dos resultados dos testes grafológicos desde que permitidos, por exemplo, no caso de admissão nas empresas.

⁴⁷⁸ Este teste apresenta uma fiabilidade de 80%, sendo que esta aumenta se se atender à deteção de respostas falsas. TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, p. 196.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

⁴⁸⁰ Em 1982 contabilizaram-se cerca de um milhão de interrogatórios efetuados a trabalhadores através deste procedimento. LUIS GOÑI SEIN, *El respeto*, *op. cit.*, p. 100.

sua esfera privada. A jurisprudência veio pronunciar-se pela ilegitimidade e consequente proibição de utilização deste método nas relações laborais na medida em que constituíam um atentado à *privacy* dos trabalhadores e porque os interesses dos empregadores não eram suficientes para legitimar esta intromissão na esfera privada dos trabalhadores⁴⁸¹.

As suas vantagens para a entidade patronal são incontestáveis. Através dele as empresas permitem analisar se a pessoa examinada está a mentir relativamente a factos relacionados com a sua vida privada que, apesar de não serem do seu legítimo interesse, elas tem conveniência em conhecer na medida em que lhe permite escolher com mais segurança de entre os candidatos que concorrem à vaga, aquele que melhor se adequa ao posto de trabalho. Imagine-se a formulação das seguintes questões: Já cometeu algum crime? Já roubou nos locais onde trabalhou? Já usou drogas? Deve dinheiro a alguém? Tem antecedentes de desonestidade? Como podemos verificar, o polígrafo é suscetível de expor totalmente a vida pessoal do candidato ou trabalhador submetido ao teste, originando inclusivamente uma não contratação altamente discriminatória. O uso deste teste para avaliação da idoneidade do candidato ao posto de trabalho, sendo um método inadequado e falível⁴⁸², só por si, acaba por se afigurar um ato de constrangimento pessoal. O seu próprio *modus operandi*⁴⁸³ é vexatório e representa um atentado à dignidade pessoal.

Apesar de não haver notícia, no nosso ordenamento jurídico, de que estas práticas sejam usadas entre nós, cumpre ainda assim referir que, se eventualmente se colocasse a hipótese da sua utilização, ela seria ilícita. Em primeiro lugar porque estes métodos, “assim como eventuais métodos que recorram, por exemplo, à quirologia, astrologia ou numerologia, devem ser *liminarmente afastados*, por não se apresentarem como técnicas fiáveis na avaliação da aptidão do candidato para o exercício da

⁴⁸¹ Cfr. Jurisprudência citada por TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, *op. cit.*, pp. 196 e 197.

⁴⁸² As alterações fisiológicas podem derivar de causas diversas, como a tristeza, timidez, angústia, a raiva e o próprio constrangimento pelo facto de se estar a ser submetido ao teste do polígrafo.

⁴⁸³ “el entrevistado es obligado a sentarse en un sillón; al instante le son aplicados los varios electrodos y medidores por el operador del polígrafo, que se sienta frente a una serie de cuadros; todo ello se realiza en una atmósfera de gran tecnicismo y típicamente ansiógena. Inmediatamente el operador u outra persona comienza a hacer preguntas inocuas que le permiten identificar los trazos de la verdad que un lapiz va marcando en una gráfica a una velocidad de seis pulgadas por minuto. De vez en cuando, el operador lanza preguntas embarazosas – generalmente de contenido sexual –, asegurándose así la curva de la mentira. Y una vez identificadas en el gráfico las reacciones psicológicas del sujeto comienza a hacerle preguntas relacionadas con las materias que se propone averiguar”. GOÑI SEIN, *El respeto*, *op. cit.*, pp. 100 e 101.

actividade, não podendo, por isso, ser considerados legítimos à luz da legislação laboral”⁴⁸⁴. Em segundo lugar porque, ao restringir o trabalhador à condição de mero objeto, este método viola a dignidade da pessoa do trabalhador, expondo a sua honra e intimidade e submetendo-o a um constrangimento injustificado⁴⁸⁵. Concordamos com TERESA COELHO MOREIRA⁴⁸⁶ quando refere que este método viola os preceitos constitucionais e, mesmo, a ideia da dignidade da pessoa humana, já que se subordina a decisão de contratar ou não uma pessoa às conclusões dadas por uma máquina, desvalorizando totalmente as declarações pessoais. Utilizando as suas palavras “parece-nos que o trabalhador se torna um mero *apêndice* duma máquina, coisificando-se a pessoa humana, despersonalizando-a”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ SARA COSTA APOSTOLIDES, *Do dever pré-contratual de informação*, op. cit., p. 282 e GOÑI SEIN, *El respeto*, op. cit., p. 101.

