



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Marco André Esteves Pinto Moreira

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS E A
SUA INFLUÊNCIA NO CONTRATO DE TRABALHO**

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais/Menção em Direito Laboral, orientada pelo Professor Doutor João Carlos Conceição Leal Amado e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Outubro de 2020



Marco André Esteves Pinto Moreira

**Liberdade de expressão nas redes sociais e a sua influência no
contrato de trabalho**

Freedom of speech on social media and its influence on the
employment contract

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo
de Estudos em Direito (conducente ao grau de
Mestre), na Área de Especialização em Ciências
Jurídico-Empresariais/Menção em Direito
Laboral, sob orientação do Professor Doutor João
Carlos Conceição Leal Amado

Coimbra, 2020

*“Success is the ability to go from
one failure to another with no loss of enthusiasm.”
Winston Churchill*

AGRADECIMENTOS

Se eu vi mais longe do que outros, é por estar sobre os ombros de gigantes. Frase de Isaac Newton mas que se aplica na perfeição à elaboração de todo este trabalho.

Percurso longo e sinuoso, onde nem sempre a motivação foi companheira e a palavra desistir teimava em aparecer. E se hoje estou sentado a escrever estas palavras de fecho deste capítulo da minha vida, em larga medida o devo a um grupo de pessoas muito particular, que influenciou de forma decisiva o meu percurso académico, carregando-me em ombros quando as forças eram poucas e que nos momentos mais negros foi sempre capaz de se lembrar de acender uma luz. Escrever estas últimas linhas, onde memórias me vêm à cabeça, e as minhas mãos tremem ao carregar em cada uma destas teclas, tem um significado especial por causa dessas pessoas a quem me cumpre agradecer.

Ao meu Pai, pela força da natureza que sempre demonstrou ser, por guiar pelo exemplo, por nunca me deixar cair, e por ser um exemplo claro de que muitas vezes não são precisas palavras e que um simples gesto demonstra bem mais. A ti, este trabalho é inteiramente dedicado a ti e nunca existirão palavras suficientes para te agradecer.

Ao meu irmão e restante família, pelo apoio constante e valores transmitidos, por me puxarem de volta à terra e serem a tradução perfeita de que os valores vêm do berço.

Ao Manuel, ao Travassos, ao Rui, ao Diogo, ao Vicente e ao Nuno, a primeira frase é em larga medida para vocês. São a prova provada de que amizades verdadeiras ainda existem, de que é possível torcer genuinamente pelo sucesso de alguém sem esperar algo em troca. O meu sucesso é o vosso sucesso. Até sermos velhinhos.

Às Ineses e às Marianas, pelo carinho constante e incentivo que sempre me deram e por acompanharem todos os passos que foram dados até aqui.

À Inês, pelo companheirismo e compreensão, pela ajuda desmedida, por simplesmente estar presente e por aceitar embarcar em todas as aventuras comigo.

A todos os profissionais da Rogério Alves e Associados, nomeadamente ao João, à Ana, à Gariso, à Mota, ao André, ao Rodrigo e ao Pedro pelos constantes ensinamentos, paciência e confiança diária.

Ao meu orientador, o Professor Doutor João Leal Amado, por toda a paciência e orientação, pela disponibilidade e ensinamentos, críticas e sugestões.

Por fim, uma palavra para a minha Mãe, que esteja onde estiver tenho a certeza que está orgulhosa de mais esta etapa alcançada. E a quem perguntaria " E agora?" e ela responderia " Meu rapaz, sabes bem do que és capaz. O mundo espera por ti. Segue em frente e sorri."

Assim encerro um ciclo.

A Coimbra, à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a todos os que me acompanharam,

Obrigado.

*“É Coimbra a cidade
Que entrou dentro de ti
Cidade sem ter idade
Os sonhos nascem aqui”*

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a influência das redes sociais no contexto laboral, mais especificamente o exercício do direito à liberdade de expressão, por parte do trabalhador, através destas plataformas e a interferência gerada na relação com o empregador.

É certo que nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, podendo ser limitados de forma a coexistirem com outros direitos, e nesse sentido após uma contextualização histórica sobre os mesmos, é importante entender qual o limite imposto aos limites. Até onde podemos limitar os direitos fundamentais para que consigamos o duplo objetivo desta limitação: o não esvaziamento de sentido do direito e o seu exercício de forma respeitosa por outros direitos com que entre em colisão. Entendemos que o princípio da proporcionalidade é um elemento norteador nestas situações, e por isso merecedor de estudo.

Consecutivamente, o exercício destes direitos na relação laboral importa um exame aprofundado do Contrato Trabalho, instituto gerador de direitos e deveres entre duas partes que apesar de possuírem interesses coincidentes, se encontram numa relação desequilibrada. Desequilíbrio este que deve sempre ser tido em conta quando discorremos sobre o mundo laboral.

Finalmente teremos que entender o fenómeno das redes sociais e a forma como o exercício do direito à liberdade de expressão nestas pode influenciar negativamente a relação laboral, resultando em consequências graves para ambas as partes. A possível lesão da honra e imagem do empregador, e o despedimento do trabalhador, como sanção mais penalizadora do nosso ordenamento jurídico, e por isso, apenas utilizada em última instância.

Palavras-chave: Contrato de Trabalho, Redes Sociais, *Facebook*, Despedimento, Poder Diretivo, Poder Fiscalizador, Poder Disciplinar, Liberdade de Expressão, Direitos Fundamentais, Proporcionalidade.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the influence of social networks in work context, more specifically the exercise of the right of freedom of speech, by the employee, through these platforms and the interference generated in the relationship with the employer.

It is true that not even fundamental rights are a hundred per cent absolute and in order to coexist with other rights it can be limited, and in that sense after a historical contextualization about them, it is important to understand the limit imposed. How far can we limit fundamental rights so that we can achieve double objective of this limitation: the non-emptying of the meaning of the law and its exercise respectfully for other rights with which it collides. We understand that the principle of proportionality is a guiding element in these situations, and therefore worthy of study.

Consecutively, the exercise of these rights in the employment relationship thorough examination of the Employment Contract, an institute that generates rights and duties between the two parties that despite having coincident interests, are in a relationship that is unbalanced. This unbalance must always be taken into account when we talk about the working world.

Finally, we have to understand the phenomenon of social networks and the way in which exercising the right of freedom of speech in and how it may negatively influence the employee-employer relationship, which can result in serious consequences for both parts. The possibility of injury the honor and image of the employer, or the dismissal of the employee, are the most penalizing in our legal system, and therefore must be only used in the last instance.

Keywords: Employment Contract, Social Networks, Facebook, Dismissal, Directive Power, Supervisory Power, Disciplinary Power, Freedom of Speech, Fundamental Rights, Proportionality.

ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Ac. - Acórdão

CC – Código Civil

CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados

CT – Código do Trabalho

CRP – Constituição da República Portuguesa

p. – página/as

segs. – seguintes

TC – Tribunal Constitucional

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

STC – Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ÍNDICE

<u>INTRODUÇÃO</u>	14
<u>I. DIREITOS FUNDAMENTAIS</u>	17
A. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
B. NOÇÃO E FUNÇÕES	25
C. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
I. EFICÁCIA VERTICAL.....	31
II. EFICÁCIA HORIZONTAL.....	32
D. RESTRIÇÕES	36
I. DIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS.....	36
II. INDIRETAMENTE CONSTITUCIONAIS.....	36
III. NÃO EXPRESSAMENTE AUTORIZADAS PELA CONSTITUIÇÃO.....	37
E. GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	37
I. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	40
<u>II. CONTRATO DE TRABALHO</u>	42
A. NOÇÃO	42
I. PRESTAÇÃO DE TRABALHO.....	43
II. RETRIBUIÇÃO.....	43
III. SUBORDINAÇÃO JURÍDICA:.....	44
B. PODERES DO EMPREGADOR	47
I. LIMITES.....	49
C. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVERES DO TRABALHADOR	51
I. DIREITOS ESPECÍFICOS	52
II. DIREITOS INESPECÍFICOS	53
III. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE OPINIÃO DO TRABALHADOR.....	55
IV. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	62
<u>III. AS REDES SOCIAIS</u>	64
A. FORMAS DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS	67

I. MENSAGENS PRIVADAS	68
II. PUBLICAÇÕES NO PERFIL PESSOAL	68
III. PUBLICAÇÕES EM GRUPOS	70
B. REDES SOCIAIS NO CONTEXTO LABORAL	71
C. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	76
I. ACÓRDÃO N.º 431/13.6TTFUN.L1-4 DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA.....	76
II. ACÓRDÃO N.º 101/13.5TTMTS.P1 DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO.....	79
III. ACÓRDÃO N.º 8/13.6TTFAR.E1 DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA	81
IV. ACÓRDÃO N.º 747/18.5T8PTM.E DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA	83
<u>CONCLUSÃO</u>	<u>87</u>
<u>BIBLIOGRAFIA.....</u>	<u>96</u>
<u>JURISPRUDÊNCIA</u>	<u>100</u>

INTRODUÇÃO

Liberdade de expressão. O direito nuclear da presente dissertação é um dos elementos estruturais de um Estado de direito democrático, que atualmente é constantemente visado, quer pelo seu exercício desmedido, quer pelos atropelos constantes e restrições que sofre.

A relação deste direito com o contrato de trabalho e destes com as redes sociais será o objeto central deste estudo, de forma a compreendermos os meandros destas relações e qual a sua aplicabilidade no dia a dia de um qualquer cidadão.

A Era digital que atravessamos atualmente trouxe consigo diversas coisas positivas, facilitando em larga escala o contacto entre pessoas, o acesso e reprodução de informação entre outros. Mas como tudo na vida, todas as moedas têm um verso, e neste caso não é diferente. As novas tecnologias nem sempre são utilizadas no bom sentido, e as características capazes de nos ajudar tanto, podem também ser utilizadas para muitas vezes nos prejudicar. Da mesma forma que muitos dos meios de comunicação atualmente são utilizadores das redes sociais para difundirem as suas notícias de forma mais rápida e eficaz, também podem ser difundidas as cada vez mais comuns *fake news*. Exatamente a mesma coisa quando utilizamos as redes sociais para partilharmos algumas informações nossas pessoais, para que os nossos amigos e conhecidos vejam, como fotografias ou dados pessoais, mas que podem ser utilizados para roubos de identidade. Nenhum sistema é perfeito. E as novas tecnologias e redes sociais não são exceção. Se não forem utilizadas com a devida cautela podem trazer consequências nefastas para a nossa vida. Até porque a partir do momento em que algo é disponibilizado *online* não há forma de controlar o seu alcance. Como se diz nos dias de hoje, uma vez na internet, para sempre na internet.

Esta ainda falta de noção da sociedade atual sobre todos os problemas que as novas tecnologias carregaram para as nossas vidas, leva-nos, na grande maioria das vezes, a atuar sem ter em consideração estas particularidades. E se mudaram de forma radical a sociedade, então é claro que o Direito foi também afetado.

O Direito faz-se de momentos, cultura e contexto histórico. Não é uma ciência estanque e imutável. Antes pelo contrário. Não só não é como não pode ser. A necessidade de contantes adaptações de forma a permitir a evolução da sociedade no sentido de atingir a plenitude de um Estado de direito democrático revela que o Direito é possuidor de uma

plasticidade assinalável, capaz de responder aos grandes desafios que ao longo dos séculos lhe têm sido impostos.

Sendo o Direito caracterizado pelas palavras referidas, os direitos fundamentais enquanto pilares de um Estado de direito não podiam ser diferentes, sendo eles próprios os primeiros a mudar cada vez que a sociedade o exige. Por esse motivo, por serem os pilares a partir dos quais é possível edificar todo o palácio do Direito, afigurou-se de extrema importância, na presente dissertação, analisá-los com um grau de pormenor assinalável. Perceber as bases é fundamental para que se possa entender as restantes componentes. Através deste estudo pretendemos entender melhor o conceito de direitos fundamentais, podendo assim distingui-los de certas figuras afins, muitas vezes confundidas, conhecer a forma como se aplicam e como podem ser exercidos pelos cidadãos, e, provavelmente a questão que mais nos atormenta no momento de escrever estas palavras, existem limitações aos direitos fundamentais. Em caso negativo, como podemos então exercer os nossos direitos com toda a sua amplitude e conviver numa sociedade com cidadãos portadores dos mesmos direitos que eu? Em caso afirmativo, quais são essas limitações, como se estabelecem e como são executadas? Perguntas que pretendemos ver respondidas no decorrer desta dissertação. Só através desta perceção seremos capazes de dar o passo seguinte, o de analisar um direito fundamental em concreto. Percorrer este caminho, do geral para o concreto, é, no nosso entender, a forma mais correta e a que mais facilita a compreensão desta temática.

O passo seguinte do presente estudo passará por dissecar o direito à liberdade de expressão. Como começámos por dizer, a liberdade de expressão perfila-se como um dos direitos basilares de um Estado democrático, e um dos mais aclamados do momento. Por esta razão assume uma importância acrescida a análise minuciosa deste direito, de entender o seu âmbito de aplicação, o tipo de direito fundamental que é e a que limitações pode eventualmente ser sujeito. Antes de continuarmos a presente exposição escrita, e de analisarmos estas temáticas, podemos afirmar que, pelo seu grau de importância, qualquer ataque que surja ao direito à liberdade de expressão é um ataque a todo o edifício do Estado de direito democrático. Aliás, percebemos de imediato essa importância ao repararmos que este direito se encontra plasmado em diversos tratados internacionais e em quase todas as constituições de outros Estados.

No entanto, no âmbito da dissertação aqui presente, importa ainda relacionar este direito com o contexto laboral. Perceber se o trabalhador mantém o seu estatuto de cidadão,

sendo por isso possuidor dos mesmos direitos enquanto trabalhador e enquanto cidadão, inclusive o direito à liberdade de expressão, será o primeiro passo. Em seguida, estudaremos a forma como a liberdade de expressão pode ser exercida no âmbito da relação empregador trabalhador, por qualquer um deles, os limites que possam existir ao seu exercício e a forma como através dela podemos prejudicar a outra parte e sofrer consequências advindas desse exercício pejorativo.

No último capítulo cumpre-nos proceder um exame minucioso do conceito de redes sociais. Importa ver como entraram nas nossas vidas, como as influenciam e quais os mecanismos de comunicação que nos são colocados ao dispor através delas. E ao entendermos estes pressupostos encontrar-nos-emos capacitados para conjugar estas novas ferramentas com o exercício da liberdade de expressão nelas e através delas. E posteriormente relacionar este prévio relacionamento com o contexto laboral. Será que as fronteiras historicamente edificadas, delimitadoras da vida laboral, que deixavam do lado de fora a vida privada de cada trabalhador, se mantêm sólidas? O trabalhador apenas pode ser julgado pelo que fizer dentro das instalações da empresa e durante a jornada de trabalho? Ou teremos uma nova realidade? Pode o trabalhador ser alvo do poder disciplinar do empregador por ações levadas a cabo no conforto da sua casa e no fim de um dia de trabalho?

Com recurso a jurisprudência variadas, leitura de doutrina diversa, consulta de legislação nacional e internacional e um pensamento crítico e fundamentado pretendemos alcançar conclusões de forma a esclarecer todas estas questões e a levantar novas, o que se seria um indicador de o que o trabalho tinha sido corretamente executado e o objetivo do mesmo tinha sido alcançado. Como diria Albert Einstein “O importante é não parar de questionar”.

I. DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Os direitos fundamentais são um tema extremamente denso, de alta complexidade e de elevada importância no nosso ordenamento jurídico. Além da sua cada vez mais estreita ligação com o contrato de trabalho (algo que torna, de imediato, irrealista a conceção liberal dos mesmos ²), constituem uma das bases mais sólidas de todo e qualquer Estado de Direito, merecendo, por isso, a nossa atenção. Analisar o conceito, a sua definição e origem histórica, delimitar o grupo de direitos fundamentais e a sua eficácia e por fim as suas limitações parece-me essencial para que se possa entender e chegar ao cerne da questão deste problema que apresento, até pela constante confusão entre direitos fundamentais e direitos do homem ou direitos de personalidade.

a. Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais

O estudo da origem e evolução dos direitos fundamentais é algo extraordinariamente rico e que certamente seria digno de uma dissertação concentrada em si. É partindo desta base que, apenas levemente, discorreremos sobre este tema, por forma a, por um lado, termos espaço e tempo de abordar o nosso problema, e por outro, podermos explorar um pouco da procedência deste pilar do Direito.

Ao longo do tempo os direitos fundamentais foram sujeitos a uma metamorfose intrinsecamente ligada aos valores defendidos por cada sociedade e cultura. Algo que prova o carácter mutável e heterogéneo desta categoria de direitos. Foi um longo processo, sempre com o objetivo de garantir uma, cada vez maior, proteção aos indivíduos e à própria coletividade, face aos perigos que ameaçam a saúde das posições jurídicas.

¹ Entre outros: CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 2007; ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005; MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2018; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2019;

² “que os via exclusivamente como direitos subjetivos de defesa perante os poderes estaduais e, por conseguinte, os considerava relevantes apenas nas relações entre os particulares e o Estado.” ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 21;

Surgiram comparações, concepções e teorias e até perspectivas. Todas elas contribuíram para a definição e enquadramento atual destes direitos enquanto base que suporta todo o ordenamento jurídico português.

No entanto, como todo o processo morfológico, lento e gradual, e se é verdade que a precipitação destes direitos é apontada para os meados do século XVIII³, não é menos verdade que existiu um caminho pretérito percorrido pela doutrina jurídica com olhos postos na fundamentação e alcance dos alicerces para o reconhecimento e declaração destes direitos pelo Estado.⁴

Começando na antiguidade clássica, onde apesar de se recusar a existência destes direitos⁵, tínhamos já alguns indícios de que os direitos fundamentais poderiam florescer. Ideias como igualdade e liberdade foram surgindo de vários lados, desde os sofistas ao defenderem que somos todos iguais “quer sejam bárbaros ou helenos”, ao pensamento estóico para quem existia todo um grande Estado universal onde os homens estavam sob um *nomos* unitário convertendo-se em seus cidadãos. “Quer dizer: direitos de todo o mundo e não apenas direitos limitados ao espaço da *polis*.”⁶

No apogeu da civilização romana, o pensamento estóico leva a cabo uma tentativa de mover a teoria da igualdade do plano cosmológico para o plano filosófico. Ficaram reconhecidas as posições de Cícero e Terêncio⁷ ao longo deste período. Neste período surge, também, a construção da separação entre *ius gentium* e *ius naturale*⁸, associada ao conceito de homem enquanto *sui iuris*, e, por isso, titular de direito privado sobre a *res*⁹, características categóricas para o advento dos direitos fundamentais na perspectiva moderna.

As concepções cristãs medievais, onde foi feita a divisão entre lei divina, lei natural e lei positiva, desbravaram caminho para a importância de se sujeitar o direito positivo às

³ Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; GARCIA, Eusebio Fernandez (org.). *Historia de los Derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid: Dykinson, 2003, p.15;

⁴ Cf. CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional*, Tomo I, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 1989, p. 311;

⁵ Platão e Aristóteles consideravam o estatuto de escravidão como algo natural, mostrando a incompatibilidade da sociedade com os direitos fundamentais. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 380 e 381;

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 381;

⁷ “Cícero: “a lei verdadeira é a razão coincidente com a natureza na qual todos participam” (...) Terêncio: “Eu sou homem e nada do que é humano me é alheio”” CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 381;

⁸ Cf. HAARSCHER, Guy, *Filosofia dos Direitos do Homem*, Trad. Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 77 e ss;

⁹ Cf. KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämerle, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 47 e ss;

normas jurídicas naturais que tenham origem na natureza do homem. Ambas deveriam dirigir-se ao bem comum. Durante esta Era há, igualmente, um grande contributo para a formação filosófica dos direitos do homem, onde, em especial, Nietzsche¹⁰ elaborou uma fórmula segundo a qual a igualdade dos indivíduos provinha da filiação divina de todos.¹¹

Mencionar ainda a escolástica espanhola, com relevância na sua defesa pela prevalência de uma “razão ou natureza das coisas e dos valores”, considerados em si mesmo, que renderia a vontade divina na delimitação do direito natural¹². Foi a partir destes últimos pilares teóricos que, ulteriormente, a filosofia inglesa encontrou fundamentos mais fortes à defesa e justificação da inserção dos direitos do homem nas declarações de direitos do século XVII¹³.

Apesar de terem iluminado e fertilizado o solo para o crescimento e desabroche dos direitos fundamentais, nenhuma delas seria suficiente *per se* para facultar as condições necessárias à sua erupção. A própria corrente jusnaturalista não consegue justificar a efetivação destes direitos num qualquer momento anterior à positivação derivada do constitucionalismo oitocentista¹⁴.

Por esta razão, não estava criado um ambiente favorável à revelação desses direitos. Apenas com ascensão da burguesia às posições de decisão na sociedade, apenas possível devido ao tremendo sucesso económico do comércio marítimo, com a Índia e Américas, e da política mercantilista da época, é que os interesses económicos burgueses convergiram com um modelo político mais seguro e confiável à manutenção dos seus proveitos.¹⁵

¹⁰ Cf. NIETZSCHE, Friedrich, *O Anticristo*, Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2006;

¹¹ Jorge Miranda refere que com o cristianismo todos os seres humanos, pelo simples facto de o serem são dotados de um valor, e que tendo sido “Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir” MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, cit., p.20;

¹² Canotilho adverte que “foi a **secularização do direito natural** pela teoria dos valores objetivos da escolástica espanhola (Francisco de Vitória e Suarez) que, substituindo a vontade divina pela «natureza ou razão das coisas», deu origem a uma concepção secular do direito natural” CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 382;

¹³ ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Cascais: Principia, 2010. p.11;

¹⁴ Neste sentido, a opinião de Suzana Tavares da Silva: “Assim, os valores propalados na antiguidade dificilmente podem consubstanciar uma génese dos Direitos do Homem. E até a doutrina jusnaturalista, que concebe como matriz da jusfundamentalidade dos direitos a liberdade pessoal (direito à autodeterminação), a igualdade e a dignidade da pessoa humana, enquanto valores (direitos inerentes ao indivíduo) anteriores ao Estado, tem dificuldade em localizar a génese da efectividade destes ‘primeiros’ direitos nos constitucionalismos” SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 89;

¹⁵ Reis Novais faz uma síntese precisa a este propósito: “Ainda que beneficiando da política económica mercantilista, a burguesia, afastada dos lugares de governo, necessitava de erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder, ou pelo menos, de domesticar uma Administração cujas providências concretas,

Estavam criadas, enfim, as condições perfeitas para a deflagração dos direitos fundamentais como garantia dos homens face ao poder da realeza. Carregados pela força de uma classe financeiramente dominante na procura da limitação do colossal poder monárquico, numa demonstração de força empolada, a burguesia impunha mais uma derrota a uma nobreza caduca. A consagração desta vitória chega com o reconhecimento, pelo Poder Monárquico, absolutista até então, de direitos intrínsecos aos homens e oponíveis ao Estado, que deveriam dizer respeito a uma área inviolável. Através dessas declarações jurídicas, especialmente o *Petition of Rights*, submetido em 1628, *Habeas Corpus Act*, publicado em 1679, e o *Bill of Rights*, que data a 1689, ficam representados os alicerces estruturantes do Estado Liberal.^{16 17}

A burguesia ascendia, assim, socialmente, passando a ocupar um lugar de destaque, onde tentaria racionalizar o Estado. Ou seja, defendiam que apenas com a razão se poderia controlar as arbitrariedades dos monarcas, conferindo segurança e previsibilidade à atividade pública. As conceções burguesas tinham uma marca indelével do Ilusionismo, vociferando a racionalidade e as fórmulas iluministas possuíam a base teórica justificadora do Estado Liberal que despoletava.