⁴⁸⁵ O uso desta técnica, mesmo com o consentimento do acusado, foi declarado pela jurisprudência alemã contrário ao respeito pela personalidade do sujeito: BGH 16 fev. 1954, BGHst 5, 332, 335; 21 fév. 1964, NJW 1964, 11349, 1143. FRANÇOIS RIGAUX, *La liberté de la vie privée*, RIDC, n.º3, 1991, p. 556, nota 81.

⁴⁸⁶ TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador*, op. cit., pp. 198 e 199.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 199.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma breve introdução ao instituto da responsabilidade pré-contratual em geral e ao conceito e origem do dever pré-contratual de informação, tentamos determinar, a partir do art. 227.º do CC, os fundamentos e a extensão deste dever. Consideramos que não é possível pré-determinar de forma rígida os seus fundamentos. Avançamos no sentido de encontrar critérios de solução, e concluímos que o recurso à boa fé, para além de fazer apelo a ideias contraditórias, apenas deve ser feito quando não existam critérios específicos de solução para os casos concretos. Por seu turno, a confiança jurídica, apresentando-se sem dúvida como um critério relevante, não é, contudo, suficiente para de forma isolada determinar este dever. Por isso, este critério deve ser utilizado com recurso a outros critérios valorativos, como sejam, a conceção do contrato em geral, o tipo contratual, a qualidade em que as partes atuam e a relação que se estabelece entre elas. No que à extensão deste dever diz respeito, entendemos que não existe no nosso ordenamento jurídico a imposição de um dever geral de informação. As partes que negociam com vista à conclusão de um contrato não estão obrigadas a informar a contraparte sobre todas as circunstâncias que ela ignore. Defendemos, como ponto de partida, a existência de um dever de auto-informação, o que significa que as partes devem procurar obter a informação que julgam relevantes para a formação da sua vontade contratual. Contudo, quando estejam em causa circunstâncias que poderão eventualmente frustrar o fim do contrato (requisitos de validade e interesses da contraparte), as partes têm o dever de informar espontaneamente a contraparte. Existem ainda outros fatores que dão origem à obrigatoriedade de informar a contraparte. É o caso de alguns tipos de contratos que assentam na base da confiança jurídica mútua. Devido a essa relação de confiança, as partes podem legitimamente contar com a prestação espontânea de informações relevantes para a sua decisão de contratar. Outro fator que analisamos foi a anterior celebração de um contrato entre os mesmos contraentes, quando ambos adoraram uma conduta correta e leal. Ora, nestes casos é legítimo que o credor da informação espere que a contraparte atue de forma idêntica à relação contratual anterior. Em todas estas situações a parte poderá ver nascer na sua esfera jurídica um dever pré-contratual de informação, desde que verificados os

seguintes pressupostos: essencialidade da informação, assimetria informacional entre as partes e exigibilidade da informação.

Estas considerações são igualmente válidas para o contrato de trabalho. No entanto, não podemos deixar de atender às suas particularidades, como sejam a implicação da pessoa do trabalhador na prestação laboral, o caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho e a específica distribuição do risco que nele se verifica.

Numa tentativa de responder à questão de saber em que situações a realização da justiça impõe que o trabalhador preste determinadas informações ao empregador, concluímos que, em princípio, o trabalhador não tem de informar espontaneamente o futuro empregador. Encontrando-se este numa situação de supremacia, não se justifica a ideia de tutela dos seus interesses, pelo que deve ser este a procurar obter a informação que considera relevante para a formação da sua vontade contratual. Esta regra sofre contudo alguns desvios quando entramos no âmbito das condições mínimas exigíveis para o exercício da atividade laboral. Quando estejam em causa circunstâncias que digam respeito aos requisitos mínimos para a prestação da atividade, o trabalhador tem o dever de informar espontaneamente o empregador.

Como referimos, ao contrário do trabalhador, o empregador tem o dever de diligenciar no sentido de obter a informação relevante à formação da sua vontade contratual. Contudo, atenta a implicação da pessoa do trabalhador na relação laboral, ele verá a sua investigação limitada ao respeito pelos direitos fundamentais do trabalhador, em especial o direito à reserva da intimidade da vida privada. Por isso, no que concerne aos métodos de indagação, entendemos que deve ser dada preferência à formulação de perguntas diretas. Para responder à questão de saber que questões pode o empregador formular ao trabalhador, focamos a nossa atenção no n.º 2 do art. 106.º, a partir do qual concluímos que apenas são legítimas as questões que incidam sobre os aspetos relevantes para a prestação da atividade laboral (e não para a formação da vontade contratual). Na determinação do que seja informação relevante, avançamos com vários critérios, como sejam a conexão objetiva com a atividade em causa, a relação objetiva com o trabalho a prestar, a relação direta com o objeto negocial ou com as condições específicas do contrato e os interesses justificados do empregador. Todavia, podemos verificar que, independentemente do critério adotado, por todos eles é reconhecida a existência de limites ao dever de informação do trabalhador ao empregador. O seu âmbito restringe-se à exigibilidade da prestação de informações que sejam necessárias

para aferir da capacidade física e psíquica do trabalhador para o desempenho de determinada tarefa.

Na situação especial de estarem em causa informações relativas à vida privada em geral (n.º1 do art. 17.º do CT), a regra é a da ilegitimidade das questões. Contudo, quando essas informações forem estritamente necessárias e relevantes para avaliar a aptidão (ou melhor aptidão) do trabalhador para a execução do contrato de trabalho, o empregador pode exigir ao candidato que preste essas informações.

Do mesmo modo, quando estiverem em causa informações relativas à saúde e ao estado de gravidez, a regra continua a ser a de que o empregador não tem qualquer interesse legítimo em conhecer desses factos. Apenas quando particulares exigências inerentes à atividade profissional o justificarem, o empregador pode questionar o trabalhador sobre esta matéria. Entendemos que a referência a “particulares exigências inerentes à atividade em causa” diz respeito à proteção da saúde do trabalhador ou de terceiros (independentemente das razões subjacentes resultarem da natureza da atividade ou da componente organizacional), aos fatores que possam determinar a impossibilidade da prestação ou ainda às informações que se mostrem necessárias para avaliar a aptidão ou melhor aptidão para a realização das tarefas.

No que às convicções ideológicas, religiosas e políticas diz respeito, apesar de não existir no CT uma norma específica sobre a matéria, entendemos que da análise do art. 17.º do CT podemos retirar que mais uma vez a regra geral que rege esta matéria é a da ilegitimidade das questões. A mesma conclusão pode ser retirada da análise conjugada dos artigos 18.º e 41.º, n.º3 da CRP. A exceção a esta regra verifica-se quando estejam em causa as denominadas organizações de tendência, visto que nestes casos as informações sobre ideologias e crenças do trabalhador possuem direta importância para a determinação da aptidão do trabalhador (e mesmo aqui apenas quanto aos trabalhadores de tendência).

Da mesma forma, e embora os antecedentes penais digam respeito à esfera pública da vida do trabalhador, entendemos que as perguntas que versem sobre este tema só são válidas quando a atividade em causa contribua para o aumento do risco de repetição da prática criminosa, quando esteja em causa uma relação de confiança ou um contrato com uma organização de tendência, ou quando a atividade comporte em si o risco de lesão de bens penalmente tutelados.

Quando as informações em causa respeitarem à orientação e conduta sexual dos candidatos, inserindo-se esta na esfera mais íntima e reservada da sua vida privada,

facilmente podemos concluir pela impossibilidade da sua indagação pelo empregador (n.º2 do art. 106.º do CT). Mais uma vez devem ser excluídas deste princípio geral as situações em que estejam em causas organizações de tendência, desde que as tarefas a desempenhar sejam também elas de tendência. A mesma solução deve ser dada quando estiverem em causa questões sobre filiação sindical do trabalhador.

Relativamente ao sexo dos trabalhadores, sustentamos que ao empregador é lícito indagar sobre este facto quando o mesmo constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da atividade (tendo em conta a sua natureza ou o contexto da sua execução) ou quando esse fator tenha uma conexão objetiva ou subjetiva com a atividade a prestar.