Assim, partindo de uma ideia contratualista, com o seu máximo defensor John Locke¹⁸, proclamava-se que havia direitos inatos dos homens, direitos esses que,

individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes económicos requeridas por um pleno desenvolvimento das bases económicas em assentava o emergente poder burguês. [...] a burguesia cedo deslocaria «as reivindicações de liberdade do plano numa liberdade social de dimensão tradicional para o duma liberdade individual»; ela não se propõe, então, a renovar os antigos *jura quaesita*, mas antes afirmar perante a actuação potencialmente arbitrária do Príncipe, a existência na esfera de cada homem de um núcleo de direitos naturais concebidos como direitos subjectivos insusceptíveis de invasão por parte do Estado” NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 40-41;

¹⁶ Apesar de serem a base do Estado Liberal, tal não significa que tenham começado o movimento constitucionalista. Carl Schmitt defende que estes instrumentos se aproximam mais de uma representação dos regulamentos protetores dirigidos aos barões ingleses que formavam a elite da época, limitando o poder do rei. Portanto, o marco inicial em destaque deve ser a Declaração de Direitos da Virgínia, declarada em 1766, nos Estados Unidos da América, uma vez que, além de conceder direitos aos particulares, visava limitar, pelo direito, o poder estatal (Art.1º da Declaração de Direitos da Virgínia “Todos os homens são, por natureza, livres e têm certos direitos inatos, de que, quando entram em no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, entre os quais o goza da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar e obter felicidade e segurança”) . SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p.164;

¹⁷“Os direitos do homem são as bases do Estado (preâmbulo da Declaração de Virgínia) e uma sociedade em que falte a sua garantia não tem constituição (art.16º da Declaração de 1789)” MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, cit., p.25;

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 384;

naturalmente e simplesmente por dizerem respeito a seres humanos, encontravam-se inseridos na sua órbita individual. No entanto, os indivíduos, usando a *razão*, podiam coletivamente firmar um pacto social, onde renunciando a uma parte da sua liberdade, onde se comprometiam a respeitar uma autoridade criada em nome de uma proteção superior e mais efetiva.

Existia, portanto, um contrato bilateral, onde se fundava o poder estatal que tinha como objetivo a melhoria da proteção dos direitos naturais. Contrato que implicava, por vontade das partes, direitos e obrigações correlativos e complementares, e portanto, sinalagmáticos, competindo a ambas as partes, de modo que “os indivíduos obrigam-se a obedecer à autoridade política, mas adquirem *ipso facto* o direito à proteção da sua vida, da sua liberdade, da sua propriedade. O mesmo é dizer que, por outro lado, o novo poder instituído obriga-se a só agir no quadro previsto pelo contrato (com vistas a melhor garantir os direitos naturais, e nada mais que isso), e que adquire o direito de ser obedecido (na medida em que respeitar estes limites constitutivos)”¹⁹

É o cumprimento deste contrato que provisiona legitimidade ao poder estatal, por forma que, se existirem abusos de autoridade, que excedam os limites acordados, os indivíduos têm legitimidade para resistir. Esta convicção racionalista acabou por ser determinante para balizar a Revolução Americana, com particular relevo para o espírito das Declarações de Direitos da Virgínia e da Independência dos Estados Unidos da América, proclamadas a 1776.

Já em 1789, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, era colocado termo ao *Ancien Régime* e ao poder absolutista, cultivando-se o ambiente perfeito para o germinar do constitucionalismo^{20 21}, aparecendo o *État Constitutionnel* ou Estado

¹⁹ HAARSCHER, Guy, *Filosofia dos Direitos do Homem*, cit., p.23;

²⁰ Canotilho refere que não existe apenas um constitucionalismo mas sim três modelos convergentes: “Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.”, CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 51;

²¹ Já José de Melo Alexandrino recusa a existência do modelo inglês e realça as diferenças existentes: “O processo de positivação, institucionalização e garantia efetiva dos direitos do homem acompanhou, sem dúvida, o desenvolvimento do constitucionalismo, tendo, num primeiro momento, surgido *dois paradigmas* relativamente diferenciados: o francês (caracterizado pelo corte abrupto com o passado; as liberdades proclamadas revelam uma positividade dúbia, pois estão a meio caminho entre a política e a filosofia, vigorando nos limites das leis, sem jamais contarem com a assistência de mecanismos de controlo da constitucionalidade ou de garantias específicas de efetividade); e o norte-americano (incorporando princípios que, tal como pátria de origem, achavam já acolhimento das estruturas sociais e no próprio *common law*, o

Constitucional²² moldado por normas jurídicas que contornavam o poder autocrático e vinculado aos direitos fundamentais inatos dos indivíduos, que passavam a ser reconhecidos.

Alcançava-se a positivação, numa Lei Suprema, dos antigos direitos “naturais” do homem, que passavam, agora, a verdadeiros direitos fundamentais dos homens, os quais, seguramente, poderiam ser invocados na defesa e proteção dos indivíduos contra o poderio estatal. O Estado deixava de ser ilimitado e tirânico.

Não obstante os tremendos benefícios jurídico-constitucionais obtidos no Estado Liberal, encontrando-se alguns ainda hoje consagrados nos ordenamentos nacionais, tornava-se cada vez mais evidente que a liberdade e a autonomia individual defendidas a todo o custo, suportadas por um «rules of law» na sua vertente meramente formal e por uma cadente interpretação gramatical das normas, não se conseguiram sustentar por muito mais tempo.²³

Se é verdade que, por um lado, o liberalismo foi essencial à criação de condições ideais para o surgimento da industrialização económica, tal como do ganho de consciência do papel relevante do indivíduo na sociedade, por outro lado, foi incapaz de garantir uma efetiva igualdade nas condições sociais. Limitava-se, apenas, a proclamar formalmente direitos desprovidos de força, o que na prática, fazia com que apenas fossem exercidos por alguns grupos de elite, demonstrando situações de perfeita injustiça.²⁴ Este desnivelamento entre as classes influenciava, sobremaneira, a estrutura social, que para além de ter ficado caótica, acabou mesmo por ruir.²⁵

reconhecimento dos direitos e liberdades, mantendo embora uma forte radicação jusracionalista, não deixou de evoluir no sentido da afirmação constitucional de garantias jurídicas fortes.” ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, cit., p.15;

²² Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, Livraria Cruz, 1979, p.156 e segs.;

²³ Canotilho refere que “Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da «sociedade burguesa» são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem «egoísta» e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do «homem total», o que só será possível numa nova sociedade.” CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 385;

²⁴ “Desde os últimos anos do século XIX, mas sobretudo na sequência da I Guerra Mundial e das várias revoluções sociais suas contemporâneas, assiste-se a uma *crise* da consciência liberal: presente-se que a igualdade de direitos se torna artificial face ao poder económico e social de alguns, que o impõem aos outros, tantas vezes até ao coberto dessa mesma igualdade jurídica” ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.24;

²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p.54 e ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.24;

Existia uma ideia de que o indivíduo era livre no que respeitava ao Estado, mas dentro da sociedade não o era. Desaparecia a ficcional ideia de homem autónomo e livre dentro de um ambiente onde as condições para o exercício dessa liberdade eram exclusivas dos mais favorecidos, onde não se enquadrava a maioria da população.²⁶

Nesse sentido, o Estado passa a ser visto “como única força capaz de impor o respeito da liberdade individual”.²⁷ Começa a ser, cada vez mais, chamado a intervir na esfera social. Esta intervenção não se cingiu apenas ao período de tempo durante o qual duraram as Grandes Guerras. Foram muito para além disso. Se durante as guerras, todos os recursos estavam virados para os campos de batalha, algo que provocou uma autêntica desordem na sociedade privada, terminadas estas, verificou-se que a sociedade tinha mudado, que todo o mundo estava alterado. Vieira de Andrade refere que “a paz social não se reduz já à ordem nas ruas, pressupõe e responsabiliza a Administração na caminhada para um Bem-Estar suscetível de medida (...) Exigem-se do Estado medidas de planeamento económico e social, uma intervenção direta e dirigente na economia, um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social.”²⁸ Deixa-se de ver o Estado como inimigo, passa-se a ver o Estado como instrumento de defesa das liberdades dos homens.²⁹

É neste âmbito que surgem novas categorias de direitos. No sentido de responder aos clássicos problemas da sociedade³⁰ e corresponder às novas exigências dos tempos. Com a passagem de Estado neutro para um Estado intervencionista, aprece uma obrigação de *facere*, uma exigência de comportamentos positivos por parte do Estado. São os designados direitos positivos ou direitos a prestações, distintos dos outros por não serem direitos contra o Estado, mas são sim direitos através do Estado. Vieira de Andrade refere “embora a contraposição indivíduo-Estado não desapareça, esbate-se na medida em que os direitos não são, em si, direitos *contra* o Estado (contra a lógica estadual), mas sim direitos *através* do Estado”³¹

Com efeito, o poder público passa a ser considerado o garante de um leque de serviços necessários para uma coexistência em sociedade dos indivíduos, moldando-se todo

²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p.55;

²⁷ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.24;

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p.55;

²⁹ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.24;

³⁰ “problemas básicos da sociedade (v.g., trabalho, educação, habitação, saúde e segurança social)” ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.25;

³¹ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.28 e ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p.56;

o seu funcionamento em prol de uma distribuição e redistribuição do produto social de forma equitativa, esbatendo os antagonismos existentes.

As Constituições começam a reconhecer e a positivar estes direitos sociais, onde a Constituição Mexicana de 1917 e a da República de Weimar, em 1919, se tornam pioneiras nestas ações, solenizando o momento de «reconciliação» da sociedade com o Estado, deixando para trás o simples conformar do *status quo*, e passando a transformar a sociedade com base nas políticas públicas.³²

Esta nova forma de Estado, o Estado Social de Direito, foi, portanto, o escape político e jurídico para responder às exigências da população no tratamento de questões sociais, sendo a resposta efetiva e clara às reivindicações de condições justas, quer em questões laborais, de saúde ou segurança social.

Em especial nas questões laborais, desde sempre ligadas a uma relação desigual entre as partes, e onde os abusos decorrentes da revolução industrial justificavam uma intervenção estatal mais forte e efetiva, conferindo, inclusive, uma feição protecionista devido a esta desigualdade de posições.³³ Abrantes defende, mesmo, que é devido ao “reconhecimento da necessidade de limitar o poder social do dador de trabalho sobre o trabalhador que se dá o nascimento do Direito do Trabalho.”³⁴

Nas últimas décadas do séc. XX e XXI, a sociedade continuou a transmutar-se e o assombroso desenvolvimento científico e tecnológico provoca uma mudança cultural em toda comunidade. Com meios de comunicação de fácil acesso e com a circulação da informação a atingir a velocidade da luz, as barreiras físicas eram esbatidas e as distâncias eliminadas. Aparecem as redes sociais para “documentarem e comentarem a realidade”, mesmo que sem a verdade como aliada, provocando um estrondoso sismo no mundo jurídico, com novos e mais desafiantes problemas a surgirem. O que antes era seguro, deixou de o ser. Tudo passou a estar à distância de um clique, e aquilo que antes precisava de uns bons pares de mãos para ser feito, agora eram apenas necessários um ecrã e um teclado, podendo causar-se problemas em qualquer parte do mundo sem, se quer, sair de

³² ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.22 e ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p. 56 e 57;

³³ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.37;

³⁴ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.38;

casa. Mais uma vez, o Estado teve de se adaptar, e mais uma vez, os direitos fundamentais sofrem mais alterações de forma a corresponder às exigências dos tempos.³⁵

b. Noção e Funções

Conseguir encontrar a definição mais adequada para o conceito “direitos fundamentais” é uma tarefa árdua e longe de se encontrar cumprida na sua plenitude. Com a existência de várias definições, posições doutrinárias diversas e com um conjunto heterogêneo desses direitos, nada parece facilitar a tarefa.

Utilizando vários critérios, posições doutrinárias e distinções, procuraremos alcançar o conceito mais próximo correspondente ao real significado de direitos fundamentais.

Começando pelas palavras de Hesse, os direitos fundamentais, na sua conceção ampla, têm como finalidade “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade”. Já na sua conceção mais restrita são os direitos positivados por um certo Estado e que são qualificados por este como tal.³⁶

Podemos, também, conceitualizar estes direitos utilizando dois critérios: critério formal e critério material. O primeiro pode ser subdividido em dois. Num deles são considerados direitos fundamentais todos os direitos e garantias positivados e especificados na Constituição de um determinado Estado. No outro os direitos fundamentais são aqueles que possuem uma garantia mais forte na Constituição e, portanto, só podendo ser alterados com revisões constitucionais. Se considerarmos o critério material, os direitos fundamentais podem variar de Estado para Estado, dependendo de ideologias, formas de Estado e até princípios constitucionais. Retira-se uma ideia de mutabilidade dos direitos fundamentais consoante a sociedade em que estão inseridos.³⁷

Recorrendo ao artigo 16º da Constituição da República Portuguesa (CRP), encontramos que “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

³⁵ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit., p.59-68;

³⁶ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. Luís Afonso Heck, 20ªed, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 225;

³⁷ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 33ªed, São Paulo, EDITORA, 2018, p. 561;

Vieira de Andrade analisa o referido artigo estipulando que “se depreende diretamente que é possível a existência de outros «direitos fundamentais» em leis ordinárias ou em normas internacionais”.³⁸

Canotilho escreve que direitos fundamentais formalmente constitucionais são “direitos consagrados e reconhecidos pela constituição.”, referindo, ainda que, esta norma é aberta de forma a abranger todas as possibilidades de direitos que sejam colocados “no horizonte da pessoa humana”. Estes, ao não terem forma constitucional, são considerados pelo autor como direitos materialmente fundamentais.³⁹ Aqui, deparamo-nos com um grande problema. Como distinguir quais são os direitos que, fora da constituição, usufruem igualmente do estatuto de direitos fundamentais? Mais uma vez, nas páginas da obra de Canotilho encontramos uma resposta do autor, que considera como “direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais”.⁴⁰

Deste pequeno caminho que já percorremos conseguimos concluir que os direitos fundamentais são positivados pelos Estados e estão intrinsecamente conectados com os momentos históricos de cada um deles, não sendo direitos imutáveis nem homogêneos. Transfiguram-se e transformam-se conforme a sociedade e cultura em que se encontrem inseridos.

Como escrevemos anteriormente, existem algumas concepções históricas que influenciaram e influenciam o conceito de direitos fundamentais. Por exemplo, a concepção liberal, que considerava os direitos fundamentais como direitos de defesa contra o Estado.⁴¹

Depois de analisadas as várias tentativas de definição de direitos fundamentais, é importante distingui-los de alguns conceitos próximos e que muitas vezes são confundidos.

A mais frequentemente distinção é entre direitos do homem e direitos fundamentais. Os primeiros são direitos constantes de documentos internacionais e possuem um caráter

³⁸ “A letra do artigo não é, por si, muito clara, mas a sua interpretação no sentido da consagração de um princípio de «cláusula aberta» (também dito de *não identificação* ou da *não tipicidade*) parece ser confirmada pela gênese deste preceito.” ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p.71;

³⁹ “porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal” CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 403 e 404;

⁴⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 404;

⁴¹ “o poder é simbolizado apenas pelo Estado, visto então como a única força capaz de ameaçar a liberdade individual. Daí os direitos fundamentais terem surgido como direitos de defesa (*Abwehrrechte*) contra o Estado, sendo apenas relevantes nas relações entre particulares e os poderes estaduais.” ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.23;

intemporal e universal, aplicando-se, por isso, a todos os Estados. São direitos que existem devido à própria natureza do Homem, e daí serem “invioláveis”. Já os direitos fundamentais “seriam direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.” São direitos limitados a nível temporal, dependendo, sempre, da sociedade em que se vejam enquadrados.^{42 43}

Outra distinção, que nos importa fazer, é entre direitos fundamentais e direitos de personalidade. Muitas vezes confundidos, outras tantas vezes sobrepostos estas duas terminologias são intrinsecamente próximas. Tudo isto porque grande parte dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, levando à sua confusão ao olhar de grande parte da sociedade. No entanto, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade, e por isso não há uma coincidência exata entre as arestas destas duas terminologias. “Os direitos fundamentais abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos de personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa.”⁴⁴ Através das palavras de Canotilho começamos a perceber a não coincidência dos traços dos direitos fundamentais com os dos direitos de personalidade. Mas esta primeira pequena diferença, no entender de Canotilho, foi esbatida com o tempo e, hoje em dia, “dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da conceção de um direito geral de personalidade como «direito à pessoa ser e à pessoa devir», cada vez mais os direitos de personalidade tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.”⁴⁵ Porém, é nos direitos fundamentais pertencentes a pessoas coletivas que vive a grande diferença entres estes dois conceitos que estamos a analisar. A extensão da cobertura dos direitos

⁴² CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.303;

⁴³ Sarlet admite que esta confusão entre os dois termos pode ser admissível, dependendo do critério que se use para os definir. Nas suas palavras “não há dúvidas de que os direitos fundamentais de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que o seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos”. Vai mais longe, ao desenhar uma distinção didática entre “direitos do homem” – no sentido de direitos não, ou ainda não, positivados; “direitos humanos” – positivados na esfera do direito internacional; “direitos fundamentais” – direitos conhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.396;

⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.396;

fundamentais às pessoas coletivas e organizações, visível, por exemplo, nos direitos reconhecidos às organizações de trabalhadores na Constituição da República Portuguesa, torna visível a olho nu a descoincidência entre direitos fundamentais e direitos de personalidade.⁴⁶ Indo mais longe nesta distinção, e utilizando as palavras de Jorge Miranda, “Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade.”⁴⁷

No que concerne às funções dos direitos fundamentais seremos concisos, falando, no entanto, de todos os pontos que consideramos essenciais nesta temática, utilizando a esquematização utilizada por Gomes Canotilho nas suas obras.

A primeira, e nuclear, função dos direitos fundamentais “é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos).”⁴⁸ ⁴⁹ Como nos diz Vieira de Andrade “(...) é hoje entendimento comum que os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade...”. Nesse sentido, os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa dos cidadãos podem ser observados de duas perspetivas. A primeira num sentido objetivo onde são vistos como imposições negativas para o Estado, proibindo liminarmente a ingerência do Estado na esfera jurídica individual.⁵⁰ A segunda perspetiva num sentido subjetivo, onde os direitos fundamentais são exercidos positivamente pelo indivíduo (liberdade positiva), podendo exigir da parte do Estado a omissão de certas condutas, de forma a que sejam evitadas violações da sua esfera jurídica (liberdade negativa)⁵¹. Exemplo perfeito desta função, demonstrando o afloramento das duas perspetivas é o artigo 37.º da CRP, que garante a liberdade expressão e de informação. Se

⁴⁶ “Não obstante as largas zonas de coincidência, não são, contudo, assimiláveis direitos fundamentais e direitos de personalidade. Basta pensar nos demais direitos inseridos no texto constitucional que extravasam dali: o direito de acesso aos tribunais (art. 20.º, n.º 1), o direito à cidadania (art. 26.º, n.º 1) (...) a grande maioria dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (arts. 53.º e segs.) e dos direitos económicos, sociais e culturais (arts. 58.º e segs.) ou dos direitos fundamentais dos administrados (art. 268.º).” MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, cit., p.85;

⁴⁷ MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, cit., p.85;

⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.407;

⁴⁹ Nesse sentido e para mais desenvolvimentos: ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.23, ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p.74 e 75 e MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, cit., p.113 e segs.;

⁵⁰ “(...) demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder. São por este motivo, apresentados como direito de cunho «negativo», uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos.” (SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p.56) e CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.408;

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.408;

por um lado garante o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, numa clara demonstração da liberdade positiva, por outro lado garante o direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte do Estado, proibindo, ainda, qualquer tipo de censura por parte do poder público, numa consubstanciação da liberdade negativa.

A segunda função dos direitos fundamentais é a de prestação social, ou seja, o direito de o indivíduo obter algo através do Estado (conjunto de direitos também designados por direitos sociais por esse motivo). O Estado tem um dever de prestação, que pode ser entendido num sentido amplo como um leque de ações que vão desde o dever de proteção⁵² até ao dever de proporcionar certas prestações.⁵³ Estes são exemplos de direitos positivos, pois exigem uma ação por parte do Estado. São direitos que impõem “políticas públicas socialmente activas.”⁵⁴ Com esta função dos direitos fundamentais, estes deixaram de proporcionar ao indivíduo apenas liberdade do e perante o Estado, para passarem a proporcionar, também, liberdade através do Estado.⁵⁵ É mais um passo no sentido de atingir a igualdade social, tentando o Estado fornecer o mesmo número de oportunidades e nível mínimo de vida a toda a sociedade.

A terceira função⁵⁶, e uma das funções mais empoladas ultimamente, é a designada função de não discriminação. Tendo como ponto de partida o princípio da igualdade e todos os direitos de igualdade consagrados na Constituição, a doutrina tem densificado esta função com o passar dos anos. É através desta função básica dos direitos fundamentais que podemos dizer que o Estado tem de assegurar o tratamento dos seus cidadãos como essencialmente iguais. É uma função que se estende a todos os direitos, quer aos direitos, liberdade e garantias pessoais⁵⁷, quer aos direitos de participação pública⁵⁸, quer aos direitos dos trabalhadores⁵⁹, quer aos direitos a prestações⁶⁰. Com temáticas como a igualdade de género,

⁵² “Nessa sociedade conflitual, «em que as diferenças de poder, agravadas pela proliferação dos grupos, geram a escravidão e a injustiça», o Estado aparece como única força capaz de impor o respeito da liberdade individual. Por isso o homem tem de confiar neste Estado...” (ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.24;) Este autor vai ainda mais longe ao esclarecer que o objeto desta proteção por parte do Estado pode ser variado, assim como formas de exercê-la.

⁵³ Começando, por exemplo, no caso dos subsídios, como o de desemprego ou o rendimento social de inserção, passando pelas prestações médicas e hospitalares e acabando nas que dizem respeito à educação;

⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.409;

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p.57;

⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.409 e 410;

⁵⁷ Ex.: não discriminação em função da religião (art. 41.º CRP);

⁵⁸ Ex.: direito de acesso aos cargos públicos (art. 50.º CRP);

⁵⁹ Ex.: direito ao emprego e formação profissional (art. 58.º CRP) e direito à greve (art. 57.º CRP);

⁶⁰ Ex.: direito a habitação (art. 65.º CRP);

a liberdade sexual e defesa dos grupos minoritários na ordem do dia, esta função dos direitos fundamentais tem sido alvo de contantes opiniões doutrinárias e tem sido utilizada como estandarte no combate a qualquer tipo discriminação negativa que ainda exista na nossa sociedade de hoje.

A quarta, e última, função deste esquema elaborado por Gomes Canotilho⁶¹ é a função de proteção perante terceiros. Se é verdade que através dos direitos fundamentais, os indivíduos podem exigir ao Estado ações e omissões de forma a que sua esfera jurídica individual não seja violada, também é verdade que vivemos numa sociedade onde a relação entre indivíduos é a base de todo o seu funcionamento e que alguns dos direitos que são impostos ao Estado terão que ser também impostos aos nossos pares. No entanto, como é do conhecimento de todos, a sociedade não se encontra organizada de forma paritária com relações lado a lado entre os indivíduos. Para qualquer estrato da sociedade que olhemos, vemos relações hierárquicas e como é hábito neste tipo de relações, o desequilíbrio de poder existente é de tal forma acentuado que é necessário existir um policiamento para que os mais fundamentais direitos de um Estado Democrático sejam cumpridos.⁶² Além disso, os indivíduos, salvo raras exceções, só podem defender-se dos ataques à sua esfera jurídica por parte de outros indivíduos se o Estado proibir, prevenir e reprimir estes ataques.⁶³ Nesse sentido, muitos dos direitos fundamentais impõem um dever ao Estado de proteção, perante terceiros, dos titulares destes direitos. Passa a ser competência do Estado proteger direitos tão elementares como por exemplo o direito à vida⁶⁴ (art. 24.º CRP)⁶⁵ de eventuais agressões de outros indivíduos.⁶⁶ “Em todos estes casos, da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros.”⁶⁷ Diferente do que acontece com a função de prestação, a relação aqui não é

⁶¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.409;

⁶² Veja-se o que acontece na relação laboral entre trabalhadores e empregadores, onde o trabalhador muitas vezes por necessidades económicas tem que se sujeitar a quase qualquer condição imposta pelo empregador, que se aproveita desta condição deficitária do trabalhador, sendo necessária a intervenção do Estado para regular e policiar este tipo de situações;

⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p.237;

⁶⁴ Outros exemplos são o direito de inviolabilidade do domicílio (art. 34.º CRP), o direito de associação (art. 46.º CRP) ou o direito à segurança no emprego (art. 53.º CRP);

⁶⁵ MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, cit., p.127 e segs;

⁶⁶ A teoria norte-americana do *state action* leva esta responsabilização do Estado ainda mais longe. Desenvolveremos esta teoria mais à frente.

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.409;

entre o titular do direito fundamental e o Estado, mas sim entre os indivíduos.⁶⁸ É a mais elementar aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas.

c. Eficácia dos direitos fundamentais

Após uma análise do conceito dos direitos fundamentais, das suas funções e evolução histórica analisemos agora a eficácia dos direitos fundamentais, bem como ao seu modo de aplicação no ordenamento jurídico português.

Importa fazer a distinção entre eficácia vertical e eficácia horizontal, analisar superficialmente a eficácia externa e duas teorias que percorrem e defendem caminhos diferentes. Tudo isto sem perder de vista o tipificado nas fundações do nosso ordenamento jurídico, a Constituição da República Portuguesa, onde no seu artigo 18.º consagra “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

i. Eficácia vertical

A eficácia vertical dos direitos fundamentais é, hoje, aceite de forma quase unânime, entre doutrina e jurisprudência. Esta eficácia dos direitos fundamentais está diretamente relacionada com uma das funções dos mesmos. A função de defesa do indivíduo perante do Estado, já referida anteriormente, que apenas é possível efetivar se estes direitos forem eficazes perante o poder público.

Os direitos fundamentais são direitos eficazes perante o Estado, e, portanto, limitando-lhe os poderes e garantido sempre a liberdade do indivíduo. Há, assim, uma imposição de limites à forma de atuar dos governantes a favor dos governados, sempre com a liberdade do indivíduo em vista.

Esta eficácia dos direitos fundamentais encontra-se umbilicalmente ligada aos momentos históricos de totalitarismo do Estado. Momentos em que o cidadão não tinha outra hipótese que não submeter-se à vontade do Estado. Onde não existiam limites ao poder

⁶⁸ “Os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigir-se-iam *em primeira linha* às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de os violar) e de criarem as condições necessárias para a sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p.236)

público, e onde, por norma, o policiamento existente era apenas de controlo dos cidadãos e nunca do Estado. Por estes motivos revelou-se imperativo colocar limites ao poder público. Algo que a eficácia vertical dos direitos fundamentais edificou no nosso ordenamento jurídico.

ii. Eficácia horizontal

Falar em eficácia horizontal⁶⁹ dos direitos fundamentais é passar da eficácia destes perante o Estado para falar da eficácia perante entidades privadas. Passamos de uma relação onde existe a dicotomia entre o titular de direitos fundamentais *versus* um não titular de direitos fundamentais, para termos dos dois lados titulares desses direitos. E aqui surge um dos problemas centrais associados a esta temática. Se de um lado temos um indivíduo, titular de direitos fundamentais, e do outro lado vamos ter outro indivíduo titular de direitos fundamentais, teremos, quase de forma inevitável uma colisão de direitos fundamentais.

É claro, para a generalidade da doutrina, que a ameaça à esfera jurídica individual já não vem só do Estado, mas também de atores privados que estão presentes em todos os estratos da sociedade, seja no contexto laboral, seja no contexto da vida privada de cada um.⁷⁰ Estamos perante um cristalino limite à autonomia privada.

Contrariamente ao que acontece à aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a forma como a mesma acontece já não é tão unânime. Temos, inclusive, duas teses da eficácia horizontal: a eficácia horizontal indireta ou mediata (*indirekte Drittwirkung*) e a eficácia horizontal direta ou imediata (*direkte Drittwirkung*).⁷¹

A teoria da eficácia indireta ou mediata⁷² defende que os direitos fundamentais não se podem aplicar de forma imediata ou direta às relações entre particulares, dependendo da ação legiferante do poder público.⁷³ Caberia, portanto, ao legislador decidir e criar as

⁶⁹ MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007, p.165 a 212;

⁷⁰ “(...) a autodeterminação económica era também um elemento essencial na *garantia da dignidade da pessoa humana*, o que justificava a extensão daquele reduto de defesa subjetivo perante os «poderes sociais privados» e não apenas perante o poder público (...)” SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, cit., p. 36;

⁷¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.1286;

⁷² Corrente principalmente defendida na Alemanha. Ver: CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.1288; ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.90;

⁷³ O autor espanhol Bilbao Ubillos defende, no seguimento desta teoria, que os direitos fundamentais serão assegurados por intermédio de um órgão. (BILBAO UBILLOS, Juan Maria, *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamento español*, In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg,

condições para a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Segundo Bilbao Ubillos, o Estado tem este dever de assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, uma vez que além de estar vinculado a estes direitos, ainda tem um dever de proteção, que advém da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Ou seja, caberia ao legislador decidir sobre a aplicação dos direitos fundamentais e promover um equilíbrio sempre que existissem interesses constitucionais em conflito, sem ignorar a autonomia privada. Desta forma, a escolha sobre qual dos interesses constitucionais em conflito deveria prevalecer teria de estar fixado na lei.⁷⁴

Segundo os defensores desta teoria, a negação da eficácia direta ou imediata deve-se, principalmente, à preocupação com a utilização irrazoável dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que colocaria em causa toda a autonomia privada.

Na outra face da dicotomia temos a tese da eficácia direta ou imediata. Os seguidores desta corrente defendem uma aplicação direta dos direitos fundamentais aos particulares⁷⁵, sem necessidade de intermediação por parte do Estado, uma vez que comportam valores que são aplicáveis a todo o ordenamento jurídico, sem exceção. Não é relevante se existe ou não uma norma legal a concretizar os direitos fundamentais. Poderia facilitar o trabalho de juristas e juízes, mas não é essencial. A intervenção do legislador torna-se dispensável, mas atenção que nunca desprezável. Isto porque, segundo esta corrente, os direitos fundamentais são aplicáveis de forma direta e imediata, não sendo necessária qualquer transposição normativa que os concretize. É importante frisar esta ideia. Até porque o legislador nunca poderá ser desprezado num ordenamento jurídico. Apenas perde preponderância. Tal como refere Gurría na sua obra “La obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no solo de las normas de desarrollo de ésta”.⁷⁶

SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007; p.165 a 212);

⁷⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamento español*, cit., p.185 a 200;

⁷⁵ H. C. Nipperdey defende que as ameaças aos direitos dos indivíduos podem provir não somente do Estado detentor da força, mas também podem provir dos particulares e dos poderes sociais (GURRÍA, José Juan Anzurures, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n. 22, 2010, p. 15 e CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.1293;)

⁷⁶ GURRÍA, José Juan Anzurures, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, cit., p. 24;

Considerando as críticas à aplicação da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, a mais relevante está diretamente relacionada com a possível colisão com a autonomia privada. No entanto, verdade seja dita que sem liberdade de escolha não temos autonomia privada. Protegendo os direitos de liberdade estamos a assegurar a autonomia privada. Ao proteger a liberdade entre particulares, através da eficácia direta, está-se a fortalecer a autonomia privada, uma vez que não podemos falar em liberdade de escolha quando não há desequilíbrios assinaláveis entre as partes. A parte mais débil necessita sempre de proteção.⁷⁷

Apesar destas duas teses, amplamente difundidas na doutrina, Gomes Canotilho e Vieira de Andrade procuraram soluções diferentes. O primeiro considera que a eficácia horizontal para ser compreendida com rigor deve ter em conta aspetos como a “*multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais*”, de forma a que se encontrem soluções adequadas a cada caso concreto. Nesse sentido desenvolve uma teoria assente em cinco grupos, tendo em vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O Grupo I sobre a “*Eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição*”, o Grupo II a “*Eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada*”, o Grupo III a “*Eficácia horizontal imediata e mediação do juiz*”, Grupo IV os “*«Poderes privados» e «eficácia horizontal»*”, e por fim o Grupo V sobre o “*O núcleo irreduzível da «autonomia pessoal»*”.⁷⁸ Já Vieira de Andrade afirma que a Constituição tem, só por si, um valor, e que o valor dos direitos fundamentais está dependente da lei, visto que esta só tem valor se estiver em conformidade com a Constituição. Defende uma eficácia direta, mas unicamente quando exista uma relação de poder entre as duas partes. Refere que quando a desigualdade é manifesta, se justifica uma proteção dos direitos do particular que se encontre numa posição vulnerável, sendo este detentor de direitos subjetivos fundamentais oponíveis a terceiros. No entanto, faz a ressalva de nesta aplicabilidade direta é necessária uma análise do caso concreto por existirem diversas formas de imposição de direitos.⁷⁹ No entanto, nas relações privadas paritárias, onde não existe uma dissimetria entre

⁷⁷ Nesse sentido ver: GURRÍA, José Juan Anzurures, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, cit., p. 27 e CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.1293 e 1294;)

⁷⁸ Para mais desenvolvimentos ver: CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.1289 a 1294;

⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p.239 a 247;

as partes, Vieira de Andrade defende que a eficácia dos direitos fundamentais deveria ser indireta, sendo necessária a concretização pelo legislador ordinário e a interpretação dos juízes no relativo às cláusulas gerais e aos conceitos jurídicos indeterminados.⁸⁰ Esta divisão feita por Vieira de Andrade, entre relações paritárias e relações de poder dá aso a alguma confusão e questionamento. Como aplicaríamos esta divisão em relações laborais, por exemplo, onde existem de inúmeros fatores que influenciam de forma decisiva estas relações entre particulares? Como seria decidido que tipo de relação é e conseqüentemente que tipo de eficácia se aplicaria? O grau de subjetividade aumentaria exponencialmente, o que traria muito menos segurança ao ordenamento jurídico e aos cidadãos, fazendo disparar os casos em que os juízes teriam que intervir, dificultando em grande nível a celeridade da justiça e a confiança no sistema judicial.

Olhando agora, em concreto, para o ordenamento português, a Constituição da República Portuguesa é muito clara no seu artigo 18.º n.º 1. “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Não há dúvidas de que a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais acontece no nosso sistema, sem qualquer restrição ou limite⁸¹. Na opinião de José João Abrantes a norma constitucional é clara e não deixa dúvidas quanto à aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às entidades privadas. Porém, apesar de a grande maioria da doutrina aceitar esta eficácia “Fazem-no, contudo, de forma atenuada, apelando normalmente à distinção entre relações privadas de equilíbrio entre as partes e relações privadas de domínio, defendendo-se então a aplicabilidade horizontal dos preceitos constitucionais apenas nesta última situação e, mesmo assim, invocando sempre a necessidade de se salvaguardar a autonomia privada e liberdade negocial.”⁸² Importa clarificar que os direitos fundamentais não são aplicados a relações entre particulares quando a Constituição expressamente o estipule e quando sejam unicamente aplicáveis ao Estado.⁸³

A nível jurisprudencial, o próprio Tribunal Constitucional Português não alcançou uma posição unânime, principalmente no respeitante à forma e extensão de vinculação dos

⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p.251;

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ªed, Coimbra, Almedina, v.I, 2007, p. 386;

⁸² ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.121. Ana Prata defende que “(...) as entidades privadas têm de respeitar de forma direta e necessária os direitos constitucionalmente garantidos” (PRATA, Ana, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra: Almedina, 1982, p.137;)

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 384 a 387;

direitos fundamentais entre particulares, como resulta da análise dos Acórdãos de 18 de julho de 1984, n.º 81/84, de 30 de outubro de 1985, n.º 191/85 e de 11 de março de 1992 n.º 93/92⁸⁴ do Tribunal Constitucional Portugal.

d. Restrições

Os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições, embora limitadas, de forma a permitir a vivência em sociedade, onde regularmente assistimos a colisões de direitos. Sem esta regulação/limitação não seria possível termos uma sociedade, onde diversos particulares convivem e coexistem no mesmo espaço e dentro do mesmo ordenamento jurídico. Mas que limites são estes? Como são definidos e por quem? Caso seja o legislador este tem limites à limitação dos direitos fundamentais? Ou apenas quando exista previsão constitucional é que esta limitação é possível?

De forma sucinta, por não ser o tema deste trabalho, mas falando dos aspetos essenciais, abordaremos as distintas naturezas das possíveis limitações aos direitos fundamentais.⁸⁵ Assim sendo as limitações podem ser:

i. Diretamente Constitucionais

É a própria Constituição a estabelecer, de forma expressa, quais são as restrições existentes e aplicáveis. O indivíduo, para que possa exercer o seu direito, tem de respeitar a restrição imposta. Um exemplo perfeito é o direito de liberdade de reunião, previsto no art. 45.º CRP, que pode ser exercido desde que seja “pacífica e sem armas”, caso contrário não gozará de proteção.

ii. Indiretamente Constitucionais

A Constituição autoriza, expressamente, o legislador a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, criando as reservas de lei restritivas, previstas no art. 18.º, n.º 2 CRP.⁸⁶

⁸⁴ Disponíveis em <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>> Acesso em: 23 de set. de 2020.

⁸⁵ Para mais desenvolvimentos ver: CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.450 e segs.;

⁸⁶ Artigo 18.º, n.º 2 da CRP “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

iii. Não expressamente autorizadas pela Constituição

São restrições realizadas através da lei, mas sem autorização expressa da Constituição. Gomes Canotilho adverte que estes são casos mais difíceis, quer em sede de legitimidade constitucional quer no que concerne ao âmbito da amplitude da restrição. Como exemplo deste tipo de restrição, este mesmo autor fala-nos do art. 45.º, n. 2 CRP: “Não se compreenderia que, por exemplo, que o direito de manifestação (art. 45.º, 2), embora consagrado no texto constitucional sem quaisquer restrições constitucionais directas e sem autorização de lei restritiva, não pudesse ser restringido por lei, proibindo-se desde logo, as manifestações violentas e com armas.”⁸⁷. Gomes Canotilho avisa, ainda, que direitos que não tenham uma previsão expressa de restrição não significa que sejam irrestringíveis, pois estando em jogo dois bens jurídicos é necessário limitar-se um deles.⁸⁸

e. Garantia do núcleo essencial e Princípio da Proporcionalidade

Vistas as restrições a que os direitos fundamentais podem ser sujeitos, importa analisar até que ponto podem ser limitados. Qual é, literalmente, o limite dos limites. A barreira que não pode, sobre qualquer circunstância ser ultrapassada.

Nesse sentido, a nossa Constituição estabelece, de forma expressa, no seu artigo 18.º, n. 3 que todas as restrições devem respeitar o conteúdo essencial do direito fundamental.⁸⁹ ⁹⁰ Ou seja, existe um núcleo essencial que não pode ser violado, mesmo que exista uma autorização expressa da Constituição para estabelecer restrições a esse direito. O legislador está sempre “vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos

⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.450;

⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.389 e 390;

⁸⁹ Artigo 18.º, n. 3 CRP: “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo, **nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.**” (negrito nosso).

⁹⁰ A Constituição Alemã estabelece uma norma idêntica no seu artigo 19.º, n.º2 “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado na sua essência”.

restringidos”⁹¹. Este princípio, o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito. Evitar que o direito fique de tal maneira atrofiado que se torne inútil. Em suma, existe uma fronteira que não poder ser ultrapassada. Para dentro dessa fronteira encontra-se o núcleo essencial do direito, do lado de fora encontra-se o conteúdo que caso seja excluído não afetará de forma severa a eficácia do direito.

Mas como é que se pode avaliar ou determinar a “localização” exata dessa fronteira? Uma vez mais, a doutrina não é unânime e defende diferentes posições, que se confrontam, que são a teoria absoluta e a relativa.

Os defensores da teoria absoluta⁹² olham para o núcleo essencial como um conteúdo normativo irrestringível, fixado abstratamente. Ou seja, qualquer que fosse a situação concreta, este núcleo estaria sempre protegido de uma hipotética atuação legislativa. Nas palavras de Gomes Canotilho, o núcleo essencial “é uma posição subjetiva de tal modo indisponível que não pode ser relativizada por qualquer direito ou interesse contraposto.”⁹³ No entanto, tal como já referido várias vezes ao longo deste trabalho, a sociedade está em constante mutação e as bases de qualquer ordenamento jurídico têm como influência decisiva os contextos históricos e sociais em que se localizam. Por essa razão a Constituição, apesar de toda a segurança que deve transmitir e ter um carácter sólido, deve estar pronta para se adaptar e reagir às mudanças que possam surgir.

Relativamente aos defensores da teoria relativa analisam o núcleo essencial caso a caso, de acordo com a norma concreta e com o circunstancialismo existente em cada caso. Da ponderação entre os dois direitos em conflito alcançariam o núcleo essencial de cada um deles, usando como veículo o princípio da proporcionalidade. No fim um deles prevaleceria sobre o outro. Nestes casos, a restrição seria legítima exclusivamente em situações de proteção de um bem jurídico que, naquele caso concreto, fosse considerado mais importante.⁹⁴

Ambas as teorias prosseguem o objetivo de garantir uma maior proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, impedindo uma atuação legislativa imprudente ou insensata. No entanto nenhuma das duas está livre de críticas. Se por um lado, a teoria

⁹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.458;

⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.459 e segs.;

⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.460;

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.459 e 460;

absoluta tem em consideração o circunstancialismo de cada caso e os bens jurídicos em colisão, por outro, a teoria relativa pode abrir portas a uma plasticidade hiperbólica dos direitos fundamentais. Vieira de Andrade vai ainda mais longe, ao considerar que a limitação imposta ao legislador não seria suficiente para proteger o núcleo essencial. Acredita que seja necessária uma análise do processo de restrição, especificamente no que se refere aos motivos e fundamentos deste.⁹⁵

E no caso de seguirmos a teoria absoluta, qual seria então esse limite absoluto que de forma alguma poderia ser ultrapassado? Vieira de Andrade considera esse limite a dignidade da pessoa humana, uma vez que esta é a “base dos direitos fundamentais”. Admite que num ordenamento preocupado com o seu caráter social, é justificável que os direitos possam ser restringidos, devido à coexistência com outros princípios e direitos. No entanto, não admite que essas restrições possam ser levadas ao ponto de suprimir o ideal de homem livre e digno, na medida em que esse ideal consubstancia o elemento nuclear dos direitos para o indivíduo.⁹⁶

Gomes Canotilho vem propor uma terceira teoria, a teoria mista, onde se tem, por um lado, como referência um valor que não deve ser em circunstância alguma ultrapassado, o da dignidade da pessoa humana, e por outro lado deve atender-se ao caso concreto, onde exista uma ponderação de direitos e bens, com recurso ao princípio da proporcionalidade.⁹⁷ Uma posição que nos parece sensata. Se é verdade que a dignidade da pessoa humana deve ser vista como a trave mestra de qualquer ordenamento jurídico, aquela linha que não deve sequer ser pisada, portanto muito menos deve ser ultrapassada, também é verdade que nem todas as colisões de direitos devem levar a uma restrição destes até ao seu núcleo essencial. As fronteiras nem sempre devem ser levadas até ao limiar da sua destruição. Cada caso é um caso, e a complexidade de cada um deles exige uma atenção diferenciada. Mas nunca, e repetimos, nunca, se ponha em causa a dignidade da pessoa humana.⁹⁸

⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p.284 e 285;

⁹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p. 281 a 283;

⁹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 459 e 460;

⁹⁸ “Por vezes, a projeção da ideia de dignidade humana será de tal modo intensa que não pode admitir-se violação em nenhum caso individual sem que o conteúdo essencial do preceito seja também atingido” (ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p. 283;)

i. Princípio da Proporcionalidade

Já por diversas vezes fizemos referência ao Princípio da Proporcionalidade ao longo desta dissertação, e por isso importa discorrer um pouco sobre este princípio tão essencial num Estado de Direito Democrático.

O Princípio da Proporcionalidade, tal como referimos anteriormente, é o veículo que nos permite alcançar uma coexistência relativamente pacífica entre todos os direitos fundamentais presentes no ordenamento jurídico. Com proporcionalidade tudo faz mais sentido, tudo fica mais justo e razoável.

Quando dois direitos entram em colisão, e se torna necessário recorrer ao Princípio da Proporcionalidade, o objetivo é sempre alcançar a máxima proteção possível dos direitos em colisão, por outras palavras, aumentar ao máximo aquilo que é considerado o seu núcleo essencial no caso concreto.⁹⁹ É o princípio a que os Tribunais recorrem para fazer uma análise da adequação dos meios administrativos necessários, especialmente os meios coercitivos, tendo em vista o equilíbrio dos direitos e dos interesses em conflito.¹⁰⁰

O Princípio da Proporcionalidade encontra-se subdividido em três subprincípios, a saber: o da adequação, o da necessidade ou exigibilidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Começando pelo da adequação, as restrições adotadas devem ser adequadas ao fim que se pretende. “Trata-se de controlar a *relação de adequação medida-fim*”, como refere Gomes Canotilho.¹⁰¹ É necessário analisar o caso concreto e entender se as medidas a aplicar são adequadas, ou não, para a prossecução do fim.¹⁰²

O segundo subprincípio é o da necessidade ou exigibilidade, através do qual se analisa a necessidade ou exigibilidade das restrições para proteção de um direito. Na restrição dos seus direitos “o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*.”¹⁰³ Neste sentido, deve ficar provado que não existia nenhum meio menos gravoso para o cidadão. Segundo Gomes Canotilho, a doutrina tenta densificar este conceito de forma a torná-lo mais operacional na vertente prática. São acrescentados elementos como (i) a exigibilidade

⁹⁹ Toda a relevância do Princípio da Proporcionalidade resulta do facto de não considerarmos os direitos fundamentais como absolutos, e por isso podem ser limitados.

¹⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.267 e segs.;

¹⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.270;

¹⁰² STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria Advogado, 2001, p.149;

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.270;

material, visto que os direitos devem ser o menos limitados possível; (ii) a exigibilidade espacial, como limitação do âmbito de intervenção; (iii) a exigibilidade temporal, que exige a delimitação temporal da medida coativa do poder público; (iv) exigibilidade pessoal, como exigência de aplicação da medida unicamente aos indivíduos cujos os interesses vão ser sacrificados.¹⁰⁴ Grosso modo, o subprincípio da exigibilidade impõe como regra que a restrição apenas seja aceite caso não exista nenhum meio menos gravoso para alcançar o mesmo fim.¹⁰⁵ Isto porque se existir a dúvida entre duas medidas, sendo uma delas menos gravosa, significa que a outra não é necessária.

Por fim, o terceiro e último subprincípio do Princípio da Proporcionalidade, o da proporcionalidade em sentido estrito. Ultrapassados os “degraus” anteriores chegamos o último patamar antes da finalização da utilização deste Princípio. O último passo é colocar na balança as vantagens e as desvantagens desta intervenção. A pergunta que se impõe será a de se a intervenção, por parte do poder público, é proporcional à coação imposta. Por esta razão este subprincípio é também designado por subprincípio da justa medida. Tem de existir uma proporcionalidade entre os meios e os fins.¹⁰⁶

As restrições a impor aos direitos devem ultrapassar este “teste” do Princípio da Proporcionalidade para que possam ser consideradas lícitas. Vieira de Andrade defende que esta questão, do conflito de valores, deverá ter em conta a resolução do caso concreto, que se vai tentar resolver de acordo com os “valores constitucionais”.¹⁰⁷ Portanto, no momento de se fazer a ponderação dos direitos em conflito deve ter-se em consideração todas circunstâncias, desde o momento em que tudo se passa até ao contexto da situação, por exemplo.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.270;

¹⁰⁵ “Na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.” (STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, cit., p.151;)

¹⁰⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, cit., p.270;

¹⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, cit. p. 294 e segs.;

No ordenamento jurídico português, o Princípio da Proporcionalidade tem reconhecimento constitucional¹⁰⁸, estando bem exemplificado nos artigos 18.º, n.º 2¹⁰⁹, 19.º, n.º 4¹¹⁰ e 266.º, n.º 2.¹¹¹

Resumindo, o Princípio da Proporcionalidade tem como objetivo impedir intervenções irrazoáveis sobre os direitos fundamentais, aplicando-se a toda a extensão do ordenamento jurídico, e conseqüentemente aos atos do Poder Público. Previne-se, assim, os excessos que órgãos de poder poderiam cometer, que resultariam no ocar de direitos garantidos pela nossa Constituição.