Após a análise do problema da (i)legitimidade das questões formuladas pelo empregador, deparamo-nos com o seguinte problema: quais as consequências jurídicas da formulação de perguntas ilegítimas na fase pré-contratual da relação laboral? No nosso entendimento, para além de o empregador incorrer em responsabilidade civil pré-contratual e de o trabalhador poder recusar-se legitimamente a responder, entendemos que os direitos fundamentais do trabalhador e a sua posição contratual apenas serão efetivamente assegurados se lhe for conferido um verdadeiro *direito a mentir*. Mais do que a possibilidade de adotar um comportamento omissivo, o trabalhador pode reagir ativamente, respondendo sem verdade às questões ilegítimas, sem incorrer em responsabilidade pré-contratual e sem que o futuro empregador possa invocar o regime do dolo para proceder à anulação do contrato. Contudo, este direito deve ser entendido como solução de *última ratio*, ou seja, o trabalhador apenas pode prestar informações falsas quando essa seja a única forma de preservar a sua esfera privada e a sua posição negocial.

Quanto aos outros métodos de indagação, tais como os questionários escritos, os testes psicológicos, exames médicos, os testes genéticos e os testes para controlo de estupefacientes e álcool os requisitos legais têm um papel fundamental, com especial destaque para o consentimento livre e esclarecido do candidato. A análise dos diversos tipos de métodos mostra-se relevante, na medida em que nos permite valorar a recusa do trabalhador à realização desses testes e a admissibilidade dessa recusa. Relativamente aos testes de gravidez, resulta claro da análise da lei a impossibilidade da sua efetivação (n.º2 do art. 19.º). Já no que às provas grafológicas e ao polígrafo diz respeito, concluímos também pela sua não admissibilidade, visto não apresentarem um grau de

fiabilidade razoável de forma a avaliar da aptidão do candidato para a prestação da atividade laboral.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

ABRANTES, JOSÉ JOÃO

- *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, Lisboa, AAFDL, 1990
- *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005
- *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais, breves reflexões*, in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias*, Coimbra, Almedina, 1999

AMADO, JOÃO LEAL

- *Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio juslaboral e a lei 12/2005, de 26 de Janeiro, Temas Laborais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005
- *Contrato de Trabalho*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE

- *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2012.

APOSTOLIDES, SARA COSTA

- *Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008

ARAÚJO, FRANCISCO ROSSAL DE

- *A boa fé no Contrato de Emprego*, São Paulo, Editora LTR, 1996

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA

- *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. II – *Acções e Factos Jurídicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

- *Direito Civil. Teoria Geral*, Vol. III - *Relações e situações jurídicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

AZEVEDO, CARLOS ALBERTO CASAS

- *A igualdade de oportunidades no acesso ao emprego e no trabalho entre homens e mulheres e proibição de discriminações com base no sexo*, RMP, 19, n.º75, Julho, Setembro de 1998

CANOTILHO, J. J. GOMES

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2003

CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, VITAL

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

CASTRO, CATARINA SARMENTO E

- *A protecção dos dados pessoais dos trabalhadores*, Questões Laborais, nº20, 2002

CAUPERS, JOÃO

- *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, Almedina, 1985

CHACARTEGUI JÁVEGA, CONSUELO

- *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

- *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 1994
- *A boa fé nos finais do século XX*, Lisboa, ROA, 56, III, 1996
- *A liberdade de expressão do trabalhador*, in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias*, Coimbra, Almedina, 1999

- *Direito do Trabalho e cidadania*, in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias*, Coimbra, Almedina, 2001
- *Manual de Direito Comercial*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2001
- *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2009
- *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2.^a edição, Lisboa, AAFDL, 1992
- *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral*, T. I, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2000

COSTA, MARIANA FONTES DA

- *O dever pré-contratual de informação*, Porto, RFDUP, 2007

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA

- *Direito das obrigações*, 12.^a edição, Coimbra, Almedina, 2009
- *Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, RLJ, 116, 1983 – 1984.

CRAIG, JOHN D.R.

- *Privacy and Employment Law*, Oxford e Portland (Oregon), Hart Publishing, 1999

DÄUBLER WOLFGANG,

- *Derecho del trabajo*, Acero Serna e Acero López (trad.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridade Social, 1994

Diciopédia, Porto Editora Multimédia, 2001.