II. CONTRATO DE TRABALHO

a. Noção

O contrato de trabalho além de elemento central e nuclear de toda esta temática, é, também, um instituto de grande importância e relevância no nosso ordenamento jurídico. E por isso importa falar um pouco sobre ele, incluindo da sua definição.

Utilizando como ponto de partida a lei, o Código do Trabalho português consagra uma definição no seu artigo 11.º que diz “Contrato de Trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, sobre a autoridade e subordinação destas.”

Desta noção conseguimos de imediato retirar alguns elementos constitutivos do contrato de trabalho.¹¹² Existe uma prestação de trabalho, existe retribuição e existe

¹⁰⁸ “Este princípio é um *princípio normativo* concreto da ordem constitucional portuguesa” (CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.271;)

¹⁰⁹ Art. 18.º, n.º 2 CRP “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, **devendo as restrições limitar-se ao necessário** para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” (negrito nosso);

¹¹⁰ Art. 19.º, n.º 4 “A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o **princípio da proporcionalidade** e **limitar-se**, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, **ao estritamente necessário** ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.” (negrito nosso);

¹¹¹ Art. 266.º, n.º 2 “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, **da proporcionalidade**, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.” (negrito nosso);

¹¹² “Por outro lado, continua a mencionar-se a retribuição na própria noção do contrato e a existência de autoridade e direção por parte do empregador como traços distintivos do mesmo.” (GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho – Volume I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007);

subordinação jurídica no seio de um contrato laboral.¹¹³ Há parte da doutrina que leva esta temática ainda mais longe ao fazer um contraponto entre a definição presente no Código do Trabalho e a presente no Código Civil.¹¹⁴

Passemos então à análise destes três elementos.

i. Prestação de Trabalho

Quanto a este primeiro elemento, Leal Amado afirma tratar-se de uma prestação de facto positivo que pode ser qualquer tipo de atividade humana desde que corresponda ao interesse do empregador e seja digna de proteção. É um “dispêndio de energias físicas e psíquicas ao serviço e em benefício do empregador.”¹¹⁵ Portanto é uma prestação de atividade que se consubstancia na aplicação ou manifestação da força de trabalho disponibilizada à parte credora através do contrato de trabalho.¹¹⁶ Existe por parte do trabalhador “o dispêndio de um certo conjunto de energias físicas e psíquicas ao serviço e em benefício do empregador.”¹¹⁷

ii. Retribuição

A retribuição constitui a contrapartida patrimonial a que o trabalhador tem direito pela atividade prestada ou disponibilizada ao empregador.¹¹⁸ O nosso Código do Trabalho apresenta, no seu artigo 258.º, n.º 1, o que entende por retribuição dizendo que “Considera-se retribuição a prestação a que, nos termos do contrato, das normas que o regem ou dos usos, o trabalhador tem direito em contrapartida do seu trabalho.”, e o seu n.º 2 estipula ainda que “A retribuição compreende a retribuição base e outras prestações regulares e periódicas feitas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie.”. Deste n.º 2 conseguimos retirar, desde logo, a expressão “regular e periódicas”, demonstrando que o legislador quis deixar bem vincado que a remuneração não deve ser arbitrária, até por questões de segurança

¹¹³ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016, p.43; “Contrato individual de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a suas *actividade* a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob autoridade e direção destas.” (MELLO, Alberto de Sá e, *Direito do Trabalho para Empresas*, 3ªed, Almedina, 2019, p.25);

¹¹⁴ Para mais desenvolvimentos consultar FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 18ªed, Almedina, 2017 e AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p.41 a 43;

¹¹⁵ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p.43;

¹¹⁶ FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, cit., p. 128;

¹¹⁷ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p.43;

¹¹⁸ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 7ªed., Almedina, 2015, p. 294;

no emprego.¹¹⁹ Aliás, este preço pago pelo empregador não pode ser estipulado em função das leis do mercado, caso contrário correr-se-ia o risco de se entrar num regime de quase escravatura, e a evolução da legislação laboral demonstra-o bem, desde logo pela estipulação da remuneração mínima garantida no art. 59.º, n. º2, al. a) CRP.^{120 121}

No nosso ordenamento jurídico, o termo retribuição é muitas vezes confundido ou comumente substituído por outros termos como salário, ordenado ou vencimento.¹²²

*iii. Subordinação Jurídica*¹²³:

A subordinação jurídica, nas palavras de Monteiro Fernandes, “consiste numa relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem.”¹²⁴ Destas palavras podemos retirar duas facetas da subordinação: o dever de obediência, que recai sobre o trabalhador, e o poder de direção, conferido ao empregador.¹²⁵ É através deste poder de direção que a entidade empregadora pode conformar, através de comandos e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou, definindo, por exemplo, a forma, o local, a data e os meios que deve utilizar na sua execução.¹²⁶ Aliás, é o próprio Código do Trabalho a afirmá-lo no seu artigo 97.º, ao dizer que “compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser

¹¹⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de direito do trabalho*, Editora Verbo, 3ª edição, 2014, p. 382; A nossa Constituição impõe a existência de segurança no emprego através do seu art. 53.º “É garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos.”

¹²⁰ “Incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente: a) O estabelecimento e a actualização do salário mínimo nacional, tendo em conta, entre outros factores, as necessidades dos trabalhadores, o aumento do custo de vida, o nível de desenvolvimento das forças produtivas, as exigências da estabilidade económica e financeira e a acumulação para o desenvolvimento;”

¹²¹ “Num sistema que consagra o salário mínimo obrigatório e a irrenunciabilidade das retribuições (pelo menos das futuras) repugna admitir que uma pessoa possa vincular-se validamente a prestar um trabalho gratuito subordinado (...) a conexão entre a subordinação e a onerosidade não está à disposição das partes, mas é o efeito de um esquema legal imposto.” (GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho – Volume I*, cit., p. 93);

¹²² FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, cit., p. 130;

¹²³ “O contrato de trabalho tem como objecto a prestação de uma actividade e, como elemento típico e distintivo, a subordinação jurídica do trabalhador, traduzida no poder do empregador de conformar através de ordens, directivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou” (Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra n. º5/13.IT4AGD.C1, de 3 de abril de 2014). Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/812bbe9f7644731c80257cb700486b6c?OpenDocument>>. Acesso em: 25 de setembro de 2020;

¹²⁴ FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, cit., p. 130;

¹²⁵ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 295;

¹²⁶ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 44;

prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem.” E exatamente da perspectiva do trabalhador estabelece no artigo 128.º, n. 1, al. e) que o trabalhador deve “cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução e disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias.” Da análise destas normas conseguimos depreender que a sujeição jurídica está subordinada a limites, caso contrário poderíamos estar a caminhar em direção a uma condição escravagista do trabalhador.¹²⁷ Veja-se desde logo o segmento “que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias.”

No entanto fica, desde já, bem patente a desigualdade de forças existente na relação jurídica laboral. A forte limitação da liberdade e autonomia privada do trabalhador é algo que “grita” por proteção. Uma proteção que coloque um freio no poder do empregador, sem que, no entanto, o esvazie de sentido.

Concluindo, a subordinação jurídica existente na relação laboral traduz-se num dever de respeito, por parte do trabalhador, às ordens dadas pelo empregador, sendo um elemento nuclear da relação de trabalho subordinado. A subordinação não se refere à prestação concretamente dita, visto que não é uma característica desta, mas sim ao facto de o trabalhador se submeter aos poderes de direção e disciplina do empregador.¹²⁸

Após a análise das características presentes na definição legislativa de contrato de trabalho, cumpre-nos, também, caracterizar o mesmo enquanto contrato.

Primeiramente, sendo um contrato, é um negócio jurídico bilateral ou sinalagmático, composto por declarações de vontade de conteúdo oposto, mas convergente, e estando as obrigações principais dependentes uma da outra.¹²⁹ Dependência esta que deve ser vista com algum cuidado, porque se fosse levada a um extremo, sempre que não existisse prestação de trabalho não seria paga a retribuição. E de forma positiva, esta dependência tem vindo a ser atenuada graças ao reconhecimento de certos direitos aos trabalhadores. É o caso do direito do trabalhador de receber retribuição enquanto goza férias, dos subsídios de natal e de férias, e de algumas faltas justificadas que não implicam perda de retribuição.¹³⁰ Como

¹²⁷ “(...) sob pena, aliás, de a condição do trabalhador se degradar a uma condição servil” (AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 45;)

¹²⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Da autonomia dogmática do direito do trabalho. Editora Almedina, Coleção de Teses, Coimbra, 2001, p. 104;

¹²⁹ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 293 e 298;

¹³⁰ GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho – Volume I*, cit., p.85 e

afirma Leal Amado, “O contrato de trabalho é, pois, sinalagmático no seu conjunto, e não prestação a prestação.”¹³¹

Em segundo lugar, o contrato de trabalho é típico e nominado, tendo a lei atribuído um nome a este negócio e é regulado por uma legislação própria e autónoma (artigo 11.º do Código do Trabalho e 1152.º do Código Civil).¹³²

Em terceiro lugar o contrato de trabalho é um contrato oneroso. É um contrato que envolve sacrifícios e vantagens para as duas partes. O trabalhador “sacrifica-se” com a prestação da sua atividade laboral e o empregador com o pagamento do salário.¹³³

Outra característica do contrato de trabalho é ser um contrato duradouro, com uma execução prolongada no tempo. O seu cumprimento verifica-se com uma “sucessão de atos escalonados ao longo de um período mais ou menos longo”.¹³⁴ Pedro Romano Martinez dá, inclusive, o exemplo do contrato de compra e venda como contraponto ao contrato de trabalho neste aspeto. Refere este autor que “O contrato de trabalho gera obrigações que se protelam no tempo. Diferentemente, por exemplo da compra e venda, as obrigações e direitos das partes num contrato de trabalho, não se extinguem com a respetiva realização”.¹³⁵ Esta característica tendencialmente duradoura acaba por dar também estabilidade à relação laboral. No entanto, apesar desta vocação, o contrato de trabalho não é vitalício ou perpétuo, pode ser extinto mediante a verificação de certas condições e podem existir contratos a termo. Recorrendo às palavras de Leal Amado, que cita Vinicius de Moraes na sua obra, “o contrato de trabalho é como o amor: eterno enquanto durar.”¹³⁶

Por último, é um contrato *intuitu personae*, ou seja, é uma prestação de caráter eminentemente pessoal. Esta é uma característica que, apesar de tudo, não reúne consenso na doutrina.¹³⁷ No entanto seguiremos o entendimento de Pedro Romano Martinez e Leal Amado¹³⁸, que consideram este negócio jurídico como *intuitu personae* e a prestação laboral

¹³¹ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 47;

¹³² MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 298;

¹³³ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 47;

¹³⁴ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 48;

¹³⁵ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 301;

¹³⁶ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 48;

¹³⁷ Para mais desenvolvimentos consultar: AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 49 e segs.;

¹³⁸ Este autor considera ainda o contrato de trabalho como uma relação fiduciária por considerar que a confiança entre as partes é decisiva à luz do princípio da boa fé estabelecido no art. 126.º CT, referindo que “dificilmente se concebe a realização de prestações de boa fé se as partes não confiarem pessoalmente uma na outra.” (MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 302;). Já Leal Amado considera que por regra o contrato de trabalho não é um negócio fiduciário por não pressupor uma especial relação de confiança entre as partes, admitindo que em alguns casos esta característica se verifique (AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 50;)

como infungível. Infungível porque o trabalhador, sem o consentimento do empregador, não pode ser substituído por outro na prestação laboral. Não é aceitável que certo dia o trabalhador decida não comparecer no seu local de trabalho, e no seu lugar envie um amigo ou familiar, podendo o empregador alegar que esta troca lhe é prejudicial. Tal como o empregador só em certas e determinadas situações (por exemplo em situações de doença do trabalhador) pode substituir o trabalhador. Contudo, tendemos a concordar com a opinião de Pedro Romano Martinez, quando diz que o caráter *intuitu personae* varia de relação para relação, sendo mais forte na relação laboral que liga o empregador ao gerente ou à sua secretária pessoal, do que a um qualquer trabalhador da linha de montagem de uma fábrica com quatrocentos trabalhadores.¹³⁹

b. Poderes do Empregador

Como retirámos da definição de contrato de trabalho, o empregador é detentor de um conjunto de poderes massivos na relação laboral. De tal maneira que se torna tormentosa a tarefa de equilibrar os pratos da balança num contrato de trabalho.

Um desses poderes dá pelo nome de poder diretivo. É um dos grandes poderes do empregador,¹⁴⁰ encontrando previsão legal nos artigos 97.º e 128.º, n.º 1, alínea e) do CT onde é atribuída competência ao empregador para estabelecer os termos em que a prestação laboral deve ser realizada, sempre dentro dos limites do contrato e das normas que o regem, e o dever de obediência do trabalhador. Por outras palavras, o empregador tem o poder de organizar, gerir, vigiar e controlar a mão de obra que tem à disposição¹⁴¹, sempre dentro dos limites já referidos.¹⁴² O trabalhador, por seu turno, surge na relação laboral como a parte inferior, a parte juridicamente subordinada a um dever de obediência relativamente às instruções e diretrizes do empregador. Teresa Coelho Moreira afirma que este poder é uma

¹³⁹ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 303;

¹⁴⁰ Tal como o poder disciplinar, por exemplo, que já falaremos.

¹⁴¹ “No conteúdo do poder de direção incluem-se as faculdades de, atendendo à categoria do trabalhador, lhe indicar a atividade a desenvolver, o modo como deve ser efetuada, o local onde será realizada, etc. (art. 118.º do CT), bem como alterações à atividade, modo, local, etc.” (MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 634;)

¹⁴² AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 178; “O empregador tem o poder de conformar a prestação do trabalhador em função dos interesses que pretende ver prosseguidos.” (MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 633);

“irradiação essencial da liberdade de empresa e, como tal, deve constar das faculdades que permitem levar a cabo a iniciativa económica”.¹⁴³

Se consultarmos o artigo 98.º do CT retiramos ainda outro poder do empregador, designado poder regulamentar, porque pode elaborar um regulamento interno de empresa sobre a organização e disciplina do trabalho. Ou seja, o empregador pode elaborar diretrizes genéricas, tendencialmente duradouras, reguladoras da atividade a ser prestada pelo trabalhador, no que se relaciona com a organização e disciplina.¹⁴⁴

Por último, o empregador, segundo o artigo 98.º do CT, tem ainda “poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho.” O empregador pode impor sanções ao trabalhador¹⁴⁵, sendo o despedimento a mais austera das sanções. Segundo Romano Martinez, o poder disciplinar é “uma forma de autotutela que o empregador pode exercer contra o trabalhador”.¹⁴⁶ Ou seja, sempre que o trabalhador pratique uma conduta que entre em conflito com os modelos comportamentais definidos pelo empregador, este pode aplicar, internamente, sanções ao trabalhador.¹⁴⁷ Nas palavras de Leal Amado “Estamos aqui, na verdade, perante um genuíno *poder punitivo privado*, através da qual um dos sujeitos do contrato de trabalho pode castigar o outro contraente, caso entenda que este cometeu uma qualquer infração disciplinar.”¹⁴⁸ O empregador tem na sua esfera jurídica competência para utilizar o seu poder disciplinar sobre os “seus” trabalhadores, durante a vigência do contrato, sempre que estes tenham comportamentos que se desviem das linhas orientadoras traçadas pelo empregador.¹⁴⁹

Porém, é impossível retirar uma definição clara de poder diretivo da lei. O legislador optou por não elaborar uma definição. Mas com tudo o que já foi sendo referido é-nos possível afirmar, sem rodeios, que o poder disciplinar é o poder do empregador aplicar

¹⁴³ MOREIRA, Teresa Coelho O poder directivo do empregador e o direito à imagem do trabalhador, in: António José Moreira (coord.), *Estudos jurídicos em homenagem ao prof. Doutor António Motta Veiga*, Coimbra, Almedina, 2007, p.291

¹⁴⁴ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 636;

¹⁴⁵ “Entretanto, se o empregador «governa» e «legisla», ele também dispõe do poder de julgar e de punir” (AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 178);

¹⁴⁶ MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 638;

¹⁴⁷ Para mais desenvolvimentos consultar: FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, cit., p. 364 e segs;

¹⁴⁸ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 179;

¹⁴⁹ PEREIRA, Albertina, *Procedimento disciplinar – Velhas e novas questões*, Texto resumido da intervenção oral proferida pela Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação do Porto no X Congresso de Direito do Trabalho realizado na cidade de Lisboa em 2006, p. 2. Disponível em: < https://977c7f27-ba08-45d2-bd7f-becadee04474.filesusr.com/ugd/489f11_0d82bd29aaad4a179c30bb2e9c52922c.pdf>. Acesso em: 5 de outubro de 2020;

sanções ao trabalhador, cuja conduta tenha prejudicado ou colocado em causa o bem-estar da empresa, incluindo condutas que não sejam adequadas à correta efetivação dos deveres derivados do contrato de trabalho. E o empregador aplicando estas sanções deve sempre respeitar o princípio da proporcionalidade¹⁵⁰, de forma a não entrar no campo da arbitrariedade.¹⁵¹

Por fim torna-se impreterível analisar os artigos 328.º e 329º do CT. No primeiro podemos encontrar uma lista de sanções que podem ser aplicadas pelo empregador, quer previstas diretamente na lei, quer previstas em instrumentos de regulamentação coletiva, desde que não prejudiquem os direitos e garantias do trabalhador, algo que coloca, de imediato, uma limitação ao empregador, que não poder inovar e criar unilateralmente novas sanções a aplicar¹⁵². Contudo para que se verifique a aplicação destas sanções e se efetive o poder disciplinar é necessário um procedimento. E o segundo artigo referido vem densificar o procedimento disciplinar.¹⁵³

i. Limites

Apesar do desequilíbrio entre as posições do empregador e do trabalhador, provocado especialmente pelos poderes conferidos ao empregador no âmbito da relação laboral que acabámos de analisar e descrever, o exercício destes não é arbitrário e ilimitado. Não são poderes absolutos. Têm limites. Mesmo tendo em conta o facto de o empregador ser detentor dos meios de produção, e que lhe cabe a ele assumir os riscos do negócio empreendido, aceitando-se, por isso, que o empregador possua certos e determinados poderes, não podemos aceitar que esses poderes sejam de tal forma amplos que infrinjam lesões na esfera jurídica do trabalhador que coloquem em causa a sua dimensão humana. Existem direitos que devem ser preservados e que, caso não existissem delimitações, seriam postos em causa. Atendendo a todas estas circunstâncias, as limitações impostas aos poderes do empregador estão diretamente ligadas aos direitos dos trabalhadores e à sua amplitude.

¹⁵⁰ “A aplicação das sanções disciplinares pelo empregador encontra-se sujeita a alguns princípios gerais, consagrados no CT. Além do já mencionado *princípio da proporcionalidade*, vertido no n.º 1 do art. 330.º” (AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 180);

¹⁵¹ PEREIRA, Albertina, *Procedimento disciplinar – Velhas e novas questões*, cit., p. 2;

¹⁵² AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 180;

¹⁵³ Para mais desenvolvimentos sobre o procedimento disciplinar consultar: MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, cit., p. 642 e segs.;

Agora, resta saber qual a maneira de impor estes limites sem que com tal se esvaziem os poderes do empregador, tornando-os ineficazes.

O primeiro limite que podemos referir é o da necessidade destes poderes respeitarem os direitos fundamentais de todos os cidadãos e, como se torna óbvio, também os trabalhadores. Neste sentido, o empregador deve sempre, no uso dos seus poderes, respeitar a dignidade da pessoa humana, tratando todos os trabalhadores da mesma maneira, independentemente do sexo, raça, religião ou nacionalidade, tal como estabelece o princípio constitucional da igualdade.

Outro limite identificado aos poderes do empregador é encontrado nas leis infraconstitucionais, que tais como as leis laborais, impõem limites aos poderes do empregador ao estabelecer, por exemplo, o descanso semanal remunerado,¹⁵⁴ o período de férias¹⁵⁵ ou o direito de expressão no seio da empresa,¹⁵⁶ entre outros direitos específicos do trabalhador. Todos estes direitos do trabalhador consubstanciam restrições à ação do empregador de agir com dilatada liberdade na direção da sua empresa.

Também os instrumentos de regulamentação coletiva¹⁵⁷ infligem duras limitações aos poderes do empregador, sendo, no entanto, apenas aplicáveis a uma certa categoria de trabalhadores, algo que diminui a sua abrangência significativamente¹⁵⁸, relativamente à lei ou à Constituição.¹⁵⁹

Por último, contrato de trabalho e o regulamento interno são, igualmente, limitadores dos poderes do empregador¹⁶⁰. O contrato de trabalho, desde logo, pelo facto de que as condições estabelecidas não podem ser modificadas pelo empregador, salvo as modificações que forem mais benéficas para o trabalhador¹⁶¹, cumprindo-se o Princípio do

¹⁵⁴ Artigo 232.º do CT.

¹⁵⁵ Regulado nos artigos 237.º e seguintes.

¹⁵⁶ “É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.” – Artigo 14.º do CT.

¹⁵⁷ O artigo 2.º do CT enumera quais os tipos de instrumentos de regulamentação coletiva.

¹⁵⁸ Por exemplo, o artigo 492.º, n.º 1, alínea b) do CT estipula que a convenção coletiva deve indicar “Âmbito do sector de actividade, profissional e geográfico de aplicação”, numa clara diminuição do número de trabalhadores a que é aplicável, e o artigo 496.º consagra o Princípio da Filiação, determinando quem fica obrigado com a celebração da convenção.

¹⁵⁹ Márcio Túlio Viana designa estes limites por limites externos (VIANA, Márcio Túlio, *Direito de resistência*, São Paulo, LTr, 1996, p.141 e 142);

¹⁶⁰ Segundo Viana, estes serão os chamados limites internos (VIANA, Márcio Túlio, *Direito de resistência*, cit., p. 142 a 146);

¹⁶¹ É uma das garantias do trabalhador a proibição de diminuição da retribuição estabelecida no contrato de trabalho, salvo raras exceções (Artigo 129.º, n.º 1, alínea d));

tratamento mais favorável¹⁶². Aliás, é o próprio artigo 97.º do CT a estabelecer, expressamente, que o poder diretivo deve ser sempre exercido dentro dos limites do contrato de trabalho e das normas que o regem.

Podemos ainda referir limitações de âmbito espacial ou temporal, se tivermos em conta a restrição da possibilidade de exercício dos poderes por parte do empregador ao horário de trabalho e ao local onde o mesmo é prestado. No entanto, torna-se cada vez mais difícil fazer esta delimitação de forma segura, uma vez que as condutas extra laborais do trabalhador, que ocorrem fora do local e do horário de trabalho podem afetar diretamente o empregador. Daí que seja pouco confiável afirmar onde acabam os poderes da entidade empregadora e a consequente sujeição do trabalhador, tal como teremos oportunidade de verificar mais à frente.

c. Direitos Fundamentais e Deveres do Trabalhador

Passaremos agora a discutir os direitos fundamentais do trabalhador, dividindo-os entre direitos fundamentais específicos e inespecíficos. Uma divisão entre direitos que o trabalhador adquire pela sua condição de trabalhador, ou seja, por celebrar um contrato de trabalho, e direitos que já possuía enquanto cidadão. Estas duas categorias não foram reconhecidas exatamente ao mesmo tempo, tendo inicialmente sido constitucionalmente consagrados os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores e só posteriormente os inespecíficos.¹⁶³

Uma das questões que se coloca é a de se o trabalhador continua a ser detentor dos mesmos direitos que detinha enquanto cidadão quando se encontra ao serviço do empregador? Será que para “vestir o fato” de trabalhador terá de “despir o fato” de cidadão? A resposta só pode ser negativa. Os direitos de personalidade não podem simplesmente ser afastados no âmbito do contrato de trabalho ou da empresa. Como diz Luigi Mengoni, citado por Leal Amado na sua obra, o modelo antropológico do Direito do Trabalho “pressupõe o homem que trabalha, e não simplesmente um proprietário de força de trabalho que a oferece no mercado”.¹⁶⁴ O trabalhador, antes de o ser, é um cidadão, com a particularidade de estar sujeito ao poder de direção do empregador no âmbito do contrato de trabalho.

¹⁶² Artigo 476.º do CT;

¹⁶³ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p.50;

¹⁶⁴ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 183;

Mas será que pode manter a esfera de aplicação destes direitos intacta? Não pode por motivo nenhum ser restringida? Sendo a resposta negativa, em que medida, então, podem tais direitos ser limitados no âmbito da relação laboral?

Tendo em conta este contexto, e partindo do pressuposto imediato de que os direitos fundamentais dos trabalhadores não podem ser marginalizados no contexto laboral passaremos a analisar estes direitos e a sua divisão entre as duas categorias enumeradas supra.

i. Direitos Específicos

Os direitos específicos dos trabalhadores têm a sua origem ou justificação na relação laboral celebrada entre trabalhador e empregador. São direitos que apenas são reconhecidos ao cidadão se e quando adquirir a qualidade de trabalhador, não sendo, por isso, exercidos fora desta relação.

Podemos subdividir esta categoria de direitos em duas subcategorias. Direitos específicos coletivos e direitos específicos individuais.

Os direitos específicos coletivos, são uma classe de direitos que apenas podem ser exercidos por um grupo de trabalhadores ou em alternativa prosseguir um interesse coletivo. São claros exemplos destes direitos consagrados na nossa CRP¹⁶⁵ são o direito de greve¹⁶⁶, o direito de contratação coletiva¹⁶⁷ e a proibição do lock-out¹⁶⁸. Segundo José João Abrantes, estes direitos são a “condição necessária para todas as outras liberdades dos trabalhadores”, uma vez que só através dos direitos coletivos é possível reduzir a desigualdade entre empregador e trabalhador, tal como impor limites aos poderes do empregador através desta legitimidade coletiva combinada com a intervenção do legislador.¹⁶⁹

Relativamente aos direitos específicos individuais, são direitos exercidos pelo próprio trabalhador, sem necessidade de um grupo a efetivação desse exercício. Enquanto os direitos específicos coletivos são direitos que pertencem aos trabalhadores, mas que apenas podem ser exercidos dentro de um coletivo, os direitos específicos individuais

¹⁶⁵ Por exemplo, também a Constituição brasileira prevê a liberdade de associação no seu artigo 8.º e o direito de greve no seu artigo 9.º;

¹⁶⁶ Artigo 57.º, n.º 1 da CRP “É garantido o direito à greve.”;

¹⁶⁷ Artigo 56.º, n.º 3 da CRP “Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação coletiva, o qual é garantido nos termos da lei.”;

¹⁶⁸ Artigo 57.º, n.º 4 da CRP “É proibido o lock-out.”;

¹⁶⁹ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p. 53;

pertencem ao trabalhador enquanto tal. Não é necessário nenhum requisito adicional para que os trabalhadores os possam usar. No nosso ordenamento jurídico são exemplo destes direitos o direito de retribuição¹⁷⁰, o direito a férias¹⁷¹, direito ao subsídio de natal¹⁷², direito a um limite máximo da jornada de trabalho¹⁷³, entre outros. No Brasil, estes direitos estão consagrados expressamente na Constituição, mas em Portugal já não acontece o mesmo, estando espalhados entre Constituição, leis infraconstitucionais e instrumentos de regulamentação coletiva.¹⁷⁴

Concluindo, os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores são específicos desta classe da sociedade, estando umbilicalmente ligados à relação laboral estabelecida por intermédio de um contrato, dependendo deste para se efetivarem e existirem.

ii. Direitos Inespecíficos

Os direitos inespecíficos dos trabalhadores são direitos de carácter geral¹⁷⁵, dos quais todos os cidadãos são titulares, independentemente de serem trabalhadores, estando por isso relacionados com uma ideia de “cidadania na empresa”.¹⁷⁶ Deixamos de estar num terreno meramente contratual e passamos a um plano do homem, da pessoa humana que existe antes de cada trabalhador, que existe dentro de cada trabalhador.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Previsto no artigo 11.º do CT como anteriormente falámos.

¹⁷¹ Artigo 237.º, n.º 1 do CT “O trabalhador tem direito, em cada ano civil, a um período de férias retribuídas, que se vence em 1 de Janeiro.”

¹⁷² Artigo 263.º, n.º 1 do CT “O trabalhador tem direito a subsídio de Natal de valor igual a um mês de retribuição, que deve ser pago até 15 de Dezembro de cada ano.”

¹⁷³ Artigo 59.º, n.º 2, alínea b) da CRP “A fixação, a nível nacional, dos limites da duração do trabalho.”

¹⁷⁴ O artigo 7.º da Constituição brasileira dispõe de um extenso rol de direitos do trabalhador, que estão também presentes noutras normas, como por exemplo a Consolidação das Leis Trabalhistas. Já Portugal alterna entre a CRP e o CT. Espanha tem, também, direitos previstos na sua Constituição, como por exemplo os artigos 35 e 40.

¹⁷⁵ Segundo Valdes dal Re, estes direitos caracterizam-se por serem (i) universais, ou seja, todas as pessoas físicas, trabalhadoras ou não, têm estes direitos garantidos de forma igual; (ii) indisponíveis; (iii) reconhecidos geralmente, portanto são direitos reconhecidos através de regras gerais e abstratas ao nível constitucional. (VALDES DAL RE, Fernando, *Los derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador*, In Libro de Informe Generales, XVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Montevideo, 2003, p.50 e segs.)

¹⁷⁶ “uma atenção crescente à chamada «cidadania na empresa», isto é, aos direitos fundamentais *não especificamente laborais*, aos direitos *do cidadão*, que os exerce, *enquanto trabalhador*, na empresa.” (ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p. 60); ver também, nesse sentido, COLMENARES BASTIDAS, Ana Maria, Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano, *Revista latino americana de Derecho Social*, Caracas, n.º. 13, jul./dic. 2011, p. 57-86 e Dominique Méda apud. AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 185;

¹⁷⁷ “Já não estamos apenas no terreno meramente contratual, mas no plano do Homem, da pessoa humana, existente dentro de cada trabalhador.” (ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p. 60)

Neste sentido, importa ressaltar, que a celebração de um contrato de trabalho não pode implicar, de forma alguma, a limitação de direitos que é a própria Constituição a reconhecer ao trabalhador enquanto cidadão. São um conjunto de direitos válidos perante qualquer pessoa ou entidade, inclusive perante o empregador. Tudo isto significa, de forma algo preambular, que o trabalhador manterá dentro da empresa todos os direitos que lhe são garantidos enquanto cidadão, até porque o cidadão antecede a figura do trabalhador.¹⁷⁸ Nesse sentido, a jurisprudência espanhola toma posição semelhante: “la celebración de un contrato de trabajo no implica em modo alguno la privación para uma de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce com ciudadano”¹⁷⁹.

Entramos numa área muito propícia a conflitos, até porque como constata Leal Amado, os conflitos nestes casos situam-se entre “a liberdade empresa e a liberdade na empresa”¹⁸⁰. E nestes casos, impera a aplicação do Princípio da Proporcionalidade para se dirimir a situação problemática emergente. Isto porque temos, por um lado, os direitos de personalidade do trabalhador que são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas¹⁸¹, e, portanto, aplicáveis no campo da relação laboral, e por outro, os interesses legítimos do empregador e os seus direitos e poderes¹⁸² que lhe conferem uma posição de superioridade face ao trabalhador¹⁸³.

Comparando os diversos ordenamentos jurídicos neste particular, Portugal e Itália, por exemplo, têm estes direitos reconhecidos nas próprias legislações laborais, já no Brasil os direitos inespecíficos não são alvo de consagração infraconstitucional, o que, no entanto, não significa que tais direitos não sejam aplicáveis ao trabalhador no âmbito do contrato de

¹⁷⁸ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., p. 59 a 61 e ROMITA, Arion Sayão, *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, 4. Ed., São Paulo, Ltr, 2012, 246 e 247;

¹⁷⁹ STCO 88/1995, FD 2º. In: MORENO, Abdón Pedrajas, FRANCO, Tomás Salas, La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo, *Boletín laboral*, Madrid, 2008, p.5. Disponível em: < <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/nn-045.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2020;

¹⁸⁰ AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 185;

¹⁸¹ Artigo 18.º, n.º 1 da CRP “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

¹⁸² “O que temos aqui, quase sempre, é um problema de conflito de direitos (...) Nesta matéria, assistimos, em suma, a uma *dialética aplicação/modulação*, vale dizer: *i*) a tutela da situação pessoal do trabalhador (...) pressupõem a aplicação/eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito da relação de trabalho; *ii*) os legítimos interesses do empregador e a posição de inequívoca supremacia que este detém na relação de trabalho implicam, necessariamente, uma certa compressão/modelação daqueles direitos do trabalhador.” (AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, cit., p. 185);

¹⁸³ É importante frisar que pese embora os direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores não sejam absolutos, a sua modulação apenas ocorrerá em situações de absoluta imprescindibilidade e sempre de acordo com o Princípio da Proporcionalidade.

trabalho, por força do artigo 5.º da Constituição do Brasil. Apesar de não ser essencial a concretização destes direitos em normas infraconstitucionais, o certo é que essa concretização é mais vantajosa do que uma normatização geral, visto que nem sempre se consegue alcançar todas as especificidades do ramo laboral.¹⁸⁴

Concluindo, é garantido ao trabalhador, nos dias de hoje, o exercício dos seus direitos fundamentais no seio da empresa, pese embora não de forma absoluta, na medida em que diversas situações a colisão destes com certas liberdades e garantias do empregador é uma realidade. E, nesse sentido e sem margem para dúvidas, que um dos grandes desafios da atualidade é o de compatibilizar estas duas esferas jurídicas de forma adequada, necessária e proporcional.

iii. Liberdade de Expressão e de opinião do trabalhador

Conforme analisado anteriormente, e tendo no horizonte o escopo do presente trabalho, é ainda importante considerar no âmbito dos direitos fundamentais, o direito à liberdade de expressão.

Sendo uma das temáticas mais em voga nas sociedades democráticas atuais, é certo que não está sujeita a debate a importância da liberdade de expressão¹⁸⁵, uma vez que é unanimemente considerada com um direito fundamental basilar.¹⁸⁶ O que quer dizer que qualquer violação deste direito, qualquer esvaziamento de sentido coloca em causa não só o ordenamento jurídico, como todo o sistema democrático. Nas palavras de Gomes Canotilho,

¹⁸⁴ Neste sentido Maria Regina Redinha refere que “a não inclusão dos direitos de personalidade na legislação do trabalho não significa uma absoluta ausência de proteção o contrato de trabalho não é nem nunca foi uma licença para matar a dignidade humana, não obstante não obstante a imanente conflitualidade que o caracteriza, pois dispusemos sempre do recurso aos instrumentos gerais de tutela da Constituição e do Código Civil.” (REDINHA, Maria Regina, *Os direitos de personalidade no código do trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão*, 2005, p. 3;). Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/18699/2/49726.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2020;

¹⁸⁵ “A liberdade de expressão, portanto, empregando e adaptando uma pluralidade de formas de desenvolvimento da personalidade humana e de seus direitos, acaba por se projetar sobre outras liberdades: ensino, educação, política, eleições, entre outros. Eis a razão pela qual é correto afirmar que a liberdade de expressão é instrumento para o exercício das demais liberdades, porque todas necessitam da livre expressão e intercâmbio das ideias e opiniões.” (MELLO, Cristiane Maria Freitas de, *Direito de Crítica do Empregado nas Redes Sociais e a Repercussão no Contrato de Trabalho*, São Paulo, LTr, 2015, p. 65;)

¹⁸⁶ “O reconhecimento do direito à liberdade de expressão encontra o seu fundamento no eminente valor da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio estruturante do Estado de direito democrático. A liberdade de expressão constitui um segmento essencial e formador da personalidade humana, estimulando e promovendo a consciência individual, a competência racional, a autonomia moral, o desenvolvimento social e a sociabilidade das pessoas, sob a égide de princípios gerais de liberdade, de igualdade e de solidariedade.” MACHADO, Jónatas E. M., DE BRITO, Iolanda Rodrigues, *Curso de direito de comunicação social*, Lisboa: Wolters Kluwer Portugal, 2013, p. 75;

a liberdade de expressão é um dos “direitos constitutivos do próprio princípio democrático”¹⁸⁷. E recorrendo ainda às palavras de Branco, “A liberdade de expressão é, então, enaltecida como um instrumento para o funcionamento e a preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre)”¹⁸⁸.

À luz da história, a liberdade de expressão foi consagrada em 1789 pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no seu artigo 10.^{o189}, o qual estabelece que ninguém deve ser importunado por expressar a sua opinião, mesmo que religiosa, desde que não perturbe a ordem pública estabelecida por lei. Neste mesmo diploma, no seu artigo 11.^{o190} é positivado que a livre comunicação de pensamentos e opiniões é um dos direitos humanos mais preciosos, sendo, no entanto, responsabilizado por eventuais abusos.

A consagração deste primeiro pilar normativo é um marco histórico no caminho percorrido até aos dias de hoje, onde se percebeu, desde cedo, que a liberdade de expressão é um dos alicerces dos Estados democráticos. Ao longo do percurso, este direito acabou por ir sendo incluído em diversos tratados internacionais¹⁹¹ e nas constituições de diversos países.

Na CRP o artigo 37.^o, n.^o 1 estabelece que “Todos têm direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem, ou por qualquer outro meio”, e ainda que o cidadão tem o direito de informar, de se informar e ser informado, sem impedimentos ou discriminações. O n.^o 2 do mesmo artigo consagra a proibição da censura, em mais uma das ramificações da liberdade de expressão. E o n.^o 4 consagra que todas as pessoas, sejam singulares ou coletivas, têm direito de resposta e de retificação. A

¹⁸⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e teoria da constituição, cit., p.290;

¹⁸⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Direitos fundamentais em espécie, In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 5ª ed, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 451. Branco discorre ainda sobre a importância da comunicação para a sociabilidade, essencial para a espécie humana.

¹⁸⁹ Artigo 10.^o da DDHC “Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.” Disponível em:<<https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>>. Acesso em: 12 de outubro de 2020.

¹⁹⁰ Artigo 11.^o da DDHC “La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi.” Disponível em:<<https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>>. Acesso em: 12 de outubro de 2020.

¹⁹¹ São exemplo disso a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, no seu artigo 19.^o, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1976, no artigo 19^o, inciso 2, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, no artigo 4^o, a Convenção Americana dos Direitos do Homem de 1969, no seu artigo 13.^o e o Convênio Europeu de Direitos Humanos de 1950, no seu artigo 10.^o;

Constituição brasileira prevê no seu artigo 5.º a liberdade de manifestação de pensamento e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença.¹⁹² De maneira semelhante a Constituição espanhola prevê no artigo 20.º a proteção do direito de expressar livremente pensamentos, ideias e opiniões através das palavras, de documentos escritos ou qualquer outro meio de reprodução.¹⁹³ A Constituição italiana consagra este direito no artigo 21.¹⁹⁴ e a alemã no artigo 5.¹⁹⁵, referindo que todos têm o direito de expressar os seus pensamentos, seja verbalmente, por escrito ou por mensagem.

Assim podemos perceber que tanto os tratados internacionais como as constituições nacionais seguem a mesma estratégia com vista a proteger e garantir a liberdade de expressão. Uma liberdade que não conhece fronteiras, raças ou cultos e que é essencial para garantir a permuta de informações e a comunicação entre cidadãos.

Abandonando agora o âmbito da história e da sua propagação, e concentrando-nos um pouco mais no conteúdo e forma de manifestação deste direito ou liberdade. Começando, desde logo, por uma divisão da liberdade de expressão em duas vertentes. A vertente interna, que se consubstancia no simples ato de pensar e de formular uma opinião livremente, e a vertente externa demonstrada quando o cidadão, que esteve a formular a sua opinião, a expressa publicamente.¹⁹⁶

Nas palavras de Branco¹⁹⁷, a liberdade de expressão é uma garantia para o indivíduo de poder expressar toda e qualquer opinião, tecer qualquer comentário, avaliação ou julgamento relacionado com os mais diversos temas.¹⁹⁸ No entanto, cumpre-nos relembrar

¹⁹² Artigo 5.º incisos: IV - “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”; VI - “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; VIII - “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”;

¹⁹³ Artigo 20.º, n.º 1 da CE “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.”

¹⁹⁴ Artigo 21.º da CI “Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione.”

¹⁹⁵ Artigo 5.º, n.º 1 da CA “Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.”;

¹⁹⁶ ROMITA, Arion Sayão, *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, cit., 300 e 301;

¹⁹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Direitos fundamentais em espécie*, cit., p. 451;

¹⁹⁸ Conceito amplo de liberdade de expressão de acordo com o acórdão do Tribunal Constitucional Espanhol. STC n.º 4/1996, de 16 de enero de 1996. Disponível em <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3056>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020;

que esta liberdade não é absoluta e que está, por isso, sujeita a limites caso o seu exercício desmesurado colida com outros direitos fundamentais.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, o campo normativo da liberdade de expressão deve ser amplo, de forma a que abranja opiniões, ideologias, crenças, convicções e críticas sobre qualquer temática.¹⁹⁹ Portanto a amplitude desta liberdade pressupõe uma multiplicidade, quer de conteúdo, quer de formas e motivações.²⁰⁰ Grosso modo, podemos, sem reservas, afirmar que o direito à liberdade de expressão, sendo um direito garantido a todos os cidadãos, se efetivamente concretiza quando estes se podem expressar livremente, inclusive no contexto laboral.

No que concerne aos meios de expressão para concretização deste direito, podemos considerar toda e qualquer forma possível de expressão ou comunicação, começando pelas palavras, verbais ou escritas, passando pelas imagens e acabando nas mensagens transmitidas através de qualquer meio de comunicação.²⁰¹ Por outro lado, a liberdade de expressão pode ser vista numa perspetiva negativa, porque o cidadão tem direito ao silêncio, a não manifestar as suas opiniões ou ideias, optando por não se pronunciar sobre certos e determinados temas.²⁰² Portanto, tanto é direito à liberdade expressão nós, enquanto cidadãos, manifestarmo-nos, como também o é quando optamos pelo silêncio.²⁰³

¹⁹⁹ Os dois autores afirmam, ainda, que o indivíduo não tem sequer o dever da verdade a impender sobre os fatos. Mas asseveram que a verdade passa a relevar no momento em que as manifestações do cidadão colidam com outros direitos protegidos pela CRP. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da república portuguesa anotada*, cit., v. I, p.572). Também o TC Espanhol afirmou num dos seus acórdãos “En este sentido, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, y, por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de veracidad” (STC n.º 204/1997, de 25 de noviembre de 1997. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/3469>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020). E ainda, Jonatas Machado que no que concerne a esta questão da verdade afirma ser discutível a existência ou não de uma obrigação de verdade como pressuposto da liberdade de expressão. Para mais desenvolvimentos consultar MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 419 e 420;

²⁰⁰ MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no social*, cit., p. 419;

²⁰¹ Nas palavras de Gomes Canotilho e de Vital Moreira, a utilização do termo “qualquer outro meio” significa que estão incluídos nos meios de manifestação os blogs ou chats, numa clara inclusão das novas tecnologias nestes meios, e por isso faz sentido adicionar o Facebook, o Twitter, o Instagram ou o Whatsapp, tendo em conta a sua utilização nos dias de hoje e o lugar que ocupam na nossa sociedade (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da república portuguesa anotada*, cit., v. I, p.572).

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da república portuguesa anotada*, cit., v. I, p.572;

²⁰³ Para mais desenvolvimentos sobre esta vertente da liberdade expressão consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da república portuguesa anotada*, cit., v. I, p.572 e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Direitos fundamentais em espécie*, cit., p. 451;

E quem são efetivamente os titulares do direito à liberdade de expressão? Quem pode exercer este direito? Inegável é que as pessoas singulares sejam indubitavelmente titulares do direito aqui dissecado. No entanto, pelo princípio da universalidade consagrado no artigo 12.º da nossa Constituição,²⁰⁴ esta liberdade é estendida, também, às pessoas coletivas. Já o sujeito passivo, neste caso, será o Estado e diversas entidades privadas, mais concretamente as que se encontrem ligadas a relações laborais. Basta ver a concretização infraconstitucional deste direito no artigo 14.º do CT em que “É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.”

Aproveitando esta deixa, passamos agora a analisar a concretização deste direito no contexto laboral, nas relações hierárquicas (entre empregadores e trabalhadores) e paritárias (entre trabalhadores) do mundo laboral.

Como já foi sendo exposto ao longo desta dissertação, foram já reconhecidos, no contexto laboral, direitos fundamentais específicos e, posteriormente, inespecíficos ao trabalhador. Da nossa análise anterior facilmente percebemos que o direito à liberdade de expressão se enquadra no grupo dos direitos inespecíficos do trabalhador. Porém, mesmo após o reconhecimento e aplicação deste tipo de direitos à relação laboral, o âmbito de aplicação deles não foi sempre tão extenso como é agora. Por exemplo, este direito que temos examinado, inicialmente foi reconhecido apenas na sua dimensão coletiva, na representação coletiva.²⁰⁵ Nos dias de hoje já é inquestionável a aplicação deste direito quer dentro da empresa quer fora dela. Mas de forma ilimitada? Também já vimos que não, que os direitos fundamentais não são absolutos. Veremos então como tudo se processa a nível laboral, e como se concilia o direito à liberdade de expressão do trabalhador com os poderes do empregador, e com especial enfoque no facto de, tendo em conta toda a evolução tecnológica, a dependência destas tecnologias e a forma como afetam toda a sociedade e como podemos delimitar o que é ambiente de trabalho. A conceção de um local físico,

²⁰⁴ Artigo 12.º da CRP “1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.”

²⁰⁵ GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho – Volume I*, cit., p.272;

composto por quatro paredes onde o trabalhador prestava um serviço durante a sua jornada de trabalho, parece ultrapassada.²⁰⁶

A grande questão no contexto laboral, que importa analisar será como se limitará este direito do trabalhador e como se confluirá este com os poderes do empregador e com os direitos dos outros trabalhadores. Segundo José Abrantes, através do princípio de presunção de liberdade, o trabalhador pode, em princípio, manifestar-se de forma livre sobre qualquer assunto que não tenha relação com a execução do seu contrato de trabalho. Ou seja, as possíveis limitações à vida do trabalhador, fora da execução do contrato de trabalho, serão excepcionais e sempre respeitando o princípio da proporcionalidade, o princípio norteador de toda e qualquer limitação, como vimos anteriormente, de forma a preservar o núcleo essencial do direito restringido.²⁰⁷ Em suma, os poderes do empregador, como os poderes de direção, fiscalização ou disciplinar, devem, por regra, estar sujeitos aos direitos fundamentais, sendo o contrário admissível em situações extremamente específicas.