DRAY, GUILHERME MACHADO

- *Justa causa e esfera privada*, in PEDRO ROMANO MARTINEZ (coord.), *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2001
- *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999

FABIN, CHRISTOPH,

- *O dever de informar no direito civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO

- *Direito do Trabalho*, 16.^a edição, Coimbra, Almedina, 2012

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, LUIS ANTONIO

- *Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentário al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)*, REDT, n.º 82, 1997

FESTAS, DAVID DE OLIVEIRA

- *O Direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador no Código do Trabalho*, ROA, n.º 64, 2004

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA,

- *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004
- *Uma “terceira via” no Direito da responsabilidade civil?* Coimbra, Almedina, 1997

GOMES, JÚLIO

- *Direito do Trabalho*, Vol. I – *Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007

GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS,

- *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los limites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988

GRIGOLEIT, HANS-CHRISTOPH,

- *Vorvertragliche Informationshaftung – Vorsatz dogma, Rechtsfolgen, Schranken*, Munchen, C.H. Beck, 1997

GUERRA, AMADEU

- *A privacidade no local de trabalho. As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. As alterações do Código do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2004

HÖRSTER, HEINRICH EWALD

- *A parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1992

JAVILLIER, JEAN-CLAUDE

- *Droit du Travail*, 7.^a édition, Paris, L.G.D.J, 1999

JHERING, RUDOLF VON

- *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten Verträgen*, Jherings Jahrbucher, 4, 1861

KOTZ, HEIN

- *Precontractual duties of disclosure: a comparative and economic perspective*, European Journal of Law and Economics, Vol. 9, 1, 2000

LEAL, LARISSA MARIA DE MORAES

- *A aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e boa-fé nas relações de trabalho – As interfaces entre a tutela geral das relações de trabalho e os direitos subjetivos individuais dos trabalhadores*, Revista Jurídica Brasília, Vol. VIII, n.º 82, dezembro, janeiro, 2007

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES

- *A protecção dos dados pessoais no contrato de trabalho*, AA.VV., *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- *Código do Trabalho Anotado*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2004
- *Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008
- *Direito das Obrigações*, Vol. I – *Introdução. Da constituição das obrigações*, 11.^a edição, Coimbra, Almedina, 2014

LEITE, JORGE

- *Direito do Trabalho*, Vol. II, Coimbra, SASUC, 1999

LIMA FERNANDO ANDRADE PIRES DE e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES

- *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987

LOURENÇO, PAULA MEIRA

- *Os deveres de informação no contrato de trabalho*, Lisboa, RDES, 2000

LUGINGER, SÓNIA AMORIM

- *Aspetos psicológicos da grafologia*, Universidade Lusíada Portuguesa, 2005

MACHADO, JOÃO BAPTISTA

- *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*, Obra dispersa, Vol. I, Braga, Scientia Jurídica, 1991

MARTINEZ, PEDRO ROMANO

- *Código do Trabalho Anotado*, 9ª edição, Coimbra, Almedina, 2013
- *Direito do Trabalho*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2013

MARTINS, ANTÓNIO CARVALHO

- *Responsabilidade pré-contratual*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

MARTINS, JOÃO NUNO ZENHA

- *O genoma humano e a contratação laboral. Progresso ou Fatalismo?* Oeiras, Celta, 2002

MAZEAUD, ANTOINE

- *Droit du travail*, 2ª edition, Paris, Montchrestien, 2000

MESQUITA, JOSÉ ANDRADE

- *Direito do Trabalho*, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 2004

MIRANDA, JORGE

- *Manual de Direito Constitucional*, T. IV - *Direitos Fundamentais*, 5ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012

MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, T. I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE

- *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989
- *Anotação ao acórdão do STJ de 17 de Fevereiro de 2000*, RLJ, 133, 2000 - 2001

MONTOYA MELGAR, ALFREDO

- *“La buena fe en el derecho del trabajo”*, Madrid, Tecnos, 2001.

MOREIRA, GUILHERME ALVES

- *Instituições do Direito Civil Português*, Vol. II - *Das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1911.