Consequentemente, o direito à liberdade de expressão do trabalhador pode, apenas, ser restringido, por imposição do empregador, quando tal se imponha pela indispensabilidade de tal medida para o bom funcionamento da empresa e do correto cumprimento do contrato de trabalho.

Como foi também mencionado anteriormente, o CT reconhece diversos direitos fundamentais no âmbito da relação laboral, como o direito à liberdade de expressão e a reserva da intimidade da vida privada.²⁰⁸ Da contraposição destes dois artigos retiramos de imediato uma conclusão: se por um lado é reconhecido ao trabalhador a liberdade de expressão dos seus pensamentos e opiniões, por outro lado é estabelecido que o trabalhador deve, também, respeitar os direitos de personalidade do empregador, e vice-versa, impondo-se de imediato um limite que não pode ser ultrapassado tendo em vista o bom funcionamento da empresa.

José Abrantes mais uma vez se pronuncia sobre o tema, criticando a parte final da norma, que considera demasiado vaga e sujeita a uma enorme subjetividade, o que pode abrir

²⁰⁶ No contexto pandémico atual, em que o teletrabalho deixou de ser a exceção para ser a regra, esta ultrapassagem do conceito tradicional de ambiente de trabalho fica ainda mais patente.

²⁰⁷ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., 210;

²⁰⁸ Artigo 16.º “1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. 2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.”

espaço a abusos por parte do empregador. E por isso, vai ainda mais longe, ao referir que esta norma deve ser interpretada de forma a que sejam ponderados os interesses em jogo, tal como definido pela CRP, e explicado anteriormente, e assim as restrições apenas sejam impostas quando sejam estritamente necessárias para salvaguardar outro direito carente de proteção.²⁰⁹

Recorrendo agora à jurisprudência para sustentar, concretizar e dar um ponto de vista um pouco mais prático do que temos vindo a dizer, vejamos o Ac. do STJ que trata de uma situação em que um trabalhador decidiu afixar diversos cartazes na empresa com expressões injuriosas sobre os seus superiores hierárquicos, e onde o referido tribunal considerou que tal atitude “viola o dever de respeito e urbanidade (...) e que, portanto, o empregador pode promover o despedimento por justa causa do trabalhador”²¹⁰. Parece claro e difícil de não concordar com a decisão do tribunal em causa, uma vez que o trabalhador extravasou em larga escala o seu direito de se expressar livremente no ambiente de trabalho, violando inclusive a esfera jurídica das outras pessoas que insultou. Era necessário e justificável para o exercício da sua liberdade de expressão insultar os outros? Não, neste caso não era.

Também em França, onde segundo Júlio Gomes está um dos ordenamentos jurídicos com maior proteção da liberdade de expressão, e uma das sociedades com maior tolerância ao exercício deste direito, mesmo no contexto laboral e mesmo relativamente a posições políticas assumidas.²¹¹ Contudo, mesmo com toda a tolerância, há casos em que o exercício de liberdade de expressão desmedido pode levar à *ultima ratio* das consequências para o trabalhador, o despedimento. Foi caso ocorrido na companhia aérea *Syrian Arab*

²⁰⁹ ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, cit., 257. Maria Redinha, por sua vez, elabora uma crítica diferente ao considerar que a norma é em larga medida redundante, visto que a liberdade de expressão encontra sempre consagração no artigo 37.º da CRP. No entanto, considera em seguida que existem vantagens da transposição destas para legislação infraconstitucional, por exemplo a nível de delimitação e concretização destes. (REDINHA, Maria Regina, *Os direitos de personalidade no código do trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão*, cit., p. 4 e 5); E neste sentido tendemos a concordar com a última parte, pois a transposição e concretização destes direitos em legislação infraconstitucional, é de extrema importância, ainda para mais numa esfera como a da relação laboral, em que o trabalhador já se encontra numa posição demasiado débil à partida, assim limitando possíveis interpretações restritivas ou até contraditórias.

²¹⁰ Acórdão n.º 3.885/1999 do STJ, de 20 de outubro de 1999, apud. QUINTAS, Paula, O direito à palavra no mundo do trabalho: liberdade de expressão ou delito de opinião?, *Prontuário de Direito de Trabalho N.º 76/77/78 - Janeiro-Dezembro 2007 - Número especial em homenagem à obra do Dr. Vítor Ribeiro*, Centro de Estudos Judiciários, 2007, p. 121-169;

²¹¹ Basta pensarmos na revista satírica Charlie Hebdo que é francesa e se debruça maioritariamente sobre a política da sociedade francesa. Disponível em: < <https://charliehebdo.fr> >. Acesso em: 18 de out. de 2020;

Airlines, que procedeu ao despedimento de um trabalhador, que exercia as funções de agente de escala no Aeroporto de Orly, França, porque este proferiu afirmações de índole injuriosa e até difamatória sobre países árabes e os seus governantes, mais concretamente sobre o governador sírio, perante outros trabalhadores, algo que lhes gerou natural desconforto. Perante tal atitude, a companhia aérea alegou que houve uma violação do dever de reserva e de discrição do trabalhador. O trabalhador não concordou com esta posição de empresa e recorreu à justiça para pedir a anulação do seu despedimento e a sua reintegração. No entanto, a *Chambre Sociale de la Cour de Cassation* rejeitou o pedido do trabalhador e manteve a decisão do empregador.²¹²

Em Espanha, também o Tribunal Constitucional Espanhol se teve de pronunciar sobre o despedimento de uma trabalhadora de um hospital com ligações religiosas, que teceu críticas durante a celebração de um ato religioso, sobre o facto de os doentes não terem sido deslocados para a capela de forma a comungarem. O hospital alegou que a transferência dos doentes não se concretizou por falta de pessoal para os preparar e por isso, consideraram que as críticas da trabalhadora estavam vazias de sentido e procederam ao seu despedimento. A trabalhadora não concordando recorreu à justiça espanhola, requerendo a anulação do despedimento por violação do direito à liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional Espanhol deu razão à trabalhadora, considerando que esta apenas exerceu o seu direito, mesmo que na forma de crítica, mas não colocou em causa qualquer direito do empregador, e assim declarou nulo o despedimento.²¹³

iv. Limites à liberdade de expressão

Como já referimos várias vezes a liberdade de expressão tem limites. Não é um direito absoluto e pode sofrer restrições, porque tal como já vimos não é o único direito no ordenamento jurídico nem o mais valioso de todos. Tem de coexistir com os outros valores e direitos do ordenamento jurídico.

Daqui chegamos ao primeiro limite da liberdade de expressão. A necessidade de coexistência com outros direitos que também se encontram tutelados e de respeito pelos

²¹² Cour de Cassation, Chambre sociale, du 6 octobre 1993, 91-45.053, Inédit. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007205764/>>. Acesso em: 18 de outubro de 2020;

²¹³ STC n.º 106/1996, de 12 de junio de 1996, de Tribunal Constitucional Espanhol. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/3158>>. Acesso em: 18 de outubro de 2020;

núcleos essenciais.²¹⁴ Por isso, tem que se encontrar um equilíbrio entre o exercício da liberdade de expressão e a não violação do direito à honra e ao bom nome, por exemplo, de forma a que esse direito não seja usado de tal forma que viole o núcleo essencial de outros direitos fundamentais de outra pessoa. “Assim, e designadamente, o trabalhador, no exercício da sua liberdade de expressão, terá que respeitar as obrigações de urbanidade e probidade.”²¹⁵

Outro limite é encontrado na necessidade de realização e concretização de determinadas tarefas, de acordo com a atividade desenvolvida pelo trabalhador. A liberdade de expressão não pode interferir negativamente no bom desempenho das funções do trabalhador. E nesse seguimento, também os poderes diretivo e fiscalizador do empregador, consubstanciações do princípio da liberdade de iniciativa do empregador, são limites claros à liberdade de expressão do trabalhador. Mas, como temos frisado diversas vezes, a relação laboral entre trabalhador e empregador não é uma relação equilibrada e paritária. Existe uma parte débil, que necessita da retribuição que irá auferir para conseguir ter a sua vida, e há uma parte que ao denotar esta fragilidade e, muitas vezes, desespero, se faz valer disso para impor quase a seu belo prazer as condições que quer. Por isso, quando estivermos a fazer a ponderação entre os direitos das duas partes, não o podemos fazer sem ter esta desigualdade em consideração. O trabalhador necessitará, regra geral, de maior proteção para que se garanta o exercício dos seus direitos enquanto cidadão, principalmente no ambiente de trabalho.

Por todos estes motivos, a limitação do direito à liberdade de expressão deve ocorrer na estrita medida do necessário para que não seja colocada em causa a atividade da empresa, os seus objetivos e os seus fins. Por exemplo, não podem ser admitidas limitações constantes em regulamentos internos. Os regulamentos internos, enquanto atos unilaterais, não podem

²¹⁴ Como por exemplo, o direito à vida privada e à honra;

²¹⁵ GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho – Volume I*, cit., p.276; também o TC se pronuncia nesse sentido “A liberdade de expressão - como de resto, os demais direitos fundamentais - não é um direito absoluto, nem ilimitado. Desde logo, a protecção constitucional de um tal direito não abrange todas as situações, formas ou modos pensáveis do seu exercício. (...) Depois, movendo-se num contexto social e tendo, por isso, que conviver com os direitos de outros titulares, há-de ele sofrer as limitações impostas pela necessidade de realização destes. E, então, em caso de colisão ou conflito com outros direitos - designadamente com aqueles que se acham também directamente vinculados à dignidade da pessoa humana [v. g. o direito à integridade moral (artigo 25º, nº 1) e o direito ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º, nº 1)] -, haverá que limitar-se em termos de deixar que esses outros direitos encontrem também formas de realização.” (Acórdão n.º 81/1984 do TC, de 18 de julho de 1984);

colocar, a priori, restrições em direitos fundamentais dos trabalhadores. Caso o façam estão feridos de licitude e não devem ser considerados.

Concluindo, o direito à liberdade de expressão é um dos direitos mais fulcrais do nosso ordenamento jurídico, assumindo particular relevância no âmbito laboral, funcionando, muitas vezes, como veículo de outros direitos como o direito à greve ou à liberdade de reunião, que dificilmente se concretizariam sem este. Estando impossibilitado de expressar a sua opinião e ideias, dificilmente o trabalhador conseguiria exercer qualquer outro dos seus direitos. Nesse mesmo sentido, Júlio Gomes defende que “mesmo aquela doutrina alemã que tende a reduzir mais o seu campo de aplicação, não deixa de reconhecer que, tratando-se, como se trata, de um direito fundamental, só em casos de abuso extremo poderá constituir uma infração disciplinar grave”.²¹⁶

III. AS REDES SOCIAIS

Um dos grandes fenómenos do século XXI são, sem margem para dúvidas, as redes sociais. A sua emergência e crescente importância no seio da sociedade modificaram drasticamente a forma como nos relacionamos, como comunicamos, como nos entendemos²¹⁷. Através das redes sociais conseguimos criar um perfil público, mais ou menos representativo da nossa realidade (não existe nenhuma fiscalização sobre a veracidade das informações que disponibilizamos), através do qual comunicamos com outros utilizadores, partilhando interesses, ideais, culturas e neste momento, trocando até mensagens diretamente. São um espaço onde não há fronteiras, onde todos somos livres de entrar e circular.²¹⁸

Os primórdios deste fenómeno datam de 1995, com o surgimento da rede social *ClassMates*²¹⁹, que tinha como objetivo ajudar na realização de um encontro de amigos de

²¹⁶ GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho – Volume I*, cit., p.276;

²¹⁷ “as redes sociais são um meio de comunicação em contínua expansão: depois do adro da igreja, do café da praça e do centro comercial, o ponto de encontro parece agora ser na rede social, que há muito deixou de ser um prolongamento do recreio da escola, para ser um local de convívio, de trabalho, de comércio, de propaganda política e até de prática de actos ilícitos.” (REDINHA, Maria Regina, *Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira Aproximação)*, In: *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87, Coimbra Editora, 2010, p. 34);

²¹⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o fenómeno das redes sociais consultar: DONEDA, Danilo, Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais, *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, 2012. Disponível em: <https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Danilo-Doneda_FINAL.pdf.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2020;

²¹⁹ Disponível em: <<https://www.classmates.com/>>. Acesso em: 19 de outubro de 2020;

faculdade. Esta rede social foi um verdadeiro sucesso quer nos Estados Unidos da América quer no Canadá, disponibilizando um serviço que era pago, contrariamente a muitas das que surgiram posteriormente.

Anos mais tarde surgiriam as primeiras redes sociais com sucesso a nível mundial como o *Myspace*²²⁰, que atingiu um número astronómico de 5 milhões de utilizadores, um espaço na internet interativo, com espaços de música, fotografias e blog que pode ser personalizado por cada utilizador. Com o sucesso atingido, o *Myspace* tornou-se num sítio de culto, onde se poderia descobrir mais sobre bandas e celebridades.

No mesmo ano em que é lançado o *Myspace*, é também lançado o *LinkedIn*²²¹, com uma perspetiva totalmente diferente e direcionada para um outro tipo de público. Nesta rede social o objetivo não era a integração de grupos com interesses em comum, nem a mera socialização. O *LinkedIn* surge com o propósito de criar uma rede de contactos profissional em todo o mundo. Um sítio onde não existissem fronteiras para as oportunidades de emprego e onde nos podemos mostrar enquanto profissionais.

No entanto só anos mais tarde se dá o real *boom* das redes sociais. É com o surgimento do *Orkut*²²² e do *Facebook*²²³, aliados à propagação da internet, que as redes sociais dão o passo decisivo para se imporem nas nossas vidas. O *Facebook* criado por um grupo de ex-estudantes da Universidade de Harvard, do qual se eternizou Mark Zuckerberg, inicialmente apenas estaria disponível para os estudantes de Harvard, no entanto, desde cedo mostrou que estaria destinado ao sucesso ao conseguir 22 mil acessos, em apenas duas horas. Na base de criação desta que é a rede social mais influente da sociedade está o conceito de permitir que, através *click* os seus utilizadores se relacionassem *online*, encurtando distâncias físicas, partilhando fotos, convites para festas, e conhecendo novas pessoas, tudo através de um ecrã. O crescimento do *Facebook* foi de tal forma, que atualmente continua a ser uma das maiores empresas do mundo, ao receber constantes investimentos milionários, servindo de montra publicitária para diversas marcas, demonstrando desta forma a sua influência não só na vida de cada cidadão como também de todas as empresas que reinventaram os seus planos de marketing. Nos dias de hoje todas as grandes empresas e marcas têm uma página no *Facebook*, através da qual se publicitam, dão a conhecer os seus

²²⁰ Disponível em: <<https://myspace.com/>>. Acesso em: 19 de outubro de 2020;

²²¹ Disponível em: <<https://www.linkedin.com/>>. Acesso em: 19 de outubro de 2020;

²²² Disponível em: <<https://www.orkut.br.com/>>. Acesso em: 19 de outubro de 2020;

²²³ Disponível em: <<https://www.facebook.com/>>. Acesso em: 19 de outubro de 2020;

produtos, publicam notícias e artigos, pessoas dão opiniões, publicam fotos e até músicas. Utilizando uma pequena metáfora para se perceber melhor, aquilo que as comumente “Lojas dos 300” significam para os nossos avós, um local onde podiam encontrar de tudo, o *Facebook* significa para nós hoje em dia. É um local onde podemos encontrar tudo e de tudo.²²⁴

É por isso, que esta rede social, acedida por milhares de pessoas a cada minuto²²⁵, é uma autêntica janela para o mundo, onde cada pessoa deposita um pouco da sua vida e recebe um pouco da do outro.²²⁶

Apesar dos muitos benefícios que as redes sociais trouxeram, como a fácil comunicação com pessoas em qualquer ponto do mundo, a difusão e propagação de notícias em tempo recorde, a facilidade de acesso a serviços e informação, a verdade é que consigo vieram, também, coisas menos boas. Porque tudo tem um reverso da moeda, e as redes sociais não são exceção. Todas estas facilidades de acesso não funcionam única e exclusivamente para as coisas boas, infelizmente. Com tamanha facilidade na difusão de informação, situações de manipulação de informação²²⁷, as chamadas *fake news*, roubos de identidade e a forma descomplicada com que crianças conseguem aceder a estas redes sociais são problemas reais exponenciados pelo advento da internet e destes seus locais de partilha.

No âmbito desta dissertação importa-nos analisar quais são as fronteiras das redes sociais, se é que elas existem. Como se conjugam as redes sociais com o mundo laboral? Se tivermos em conta que graças às redes sociais, a propagação de informação dá-se à velocidade da luz, será que as nossas condutas extra-laborais, sejam elas quais forem, podem interferir na nossa relação laboral? Aquilo que fazemos no conforto da nossa casa, utilizando os meios por nós adquiridos, fora do nosso horário de trabalho, pode produzir efeitos na nossa relação laboral? Até onde vão os poderes do empregador? E onde começam os meus direitos? O que é que as redes sociais alteraram nesta dialética entre poderes e direitos? Veremos então no decorrer deste capítulo como a relação laboral não se cinge, agora, a

²²⁴ Existem muitas outras redes sociais que afetam de forma decisiva o dia a dia da sociedade atual. Algumas das mais conhecidas são o *Instagram*, o *Twitter*, o *Youtube*, o *Pinterest*, por exemplo. Ao longo do presente trabalho quando nos referirmos a redes sociais, não o estaremos a fazer por referência específica a uma, mas sim a todas enquanto grupo.

²²⁵ Segundo o ranking Alexa, o *Facebook* é o 5º site com mais acessos do mundo. Disponível em: <<https://www.alexa.com/topsites>>. Acesso em: 19 de outubro de 2020;

²²⁶ Para mais desenvolvimentos sobre os tipos e a história das redes sociais consultar: KIRPATRICK, David, *O efeito facebook*, Arcádia, 2011 e REDINHA, Maria Regina, *Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira Aproximação)*, In: *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87, Coimbra Editora, 2010, p. 33 a 36;

²²⁷ Veja-se o que aconteceu nas eleições presidenciais nos Estados Unidos da América em 2016.

quatro paredes, e como as redes sociais destruíram as fronteiras edificadas durante anos entre as condutas laborais e as extra-laborais.

a. Formas de expressão nas Redes Sociais

As redes sociais, atualmente, oferecem um sem número de formas de comunicação aos seus utilizadores. Através de mensagens, partilha (sejam fotografias, vídeos ou textos) e acesso a informações, o famoso *like*²²⁸, criação de grupos fechados por exemplo. Cada cidadão que se torna utilizador destas redes, após efetuar o seu registo, cria um perfil, disponibiliza as informações pessoais que bem entender nesse perfil, e adiciona outros utilizadores à sua rede de “amigos” ou seguidores, e a partir daí começa a usufruir da panóplia de opções que as redes sociais disponibilizam para comunicares. As formas de comunicação expostas acima não podem ser vistas todas da mesma maneira, tendo em conta a funcionalidade de cada uma delas, porque “o tipo de privacidade associada a cada uma delas é diferente”.²²⁹

No entanto, segundo a Deliberação n.º 1638/2013 da CNPD²³⁰, não há distinção entre estes vários tipos de comunicação, uma vez que se limitou a aumentar o âmbito de aplicação do artigo 22.º, n.º 2 do CT²³¹, “qualquer mensagem ou comunicação que o trabalhador efectue através de contas de correio eletrónico, de redes sociais ou de quaisquer outras contas às quais o trabalhador aderiu a título pessoal, ainda que a elas aceda através do

²²⁸ “Relativamente a este *like* da rede social *Facebook*, o Tribunal de recurso norte americano decidiu no dia 18 de setembro de 2013 que estava protegido pelo direito à liberdade de expressão e, consequentemente, pela 1ª Emenda da Constituição norte-americana. A *American Civil Liberties Union* e o próprio *Facebook* tinham recorrido para o *Federal Appeals Court* no intuito de obter esta confirmação, após o *U.S. District Court of Eastern Virginia* ter decidido contra eles no caso *Bland vs. Roberts*. Neste caso, 5 trabalhadores foram despedidos após terem clicado em *like* na candidatura do seu opositor. *Vide* Tanya Marcum e Sandra Perry, “When a Public Employer Doesn’t Like What is Employees “Like” it: Ascribing Legal Significance to Social Media” in *Labor Law Journal*, 2014, pp. 104 e ss.” (MOREIRA, Teresa Coelho, Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 244)

²²⁹ CAMPOS, Alice Pereira de, *Infracções disciplinares em redes sociais online*, In: *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I, 2015, p. 111 a 133;

²³⁰ Disponível em: <https://www.cnpd.pt/home/orientacoes/Delib_controlo_comunic.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2020;

²³¹ Artigo 22.º do CT “1 - O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio eletrónico. 2 - O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio eletrónico.”;

computador da empresa.”²³² Relativamente à questão da utilização dos meios da empresa para aceder a contas suas pessoais analisaremos mais à frente, até porque não podemos concordar na totalidade com esta Deliberação do CNPD.

Mas vamos analisar algumas destas formas de comunicação.

*i. Mensagens Privadas*²³³

Tal como o próprio nome indica, as mensagens privadas ou particulares que cada cidadão envia através das suas redes sociais são de carácter privado, não sendo suposto serem acedidas por mais ninguém ou apenas por quem o cidadão quiser. Estas mensagens são em tudo semelhantes às mensagens de texto enviadas a partir dos nossos telemóveis ou aos e-mails trocados, sendo enviadas a partir do serviço *Messenger*, que serve exatamente esse propósito, usando com ferramenta de comunicação o perfil na rede social em vez dos números telefónicos de cada um.

Portanto, tendo estas mensagens um cariz pessoal, não só o empregador não tem direito de aceder às mesmas²³⁴, como nunca poderão servir como meio de prova de possíveis infrações disciplinares do trabalhador, como resulta do n.º 8 do artigo 32.º da CRP.²³⁵

ii. Publicações no Perfil Pessoal

Segundo a Deliberação do CNPD, o acesso, por parte do trabalhador, ao seu perfil pessoal nas redes sociais, é proibido no local de trabalho. Refere ainda que “Nas redes sociais os perfis pessoais são espaços utilizados para expressar a individualidade de cada um, caindo no círculo restrito da reserva de intimidade da vida privada, contendo, por regra, informações

²³² CAMPOS, Alice Pereira de, *Infracções disciplinares em redes sociais online*, In: *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, cit., p. 118;

²³³ CAMPOS, Alice Pereira de, *Infracções disciplinares em redes sociais online*, *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, cit., p. 119; Para mais desenvolvimentos sobre as mensagens através de redes sociais consultar: MOREIRA, Teresa Coelho, *Controlo do Messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012*, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 91/92, Centro de Estudos Judiciários, 2012;

²³⁴ Por aplicação analógica do n.º 1 do artigo 22.º do CT “**O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal** e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico.” (negrito nosso)

²³⁵ Artigo 32.º, n.º 8 da CRP “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, **abusiva intromissão na vida privada**, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.” (negrito nosso).

de carácter pessoalíssimo, e mesmo íntimo. O acesso a esta informação está manifestamente fora do espectro da norma ínsita no artigo 22.º, n.º 2, do CT.”

Esta posição do CNPD revela-se no mínimo, estranha e um pouco desfasada da realidade. Até que ponto fará sentido proibir o acesso a algo que é público e que está *online*? Mesmo tendo em conta a variabilidade dos parâmetros de privacidade de cada um dos perfis pessoais dos utilizadores (é possível limitar o acesso à informação disponibilizado no perfil a “amigos”, “amigos de amigos” e sem qualquer tipo de limitação). Apenas num caso, e nesse caso apenas, quando apenas os “amigos” têm acesso às informações disponibilizadas no perfil, se pode equacionar a consideração do perfil como sendo um perfil privado. E mesmo nestes casos se revela discutível tal consideração. Nas restantes hipóteses, o grau de exposição das informações disponibilizadas no perfil pessoal pode ser equiparado ao dos *blogs* ou qualquer outro meio de comunicação, “cujos destinatários são pessoas heterogéneas e indeterminadas”²³⁶.

Segundo o referido torna-se ainda mais relevante tecermos uma pequena consideração sobre o conceito de “amigo” nestas redes sociais. É um conceito ligeiramente assimétrico em relação ao tradicional conceito de amigo²³⁷, em que pertenciam a esse “grupo” pessoas do nosso círculo de confiança, normalmente um círculo restrito com pessoas com quem temos algum tipo de ligação e intimidade. Diferente do conceito de “amigo” utilizado nas redes sociais, onde os novos “amigos” tanto podem ser verdadeiros amigos, como familiares, como até meros conhecidos ou desconhecidos.²³⁸ Tal como refere Alice Campos é “o próprio Facebook, no Glossário de Termos disponível na sua página, define o conceito de “amigo”, como aquela pessoa com quem o utilizador estabelece ligações e com quem partilha conteúdos no Facebook.”²³⁹ Ora daqui concluímos que o conceito de

²³⁶ CAMPOS, Alice Pereira de, Infracções disciplinares em redes sociais online, In: *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, cit., p. 120;

²³⁷ Segundo o dicionário online *Priberam*, amigo é “1. Que ou quem sente amizade por ou está ligado por uma afeição recíproca a; 2. Que ou quem está em boas relações com outrem”. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/amigo>>. Acesso em: 13 de setembro de 2020;

²³⁸ “O que temos é um novo conceito de amigos que engloba: amigos mais próximos, conhecidos e, por vezes, para quem não faz uma verificação das identidades de quem está a adicionar na sua rede ou para quem a popularidade se define pelo número de amigos adicionado na rede, e que aceita praticamente todos os pedidos de amizade que lhe são feitos, desconhecidos.” (VERÍSSIMO, Joana, MACIAS, Maria e RODRIGUES, Sofia, *Implicações Jurídicas das Redes Sociais na Internet: Um novo conceito de privacidade*, 2011-2012, p. 18. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/implicacoes_juridicas_nas_redes_sociais_na_internet.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2020).

²³⁹ CAMPOS, Alice Pereira de, Infracções disciplinares em redes sociais online, In: *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, cit., p. 120;

“amigo” utilizado nas redes sociais já em pouco se identifica com o conceito tradicional, já não pressupõem uma relação afetiva ou pessoal, nem sequer a proximidade entre as pessoas.

*iii. Publicações em grupos*²⁴⁰

No que concerne aos grupos existem diversas especificidades a ter em conta também. A primeira relaciona-se com o tipo de privacidade que rege o grupo, existindo três tipos. Existem grupos públicos, aos quais qualquer pessoa pode aderir ou ser convidada a aderir por qualquer membro já pertencente ao grupo, os grupos fechados, aos quais qualquer pessoa pode aderir ou ser convidada por qualquer membro, estando a sua entrada no grupo dependente da aceitação dos administradores desse grupo²⁴¹, e grupos secretos, aos quais os utilizadores só podem aderir mediante convite e aceitação dos administradores, visto que são grupos invisíveis aos utilizadores no geral.

Percebemos que nos grupos secretos e nos grupos fechados existe um efetivo controlo sobre os participantes do grupo, existindo uma filtragem feita pelos administradores do grupo, sendo que nos grupos secretos a malha é ainda mais apertada, visto os utilizadores apenas conhecem a existência do grupo pelo convite dos participantes administradores. O mesmo é dizer que, neste último tipo, só participa, só tem conhecimento dele e das suas informações quem os administradores quiserem. No entanto, caso exista mais que um administrador no grupo, como o convite e aprovação estão dependentes de apenas um administrador, o ou os outros deixarão de ter controlo sobre os membros que pertencem ao grupo. Nos grupos públicos e nos grupos fechados, qualquer pessoa pode ver o nome do grupo, os seus membros e descrição do grupo, encontrar o grupo através de pesquisas e até acompanhar a atividade que ocorra no interior do grupo (no caso dos grupos públicos).

Fica perceptível que, qualquer atividade levada a cabo pelos utilizadores nos grupos públicos dificilmente pode ser considerada dentro do âmbito da vida privada e

²⁴⁰ Segundo o Tribunal da Relação do Porto, “um grupo representa um local de discussão acerca de determinado assunto entre pessoas com interesses comuns” (Ac. n.º 101/13.5TTMTS.P1 do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de setembro de 2014. <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/917c9c56c1c2c9ae80257d5500543c59?OpenDocument>>. Acesso em: 15 de outubro de 2020);

²⁴¹ “Os administradores dos grupos de Facebook são aqueles que têm a possibilidade de adicionar ou expulsar membros do mesmo, alterar as suas configurações ou até censurar conteúdos.” (CAMPOS, Alice Pereira de, *Infracções disciplinares em redes sociais online*, In: *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, cit., p. 121);

consequentemente abrangida pela reserva de vida privada.²⁴² Mas tendo em consideração que nos grupos secretos nos podemos deparar com uma situação de “pluriadministradores”, como referimos *supra*, devemos ter em conta, também, não só as definições de privacidade como também a dimensão do grupo, n.º e tipo de membros, grau de relacionamento entre membros, para que no fim possamos defender a existência da mínima expectativa de privacidade.

b. Redes Sociais no Contexto Laboral

Após breve contextualização e análise do funcionamento das redes sociais, importa relacionarmos tudo isso com o contexto laboral. Estabelecer uma ligação com os elementos das relações laborais e tentar perceber quais as consequências que podem resultar para cada uma das partes pela sua participação nestas redes sociais.

Portanto é prioritário percebermos o seguinte: até onde vai o direito à liberdade de expressão do trabalhador? Quer no contexto laboral quer no extra-laboral. O exercício desse direito nas redes sociais tem poder para influenciar a sua relação laboral? E caso utilize meios da empresa para o fazer (computadores e internet do empregador)? Faz diferença? E os poderes do empregador? Pode exercer o seu poder de fiscalização e direção nas redes sociais? Fora do contexto laboral? Onde acaba este contexto laboral? São questões determinantes e que fazem toda a diferença na reformulada relação laboral, provocada pelo advento das redes sociais.

Como já referido inúmeras vezes ao longo do presente trabalho, os direitos fundamentais não são absolutos, inclusive o direito à liberdade de expressão²⁴³. Sejam exercidos presencialmente, por intermédio de órgãos estatais, órgãos de comunicação ou agora por redes sociais. O que neste último caso tem sido difícil de perceber por parte da sociedade em geral. O que torna tudo muito mais difícil. A violação de direitos fundamentais através das redes sociais é constante, os abusos de direitos, em particular da liberdade de

²⁴² CAMPOS, Alice Pereira de, Infracções disciplinares em redes sociais online, In: *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, cit., p. 121;

²⁴³ “Disso decorre que apenas o abuso deve ser evitado (...) Assim, os limites à liberdade de expressão, especialmente à liberdade de opinião e crítica, são, pois, aqueles referidos a todos os direitos fundamentais, ou seja, aqueles limites extrínsecos decorrentes da sociedade e dos demais sujeitos que nela coexistam e os intrínsecos que derivam da própria natureza do direito e sua função social.” (MELLO, Cristiane Maria Freitas de, *Direito de Crítica do Empregado nas Redes Sociais e a Repercussão no Contrato de Trabalho*, cit., p. 100);

expressão, são gritantes. As proporções que cada uma das nossas palavras toma nas redes sociais é brutal, e chega à outra ponta do mundo logo após o *click*. E o facto de as pessoas, ao exercerem a sua liberdade de expressão nas redes sociais, não serem diretamente confrontadas com as reações das pessoas, não assistirem pessoalmente, ao vivo e a cores, aos efeitos que as suas palavras podem ter, dá-lhes um certo conforto e facilitam, em certa medida, o descontrolo neste exercício. O facto de não vermos uma pessoa a começar a chorar pelas palavras que lhe dirigimos através de uma mensagem ou de uma publicação, retira toda a carga emocional que um confronto tem quando acontece pessoalmente. O facto de podermos escrever algo, que vai ser lido por milhares de pessoas, e sentirmos que isso não terá qualquer efeito no nosso dia a dia, na nossa vida pessoal, desresponsabiliza-nos, muitas vezes até inconscientemente, das ações que estamos a tomar. O conforto que sentimos sentados numa cadeira, na nossa casa ou local de trabalho, atrás de um teclado e de um ecrã deixa-nos, muitas vezes, embebidos numa inconsciência, e em outras vezes numa coragem de dizermos o que pensamos, mas que não seríamos capazes de dizer pessoalmente (mesmo que por vezes carregue um certo nível de maldade ou desagradabilidade).

Concretamente na relação laboral, que é o que aqui nos interessa, estas questões ganham ainda mais relevância pela possibilidade de advir deste exercício do direito à liberdade de expressão, possíveis sanções para o trabalhador. Sendo as redes sociais um veículo de difusão de informação e de partilha de experiências, a delimitação da relação laboral estritamente à jornada laboral e ao espaço onde se presta o trabalho ficou comprometida. As nossas ações fora desse meio podem ter consequências diretas no empregador, e aquilo que antes comentávamos apenas em casa, ou com um grupo restrito de amigos, agora é possível fazê-lo com todo o mundo em segundos. E a tal desresponsabilização que as redes sociais trouxeram à nossa vida, acaba até por ser convidativa a que o façamos.

E é neste sentido que entramos no confronto entre duas esferas jurídicas, que sempre se confrontaram ao longo dos anos, mas que atingiu agora um novo patamar. O confronto entre o direito à liberdade de expressão do trabalhador e os poderes fiscalizador e diretivo do empregador nas redes sociais²⁴⁴.

²⁴⁴ “O problema prende-se com a ténue fronteira que existe entre o direito à liberdade de expressão do trabalhador (...) e o direito ao bom nome e uma reputação positiva que as empresas pretendem.” (MOREIRA, Teresa Coelho, Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, cit., p. 246;)

Como vimos anteriormente, segundo o artigo 14.º do CT, é reconhecida, no âmbito da relação laboral, a liberdade de expressão do trabalhador e do empregador, podendo ambas as partes exprimirem os seus pensamentos e opiniões, sempre com respeito pelos direitos da contraparte.²⁴⁵ Portanto, esta liberdade é, também, reconhecida quando utilizada através das redes sociais. Até aqui, nada de problemático.

Questão diferente coloca-se com a interpretação da expressão “âmbito laboral”²⁴⁶, que com a evolução da tecnologia e o advento das redes sociais deixa de poder ser examinada segundo uma conceção restrita. Por isso, atualmente a diferenciação entre vida pessoal e vida laboral encontra-se esbatida, porque todas as atuações do cidadão fora do seu contexto laboral podem interferir de maneira decisiva na sua relação laboral. Parece-nos, conseqüentemente, que no respeitante à liberdade de expressão, exercida dentro ou fora da empresa, dentro ou fora do contexto laboral, não existe uma distinção suficientemente relevante para ser tratada de forma diferente. O contexto laboral deixou de ser relevante, considerando que deixa de ser necessária a sua presença no local de trabalho para que as suas atuações prejudiquem seriamente o empregador²⁴⁷, violando, conseqüentemente, muitos dos deveres que lhe competem no âmbito da relação laboral. Ou seja, as restrições ao exercício do direito à liberdade de expressão mantêm-se após a conclusão da jornada laboral. No entanto, tais restrições nunca poderão esvaziar de sentido este direito, mantendo o trabalhador o direito à crítica e liberdade de expressão.

Portanto, até onde vão os poderes do empregador nas redes sociais? Se por um lado já vimos que o trabalhador mantém os seus direitos, por outro também sabemos que mantém alguns dos seus deveres, de forma a não violar os direitos fundamentais do empregador. E como é que empregador pode exercer os poderes que lhe são conferidos por meio do contrato de trabalho nas redes sociais?

²⁴⁵ Por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça português entendeu que no caso em que um trabalhador falou com a empresa no sentido de enumerar algumas irregularidades existentes na sua atividade, e que face ao comportamento letárgico do empregador, mesmo após as suas reclamações, viu-se obrigado a denunciar tal comportamento ao órgão público competente, não existiu fundamento para despedimento com justa causa. O trabalhador tinha exercido um direito seu e não violou qualquer direito do empregador, que se colocou em posição de prejudicar o seu bom nome com tais atitudes. (Acórdão n.º 03S2731 do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b0f06b0bbb87fe1e80256e8d004e3ee9?OpenDocument>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020);

²⁴⁶ Art. 14.º do CT;

²⁴⁷ A modalidade de teletrabalho, prevista no artigo 165.º do CT, que no contexto atual assume ainda mais importância, é um exemplo claro dessa irrelevância do local onde é exercida a atividade laboral, e de que os poderes do empregador se estendem para lá do local físico e dos horários.

Importa referir que o exercício destes poderes por parte do empregador não pode violar a reserva da intimidade da vida privada do trabalhador^{248 249}. No entanto será que existe, sequer, expectativa de privacidade nas redes sociais?²⁵⁰ Como vimos anteriormente, existem diversas formas de nos exprimirmos nas redes sociais. Quando a comunicação é efetivada através de mensagens pessoais, enviadas diretamente para um “amigo”, à semelhança do que fazemos quando enviamos uma mensagem de texto para um dos nossos contactos através do nosso telemóvel, ou e-mail, existe uma expectativa, legítima, do cidadão e trabalhador de que mais ninguém, a não ser o destinatário da mensagem, tenha acesso ao conteúdo da mesma. Além disso, existe um direito de sigilo das comunicações pessoais, consagrado na CRP²⁵¹ e no artigo 22.º do CT, que não pode ser violado. Qualquer acesso a informação constante em comunicações destas, para efeito de prova, é nula, segundo o artigo 32.º, n.º 8 da CRP.²⁵² Por estes motivos, concluímos que toda a comunicação realizada por mensagens privadas constitui um perfeito exercício do direito à liberdade de expressão, com plena expectativa de que toda a informação aí disponibilizada será privada, independentemente da rede social, ou das definições de privacidade das contas criadas nessas redes pelos utilizadores.

O mesmo pode já não acontecer no caso de publicações e comunicações através dos grupos e do perfil pessoal. Existindo três tipos de grupos é nítido que nem todos gozam da mesma expectativa de privacidade do conteúdo aí exposto, e por isso nem todos gozam da proteção do artigo 22.º do CT. E no caso de publicações no perfil privado, como frisa Leal Amado, não existe qualquer fundamento que sustente uma expectativa de privacidade,

²⁴⁸ Encontra-se prevista na CRP (art. 26.º) e no CT (art. 16.º) a proteção desta reserva da intimidade da vida privada do trabalhador.

²⁴⁹ “os trabalhadores quando decidem colocar fotografias, publicar vídeos, comentar ideias, pensamentos, gostos, experiências, opiniões ou críticas, quando decidem colocar um *gosto* ou um *não gosto* num determinado assunto, quando criam grupos de interesses, estão não só a atuar sobre o seu perfil mas, muitas, vezes, dependendo do conteúdo que divulgar em *online*, a afetar a imagem e a reputação da empresa, de outros trabalhadores e, até, de clientes.” (MOREIRA, Teresa Coelho, Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, cit., p. 246)

²⁵⁰ “como bem notam os Tribunais, é essencial aferir da admissibilidade ou não da valoração dos posts publicados pelo trabalhador (...) isto é, aferir se há ou não a expectativa de privacidade que justifique a tutela legal.” (MOREIRA, Teresa Coelho, Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, cit., p. 244);

²⁵¹ Art. 34.º, n.º 1 da CRP “O domicílio e o sigilo da correspondência e dos **outros meios de comunicação privada são invioláveis.**” (negrito nosso)

²⁵² Artigo 32.º, n.º 8 da CRP “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, **abusiva intromissão na vida privada**, no domicílio, **na correspondência ou nas telecomunicações.**” (negrito nosso);

quando, na grande maioria das vezes, os “amigos” que têm acesso a essas publicações são pessoas que nem sequer conhecemos.²⁵³

Grosso modo, não existindo uma expectativa de privacidade, não é sustentável depreender que tais comunicações do trabalhador estejam abrangidas pela reserva de intimidade da vida privada, e conseqüentemente, podem ser sujeitas ao poder fiscalizador e disciplinar do empregador, uma vez que podem ter efeito no bom nome e reputação da empresa, se forem injuriosas e falsas.

Mas e será que caso as publicações ou comunicações do trabalhador sejam sobre a empresa ou qualquer outro elemento adjacente da relação contratual (colegas de trabalho, condições de trabalho, empregador ou qualquer outro assunto interno da empresa), o empregador pode exercer o seu poder disciplinar com base nessas declarações do trabalhador? É diretamente aplicável e assente jurisprudencial e doutrinariamente que qualquer intervenção do trabalhador nas redes sociais que possa afetar a imagem do empregador seja sancionada? Constitui meio de prova a apresentar no processo disciplinar que levará ao despedimento com justa causa, a publicação do trabalhador nas redes sociais em que aborda um qualquer tema sobre a sua relação laboral?

Na nossa opinião, tendo em conta as particularidades e especificidades desta nova temática que veio envolver o mundo do Direito do Trabalho, cada caso é um caso, e não existe uma resposta que sirva para todos os casos, e que possa ser apriorística. Os ordenamentos jurídicos ainda não possuem uma chave mestra capaz de resolver todas as situações de forma justa e igualitária. Apesar do trabalho extraordinário que a doutrina tem vindo a desenvolver, na densificação desta temática, a juvenilidade do assunto acarreta consigo um grande grau de incerteza e pouca consolidação.

Porém, ao procedermos a uma análise casuística devemos ter em atenção alguns pontos, esses sim, já tidos em conta de forma quase unânime na doutrina. Fatores como as definições de privacidade da conta, o número de “amigos” e qual o tipo de relacionamento

²⁵³ “qualquer expectativa de privacidade será, em regra, infundada, até pela noção *facebookiana* de amigos, a qual, como no presente Acórdão largamente se evidencia, em nada corresponde ao conceito tradicional de amigos (incluindo até, no círculo desses “amigos”, pessoas que nem sequer se conhecem...), pelo que, ao publicar um qualquer *post* na sua página pessoal, visível para esses supostos amigos, o trabalhador, razoavelmente, não pode acreditar que o conteúdo do *post* vai permanecer nessa esfera reservada.” (AMADO, João Leal, Enredado: o Facebook e a justa causa de despedimento: Acórdão de 24 de Setembro de 2014: Tribunal da Relação de Lisboa, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, 2015, p. 58);

com os mesmos, tipo de conteúdo da publicação ou comunicação e qual a forma utilizada para o fazer.²⁵⁴

Passaremos agora a uma análise jurisprudencial, de forma a comprovarmos a concretização prática do que acabámos de referir.

c. Análise Jurisprudencial

*i. Acórdão n.º 431/13.6TTFUN.L1-4 do Tribunal da Relação de Lisboa*²⁵⁵

O presente acórdão é referente ao despedimento de um trabalhador, delegado sindical do Sindicato dos Trabalhadores da Hotelaria, Turismo, Alimentação, Serviços e Similares da RAM que trabalhava num grupo hoteleiro situado na ilha do Funchal. Este trabalhador fez uma publicação na sua página pessoal da rede social *Facebook*, onde insultava o presidente do conselho de administração do seu empregador, adjetivando-o como “grande mentiroso, pinóquio e aldrabão, trepaceiro”, justificando tal atitude com o atraso no pagamento de certas retribuições. O conselho de administração tomou conhecimento desta situação através de outro trabalhador e de imediato efetuou todas as diligências para proceder ao despedimento com justa causa do trabalhador.

O trabalhador alegou, sempre, que esta publicação tinha sido feita na sua página pessoal e por isso estava inserida na sua esfera da vida privada, protegida constitucionalmente e devendo ser considerada nula como meio de prova do despedimento, e consequentemente o despedimento deveria ser considerado ilícito e o trabalhador deveria ser reintegrado.

O Tribunal de 1ª instância assim não entendeu. Admitiu que inicialmente estaria inclinado a colocar no âmbito da esfera privada tal publicação, tendo em conta que foi feita na página privada do trabalhador e que apenas chegou ao conhecimento do empregador

²⁵⁴ Nas palavras de Teresa Coelho Moreira “Contudo, qualquer resposta que se pretenda dar não pode ser apriorística, pois tudo depende, quanto a nós, de vários fatores: a parametrização da conta efetuada pelo trabalhador, independentemente do primeiro, qual o tipo de serviço ou funcionalidade da rede social *online* que o trabalhador utiliza, assim como o número de amigos e a qualidade destes, tal como aponta também o Tribunal da Relação do Porto.” (MOREIRA, Teresa Coelho, *Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014*, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, cit., p. 247);

²⁵⁵ Ac. n.º 431/13.6TTFUN.L1-4 do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de setembro de 2014. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ecca98e591fa824780257d66004b4283?OpenDocument>. Acesso em: 12 de outubro de 2020;

através de um amigo e colega de trabalho. No entanto, o trabalhador terminou a publicação com as palavras “PARTILHEM AMIGOS”, ou seja, incentivou toda a sua rede de “amigos” a partilhar a publicação, indiscriminadamente, retirando claramente do escopo privado a publicação e derrubando qualquer expectativa de privacidade que pudesse existir inicialmente e afastando a tutela do artigo 22.º do CT.²⁵⁶ A expectativa de privacidade deu lugar à expectativa de que tal informação chegasse ao empregador. Como consta do Acórdão: “o trabalhador, por sua livre iniciativa, ao proceder aquela publicação, não só quis deixar ao livre arbítrio dos seus “amigos” de Facebook procederem conforme lhes aprovesse na divulgação do conteúdo que publicou, como inclusive tinha em vista que através deles houvesse uma divulgação mais ampla, nomeadamente, aos “amigos” dos seus “amigos”. Por conseguinte, não podia ter qualquer expectativa de privacidade, já que deliberadamente nem a procurou preservar, antes apelando a que os seus amigos partilhassem o conteúdo (post) que publicou. (...) não podia ignorar a possibilidade séria e previsível de que o conteúdo publicado (post), chegasse ao conhecimento de um leque alargado de trabalhadores, ou mesmo de superiores hierárquicos, ou até à sua entidade empregadora.”

Ao fazer esta publicação, o trabalhador dificilmente consegue defender que a possibilidade de este conteúdo chegar ao conhecimento do empregador era pouco provável, e se atendermos ao conteúdo difamatório e injurioso da mesma, percebemos que a probabilidade de dar aso à abertura de um procedimento disciplinar e consequente despedimento com justa causa é também elevada.

Finalmente, concluiu o Tribunal, que a publicação do trabalhador extravasou o seu direito à liberdade de expressão, violando a esfera jurídica do empregador, e que tal publicação não se pode colocar dentro do âmbito da reserva de intimidade da vida privada, e assim serviria como meio de prova para fundamentar o despedimento com justa causa.

Tendemos, por tudo o exposto, a concordar com a argumentação utilizada pelo Tribunal. As palavras injuriosas do trabalhador, sobre o presidente do conselho de administração, numa rede social em que, apesar de terem sido proferidas por meio de uma publicação na página privada do trabalhador, este apelou à sua difusão de forma a chegar ao

²⁵⁶ Segundo Leal Amado “se alguma dúvida houvesse, bastaria atentar na parte final do mesmo, de onde resulta claro que o A. deixou um verdadeiro apelo à divulgação (partilha) do comunicado para além dos seus amigos, ao rematar o texto escrevendo “PARTILHEM AMIGOS”” (AMADO, João Leal, Enredado: o Facebook e a justa causa de despedimento: Acórdão de 24 de Setembro de 2014: Tribunal da Relação de Lisboa, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, cit., p. 55);

maior número de pessoas possíveis, deitando assim por terra a expectativa de privacidade, remetem para uma violação do dever de respeito e urbanidade do trabalhador para com todos os que o rodeiam no contexto laboral.²⁵⁷ Fica claro que o trabalhador cometeu numa infração disciplinar.