MOREIRA, TERESA COELHO

- *A conduta e a orientação sexuais do trabalhador, Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, 2004
- *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- *Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2011
- *A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrónico do trabalhador*, Coimbra, Almedina, 2010

OLIVEIRA, GUILHERME DE

- *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, RLJ, Ano 128.º, 1995 - 1996

- *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma, Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999
- *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, RLJ, Ano 129.º, 1996 - 1997

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA

- *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Coimbra, BFDUC, Suplemento XIV, 1966
- *Cessação da posição contratual*, Coimbra, Almedina, 1982

PINTO, PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA

- *A protecção da vida privada e a Constituição*, Coimbra, BFDC, n.º 76, 2000
- *O Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, Coimbra, BFDUC, n.º 69, 1993

PIRES, FRANCISCO LUCAS

- *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, Imprensa de Coimbra, 1975

PLÁ RODRIGUEZ, AMÉRICO

- *La protection de la vie privée du salarié: la situation dans les Amériques*, R.I.T., Vol. 134, n.º3, 1995

PRATA, ANA

- *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, Lisboa, 1991

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA

- *Conciliação Equilibrada entre a Vida Profissional e Familiar – uma condição para a igualdade entre mulheres e homens na União Europeia*, Estudos de Direito do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2003
- *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais da pessoa*, Estudos de Direito do Trabalho, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2003
- *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2000

- *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2012
- *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2012

RIGAUX, FRANÇOIS

- *La liberte de la vie privée*, RIDC, n.º3, 1991

RUIZ MIGUEL, CARLOS

- *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Universidad Complutense de Madrid, Tecnos, 1992

SILVA VASCO PEREIRA DA

- *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*, RDES, Ano XIX, n.º2, 1987

SILVA, EVA SÓNIA MOREIRA DA

- *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003

SILVA, JOÃO CALVÃO DA

- *Negociações e formação dos contratos, Estudos de Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1996

SOUSA, RABINDRANATH VALENTINO ALEIXO CAPELO DE

- *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

SOUZA, RONALD AMORIM E

- *Invasão da privacidade do empregado, Direito do Trabalho, Estudos*, Salvador, 1997

TAVARES, JOSÉ

- *Os Princípios fundamentais do Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1929

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO

- *Direito das Obrigações*, 7.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997

TOPO, ARIANA

- *La tutela del lavoratore tossicodipendente*, Vol. I, RIDT, 1993

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES

- *Anotação ao Acórdão Arbitral de 31 de Março de 1993*, RLJ, 126, 1993 - 1994
- *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.^a edição, Coimbra, Almedina, 2010

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE

- *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006
- *Teoria Geral de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2012

VICENTE PACHÉS, FERNANDO DE

- *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998

VICENTE, DÁRIO MOURA

- *Da responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001

WIEDEMANN HERBERT

- *Zur culpa in contrahendo beim abschlub des arbeitsvertrage*, AA.VV., FS für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, München, Beck, 1982

XAVIER, BERNARDO LOBO

- *A Constituição, a tutela da dignidade e personalidade do trabalhador e a defesa do património genético. Uma reflexão*, in ANTÓNIO MOREIRA (coord.), *V Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias*, Coimbra, Almedina, 2003
- *O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras*, RDES, 2003

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

§ NACIONAL (*)

(*) A jurisprudência cuja fonte não esteja indicada pode ser encontrada em www.dgsi.pt

- Ac. do STJ, proc. n.º 06A222, de 04 de Abril de 2006
- Ac. do STJ, proc. n.º 97S243, de 24 de Junho de 1998
- Ac. do STJ, proc. n.º 04B2992, de 18 de Novembro 2004
- Ac. do TC n.º 156/88, de 29 de Junho de 1988
- Ac. do TC 368/02, publicado no DR, II Série, 247, de 25 de Outubro de 2002, 17780-17791.
- Ac. do TC n.º 306/03, proc. n.º 382/03, de 25 de Junho de 2003
- Ac. do TRG, proc. n.º 902/04-2, de 26 de Abril de 2004
- Ac. do TRL, proc. n.º 2219/2004-6, de 21 de Abril de 2005
- Ac. do TRL, proc. n.º 1429/06.6TBALQ.L1-8, de 16 de Junho de 2011
- Ac do TRL, proc. n.º 879/10.8TVLSB.L1-8, de 15 de Dezembro de 2011
- Ac. do TRL, proc. n.º 4635/11.8TTLSB.L1-4, de 18 de Abril, de 2012
- Ac. do TRE, proc. n.º 44/07.1TBGDL.E1, de 03 de Março de 2010

§ ESTRANGEIRA

- Tribunal Supremo Federal Alemão do Trabalho – BAG 7 de Fevereiro de 1964.

SITES UTILIZADOS

- www.cej.pt
- www.dgsi.pt
- www.oa.pt