Agora saber se o despedimento foi a medida proporcionalmente adequada à infração cometida pelo trabalhador é já outra questão. Leal Amado tem dúvidas em concordar com a decisão última do tribunal, por considerar existir todo um circunstancialismo muito específico, e que as palavras do trabalhador “não foram uma *acção*, foram uma *reacção*” ao incumprimento das promessas do empregador.²⁵⁸

Quanto a nós, tendemos a concordar com a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa. Compreendemos a argumentação utilizada por Leal Amado, ao referir que não foi tida a devida consideração pela situação difícil em que os trabalhadores foram colocados pelos atrasos nos pagamentos das retribuições, e que o trabalhador A., sendo dirigente sindical tem uma missão de confronto com o empregador, que envolve mais reclamações e reivindicações. No entanto, parece-nos claramente exagerada a forma como tais reclamações foram feitas, e que não é duvidosa a violação do dever de respeito e urbanidade através de tais declarações.²⁵⁹ Como diz o provérbio popular “Não é com um buraco que se tapa outro”²⁶⁰. Não é o comportamento errado do empregador que pode servir como justificação das ações do trabalhador²⁶¹. Não nos parece que tenha existido, aqui, proporcionalidade entre a falha do empregador (falamos de subsídios de natal e não de remunerações mensais, que teriam muito mais peso na vida dos trabalhadores) e as palavras proferidas pelo

²⁵⁷ Artigo 128.º, n.º 1, al. a) do CT “Respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa, com urbanidade e probidade;”

²⁵⁸ AMADO, João Leal, Enredado: o Facebook e a justa causa de despedimento: Acórdão de 24 de Setembro de 2014: Tribunal da Relação de Lisboa, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, cit., p. 60;

²⁵⁹ “há limites ao tipo de linguagem utilizada, não podendo ser violados os direitos de outrem, nomeadamente o dever de respeito, com as concretizações dos direitos À honra e ao bom nome dos visados.” (MOREIRA, Teresa Coelho, Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, cit., p. 254);

²⁶⁰ “O exercício da liberdade de expressão (...) não pode justificar o emprego de ‘expressões ou adjetivos insultantes, injuriosos ou vexatórios’ que excedam o direito de crítica e são claramente atentatórios à honra daqueles cujo comportamento ou manifestações se criticam” (MELLO, Cristiane Maria Freitas de, *Direito de Crítica do Emprego nas Redes Sociais e a Repercussão no Contrato de Trabalho*, cit., p. 100);

²⁶¹ “O trabalhador tem direito a reclamar da sua situação laboral, bem como a promover, junto da entidade patronal, a correcção de ilegalidades e/ou a denunciá-las às autoridades competentes. Mas, para isso, importa que não adopte comportamentos também eles ilegítimos e desadequados” (Ac. 3256/05.9TTL SB.L1.S1 do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4947026d4ecf169780257761004a2cb4?OpenDocument>>. Acesso em: 12 de outubro de 2020);

trabalhador²⁶². Já para não falar da intenção clara de lesar a reputação do empregador através desta situação, ao pedir especificamente para que tais palavras fossem partilhadas. Aceitamos que o despedimento possa ter sido uma sanção excessiva pelo circunstancialismo em causa, no entanto achamos que a manutenção do vínculo laboral ficou manifestamente impossibilitada pela violação dos deveres *supra* referidos, e por isso tendemos a aceitar a posição do Tribunal.

ii. Acórdão n.º 101/13.5TTMTS.P1 do Tribunal da Relação do Porto²⁶³

No presente caso, um trabalhador, também delegado sindical, de uma empresa dedicada à prestação de serviços de segurança privada, exercia as funções referentes à categoria profissional de vigilante.

Existia na rede social *Facebook* um grupo fechado constituído por 140 trabalhadores da empresa em questão, do qual o trabalhador fazia parte e onde efetuou diversas publicações, sempre com conteúdo respeitante à organização e vida interna da empresa, e algumas destas realizadas durante o seu horário de trabalho. No entanto, o trabalhador não se ficou por aí e publicou ainda imagens no mesmo grupo, uma delas de três palhaços, em representação dos seus superiores hierárquicos.

O empregador achou, pelas razões referidas, ter fundamentação suficiente para instaurar um procedimento disciplinar ao trabalhador tendo em vista o seu despedimento, que se veio a concretizar a 25 de janeiro de 2013.

O trabalhador, não concordando com o despedimento, impugnou o mesmo, argumentando que o grupo em questão era um grupo fechado no *Facebook*, ao qual o acesso era condicionado pela aprovação do administrador em questão (o trabalhador no caso), não podendo por isso ser utilizados como prova, pertencendo ao âmbito da reserva de intimidade da vida privada, e que o empregador só poderia ter conhecimento das publicações de forma abusiva, visto que também não era um grupo de cariz profissional.

²⁶² “Na verdade, o desenho e alguns textos constituíam, pelo seu tom e gravidade, ataques pessoais desnecessários, parece-nos, para a defesa dos interesses dos trabalhadores, tendo sido ultrapassados os limites aceitáveis do direito de crítica.” (MOREIRA, Teresa Coelho, Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, cit., p. 253);

²⁶³ Ac. n.º 101/13.5TTMTS.P1 do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/917c9c56c1c2c9ae80257d5500543c59?OpenDocument>>. Acesso em: 15 de outubro de 2020;

O Tribunal da Relação do Porto não concordou com a fundamentação do trabalhador e considerou que o grupo em questão do *Facebook* não tinha um carácter privado, independentemente das restrições de acesso, o grupo em questão tinha 140 membros, sendo difícil de justificar a expectativa de privacidade perante isto. E considerou também que o grupo em questão tinha carácter profissional. Todos os membros tinham ou tiveram uma ligação laboral à empresa, a maioria das publicações diziam respeito à empresa e à sua vida interna. Até um pré-aviso de greve foi publicado pelo trabalhador nesse grupo. Por todos estes motivos, o TRP considerou que era expectável que o empregador tivesse acesso ao conteúdo do grupo, e que neste caso existiu fundamento para o despedimento, pelo conteúdo injurioso, referindo “que o trabalhador praticou, com culpa, infração disciplinar por violação do dever de urbanidade, probidade e respeito. (...) que se formou caso julgado sobre a questão do carácter ofensivo e difamatório dos posts publicados pelo recorrente e sobre a sua qualificação como infração disciplinar no contexto do contrato de trabalho em vigor entre as partes”.

Tendemos, uma vez mais, a concordar com a decisão proferida pelo TRP. Começando pelo carácter do grupo não nos parece defensável que um grupo composto por 140 membros de uma empresa seja considerado um grupo privado (esta era, aliás, a questão fundamental a aferir²⁶⁴). Em que sentido poderia ser privado? Em relação a quem? Para o empregador certamente não era, como aliás se comprovou. Grande parte dos seus trabalhadores faziam parte do infame grupo do *Facebook*. Acreditar que em 140 pessoas nenhuma delas transmitirá as informações disponibilizadas nesse grupo a um dos superiores hierárquicos é, no mínimo, fantasioso. Portanto não estamos em crer que, recorrendo ao critério do homem médio e razoável, fosse expectável que as informações e publicações feitas nesse grupo ficassem exclusivamente dentro do grupo.²⁶⁵ E não sendo expectável a existência de privacidade, o trabalhador não tem direito a beneficiar da tutela de confidencialidade proporcionada pelo artigo 22.º do CT, e por isso é legítimo que o empregador tenha acesso a tais publicações e possa fazer uso delas para efeitos

²⁶⁴ É proferido no Ac. que “cremos ser de fundamental relevância (...) se havia um laço estreito entre os membros do grupo que não era expectável que fosse quebrado, contando aqueles membros com a discrição dos seus interlocutores para a confidencialidade dos posts publicados e estando convictos de que mais ninguém teria acesso e conhecimento, em tempo real ou diferido, ao seu teor”.

²⁶⁵ Como é referido no Ac. em questão “não pode também perder-se de vista que o conteúdo dos posts publicados nas redes sociais, além de poder ser copiado para papel e exportado para outros sítios na internet ou para correios eletrónicos privados, se mantém online por um período indeterminado de tempo”.

disciplinares.²⁶⁶ Também no respeitante ao carácter profissional do grupo, não existe contra-argumentação possível. Um grupo composto exclusivamente por membros com ligações ao empregador, onde eram colocados *posts* que retratavam realidades da empresa e onde inclusive foi comunicada uma greve (a greve está relacionada única e exclusivamente com uma coisa, o mundo laboral), não tem mais nenhum escopo que não seja o profissional.²⁶⁷

Relativamente ao conteúdo das publicações do trabalhador que motivaram o seu despedimento, tal como referido no Ac. “o Autor extravasou aquilo que se pode admitir como reação a situações que lhe pareceram injustas ou ilícitas, não se limitando a exercer o seu direito à contestação, consagrado no art. 45.º, n.º 2, da Constituição nem o direito de crítica, previsto no art. 37.º”, e em sede de recurso não disse para refutar o conteúdo das publicações, que se deu assim por provado. E nesse sentido, concordamos que o trabalhador foi longe demais, e o seu exercício, desmedido, do direito à liberdade expressão violou e esvaziou de sentido o dever de urbanidade e respeito, existindo motivo para o despedimento com justa causa.

iii. Acórdão n.º 8/13.6TTFAR.E1 do Tribunal da Relação de Évora²⁶⁸

O trabalhador, através da rede social *Facebook*, e usando um nome de utilizador e fotografia que não revelavam a sua identidade, enviou diversas mensagens privadas com teor injurioso e uma linguagem agressiva a um dos membros da mesa administrativa, referindo-se nas mensagens a um dos outros membros da mesa administrativa, colocando em causa o bom nome e a honra de um dos representantes legais do empregador. O indivíduo alvo das injúrias, tomou conhecimento da mensagem através do seu colega e apresentou uma

²⁶⁶ O proferido no mesmo Ac. que “Não havendo essa expectativa de privacidade, e estando o trabalhador ciente de que publicações com eventuais implicações de natureza profissional, designadamente porque difamatórias para o empregador, colegas de trabalho ou superiores hierárquicos, podem extravasar as fronteiras de um “grupo” criado na rede social facebook, não lhe assiste o direito de invocar o carácter privado do grupo e a natureza “pessoal” das publicações, não beneficiando da tutela da confidencialidade prevista no artigo 22.º do Código do Trabalho.”

²⁶⁷ Também Teresa Coelho Moreira concorda com a posição do TRP: “Assim, quanto a nós, bem esteve o Tribunal da Relação do Porto quando decidiu que o grupo criado pelo trabalhador não tinha carácter privado e não profissional.” (MOREIRA, Teresa Coelho, Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, cit., p. 252);

²⁶⁸ Acórdão n.º 8/13.6TTFAR.E1 do Tribunal da Relação de Évora, de 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/70b93024fca4bc1480257de10056fe9c?OpenDocument>>. Acesso em: 22 de outubro de 2020;

queixa criminal contra incertos. O referido trabalhador fez ainda publicações injuriosas na página pessoal da mesma rede de outro dos membros da mesa administrativa.

O trabalhador, mais tarde, admitiu ser o autor de tais publicações e mensagens, no entanto argumentou que tudo o que tinha dito correspondia à verdade e que não o fez com o intuito de ofender, mas apenas de expor aquilo que considerava ser verdade e assim defender os superiores interesses da empresa. Consequentemente o empregador instaurou um processo disciplinar ao trabalhador, que desembocou no despedimento com justa causa.

O trabalhador, não concordando com esta decisão, contestou-a, alegando que não estavam verificados todos os pressupostos cumulativos do despedimento e que por isso deveria ser reintegrado, não estando impossibilitada a subsistência da relação laboral, visto exercer as funções de motorista na empresa.

O TRE considerou que “os comportamentos assumidos de forma culposa – já que podia e tinha capacidade para agir de modo diverso – pelo aqui autor, constituem grave violação dos seus deveres laborais de respeito, urbanidade e mesmo de lealdade devidos ao legal representante da sua entidade empregadora (...) o mesmo o fez de uma forma velada, usando o subterfúgio de um nome de utilizador de facebook nada revelador da sua identidade, de forma a não ser reconhecido como trabalhador ou, sequer, como associado que também era da ré, o que torna, de todo, intolerável a violação dos mencionados deveres laborais, tendo em conta os princípios de boa-fé que devem presidir não só a formação mas também a execução dos contratos.”, e por isso julgou improcedente a apelação do trabalhador.

Neste caso, diferentemente dos casos anteriores, o trabalhador nem colocou em questão a pertença, ou não, das mensagens por si enviadas à sua esfera privada e, portanto, o uso dessas mensagens e publicações, como meio de prova é perfeitamente legítimo. E assim torna-se hercúlea a tarefa de o defender e de justificar a sua reintegração.

Mais uma vez, estamos perante uma violação dos deveres de respeito e urbanidade por parte do trabalhador. Deveres que constituem pilares fundamentais da relação laboral, e até da vida geral de uma sociedade. O trabalhador para além de proferir palavras menos bondosas para com representantes da empresa, ainda o fez recorrendo a um subterfúgio de um perfil pessoal falso, mostrando que não estava a agir de boa fé²⁶⁹, e que as suas ações

²⁶⁹ “a boa-fé deve nortear a conduta das partes” (MELLO, Cristiane Maria Freitas de, *Direito de Crítica do Empregado nas Redes Sociais e a Repercussão no Contrato de Trabalho*, cit., p.112);

podiam não ser as mais corretas. O trabalhador, para além de ter levado longe de mais o seu direito à liberdade de expressão, fê-lo de uma forma pouco ortodoxa e até reprovável. Recorrer a artificios, esconder-se atrás de um teclado e de um ecrã, para poder dizer aquilo que queria dizer pessoalmente, não é uma atitude louvável. Ainda mais com o tipo de expressões utilizadas que representam insultos e dúvidas sobre a honra dos visados.

No entanto, tendo em conta a função do trabalhador, parece-nos que podia ser equacionada a sua reintegração. Única e exclusivamente por esse motivo. Mas aceitamos a decisão do TRE, por entendermos que o trabalhador ultrapassou os limites do aceitável com a sua atitude.²⁷⁰

iv. Acórdão n.º 747/18.5T8PTM.E do Tribunal da Relação de Évora²⁷¹

No Ac. em questão, diferentemente dos seus antecessores neste capítulo, a rede social em causa não é o *Facebook*, mas sim o *Whatsapp*. O trabalhador, com as funções de comandante piloto de aeronaves, fazia parte de um grupo²⁷² fechado e secreto no *Whatsapp*²⁷³, ao qual pertenciam, também, outros comandantes e trabalhadores da mesma empresa que operavam de e para o Aeroporto de Faro. No entanto, o trabalhador não era o

²⁷⁰ Alice Campos refere numa das suas obras, em referência ao citado Acórdão: “O Acórdão do TRE (...) decide que constitui grave violação dos deveres laborais de respeito, urbanidade e mesmo de lealdade devidos e justa causa de despedimento (...) especialmente grave o facto de o trabalhador não ter provado que essas imputações eram verdadeiras e, principalmente, a circunstância de o trabalhador o haver assumido de uma forma velada, usando o subterfúgio de um nome de utilizador e fotografia nada reveladores da sua identidade, com o propósito de não ser reconhecido como trabalhador. (...) o facto de ter utilizado um perfil falso para o fazer demonstra que o mesmo tinha como único objetivo difamar o empregador, (...) não nos parece, de facto, que as mesmas possam ser merecedoras de qualquer tutela ou que possa estar posto em causa o direito à privacidade do trabalhador.” (CAMPOS, Alice Pereira de, *Infracções disciplinares em redes sociais online*, In: *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, cit., p. 122 e 123);

²⁷¹ Acórdão n.º 747/18.5T8PTM.E do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de março de 2019. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/55801c7296f02f54802583d90052c54c?OpenDocument>>. Acesso em: 22 de outubro de 2020.

²⁷² Os grupos da rede social *Whatsapp* não funcionam exatamente da mesma forma que os grupos da rede social *Facebook*. No *Whatsapp* os grupos são constituídos através de uma ligação direta ao contacto telefónico de cada um dos utilizadores, não existindo nem perfil nem uma rede de “amigos”. Cada administrador do grupo pode adicionar os seus contactos, que sejam utilizadores desta rede, ao grupo. Não é possível um utilizador, por sua livre e espontânea vontade, entrar num grupo. Porque não tem conhecimento da existência de outros grupos. O *Whatsapp* é uma aplicação/rede social que funciona de forma muito semelhante às mensagens trocadas através do telefone sem recurso a qualquer aplicação, e se recorrermos aos termos e condições da aplicação podemos reparar que é referido que todas as comunicações realizadas pela aplicação são privadas, encriptadas, e que nem mesmo a sociedade gestora da aplicação as pode ler. Termos e Condições do *Whatsapp* disponíveis em: <<https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy>>. Acesso em: 24 de outubro de 2020;

²⁷³ O próprio Tribunal tenta dar uma definição de *Whatsapp* ao referir que: “O WhatsApp é uma aplicação (app) que pode ser instalada num dispositivo eletrónico móvel e que permite, gratuitamente, o envio de mensagens instantâneas escritas, imagens, vídeos e documentos e chamadas de voz. Tal aplicação viabiliza a troca de mensagens/informação/chamadas entre duas ou mais pessoas, sendo utilizada, muitas vezes, para a partilha de conversas (“chat”) em grupo.”

administrador do grupo, não tendo, por isso, controlo sobre quem eram os contactos que entravam no grupo, mas sabia que os membros do grupo eram todos pilotos da base aérea de Faro. Também as mensagens do grupo não eram todas de natureza laboral, ou seja, relacionadas com a empresa. Fazendo parte deste grupo é normal que o trabalhador tenha enviado diversas mensagens ao longo dos tempos para o grupo. O empregador, tomando conhecimento do teor de algumas mensagens publicadas nesse grupo, instaurou um processo disciplinar ao trabalhador, concretizado no seu despedimento

De forma diferente dos Acórdãos analisados anteriormente, a questão da licitude ou ilicitude deste despedimento, prende-se única e exclusivamente com a utilização ou não das mensagens publicadas no referido grupo como meio de prova, por existir a possibilidade de pertencerem à esfera privada do trabalhador devida à expectativa de privacidade decorrente do circunstancialismo do caso concreto.

O TRE confirmou a decisão recorrida, concordando com a ilicitude do despedimento, fundamentando esta decisão na especificidades da rede social em questão, por ser “uma aplicação cujas mensagens apenas se destinam a ser visualizadas pelos seus destinatários” e por isso, todas as mensagens do grupo pertencem à esfera privada de cada um dos seus membros e consequentemente abrangidas pelo direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador. Nesse sentido, as mensagens em questão seriam consideradas nulas como meio de prova para fundamentar o despedimento²⁷⁴, que assim fica oco de conteúdo e dessa forma é declarado ilícito. Refere ainda o TRE que, tal como todos os outros direitos, o direito à prova não é absoluto e “não pode sobrepor-se ao direito à privacidade e reserva da intimidade dos cidadãos.”, e assim sendo o TRE não pode tê-las em consideração nem considerar a sua conotação ou teor, para efeitos decisórios.

Nesta situação a nossa opinião já não é tão linear e certa como nos casos anteriores. É verdade que o *Whatsapp* não é uma rede social com as mesmas características das outras²⁷⁵, no entanto temos de ter em consideração alguns dos mesmos elementos que teríamos caso fosse qualquer outra rede social. No caso em concreto, o número de elementos do grupo, a sua qualidade (neste caso todos são trabalhadores da mesma empresa) e o

²⁷⁴ Diz o TRE que “Tendo as mensagens natureza pessoal, não só o empregador não pode aceder às mesmas como não podem servir, sem mais, como meio de prova da prática de infrações disciplinares”.

²⁷⁵ Por exemplo, o *Facebook* e o *Instagram* possuem uma funcionalidade específica que corresponde a todo o intuito do *Whatsapp*. O *Facebook* com o *Messenger* e o *Instagram* com o *Instadirect* proporcionam a possibilidade de os utilizadores comunicarem com outros utilizadores através de um canal privado, tal como o *Whatsapp*.

conteúdo das mensagens são fatores que consideramos decisivos para se fazer uma análise justa e legal. É verdade que o intuito desta rede social é estabelecer comunicações privadas entre contactos. No entanto, já há muito que a dimensão desta mesma rede ultrapassou este intuito inicial dos seus criadores. Atualmente, muitos de nós pertencemos a diversos grupos nesta rede, em muitos deles sem conhecermos todos os membros que pertencem a esses grupos. Seja um grupo para combinar um jantar, seja um grupo para organizar a compra e oferta de uma prenda de anos, seja para organizar um grupo de pessoas para irem praticar desporto, todos nós, que usamos esta rede social, pertencemos a grupos deste género, e dificilmente conhecemos todos os seus membros. Por este motivo, na nossa opinião parece-nos existir alguma semelhança entre este grupo de *Whatsapp* e o grupo do *Facebook* que motivou a controvérsia julgada pelo Tribunal da Relação do Porto a 8 de setembro de 2014. Dois grupos, constituídos por trabalhadores da mesma empresa, onde se falava de assuntos relacionados com a vida interna da empresa. A possível distinção que se pode colocar é puramente relacionada com fim de cada uma das redes sociais. Tirando esse critério, em tudo o resto os casos se assemelham. O TRE optou por se agarrar às características da rede social. Parece-nos uma opção um pouco alheada da realidade atual, e que não teve em atenção todo o circunstancialismo. Tal como refere Teresa Coelho Moreira a análise deve ser sempre casuística e não apriorística.²⁷⁶

Por estes motivos, se já tínhamos concordado com o firmado pelo TRP, não consideramos coerente concordar agora com o TRE. Parecem-nos situações em tudo semelhantes, e em que é de difícil explicação a existência de uma expectativa de privacidade. Qual pode ser a expectativa de privacidade de um trabalhador que profere palavras menos simpáticas sobre os seus superiores hierárquicos ou sobre o empregador, num grupo constituído exclusivamente por colegas de trabalho e outros membros da empresa. A não ser que possuísse uma relação íntima com todos os membros, que nos parece pouco provável tendo em conta o contexto e que pelo menos um dos membros do grupo fez chegar essa informação ao empregador, é difícil afirmarmos que existia uma expectativa credível de privacidade. Caso fosse um grupo constituído por 5, 6, 7 ou até mesmo 10 trabalhadores, tal podia ser considerado. Mas o trabalhador nem administrador do grupo era, não podendo por isso controlar que membros que eram ou não incluídos no grupo, o que torna ainda mais

²⁷⁶ MOREIRA, Teresa Coelho, Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, cit., p. 247;

difícil a argumentação de que o grupo era constituído por um leque de pessoas em quem confiava e esperava que mantivessem o conteúdo das mensagens confidencial.

Após tudo o referido, concluímos que os termos e condições do *Whatsapp* se encontram neste momento já desfasados da realidade, que a própria rede social teve um crescimento de utilização exponencial e por isso a sua utilização já não é exatamente a que era nos seus primórdios, e que por isso não conseguimos concordar em absoluto com a decisão proferida pelo TRE. Achamos que o despedimento poderia não ser sanção adequada, pesando por excesso. No entanto é nos difícil entender na íntegra a fundamentação do TRE.

Com esta aproximação prática do tema que nos trouxe até aqui, com recurso a referências jurisprudenciais e doutrinárias diversas, analisando os vários prismas desta temática estamos, agora, em condições de avançar para as conclusões do presente trabalho.

CONCLUSÃO

Ao longo da presente dissertação percorremos um longo caminho. Iniciámos a viagem na base de todo o nosso ordenamento jurídico, nos direitos fundamentais, com especial foco no direito à liberdade de expressão. Passámos, em seguida, ao mundo laboral e ao instituto de maior importância neste, o contrato de trabalho. Estudámo-lo de vários prismas, analisámos as partes do mesmo e os seus poderes. E terminámos esta profícua viagem no novo mundo das redes sociais e na forma como estas influenciam a sociedade, mais concretamente o mundo laboral.

Os objetivos desta dissertação foram claros desde o princípio. Dissecar um tema que assombra o mundo laboral atualmente, sem esquecer onde tudo começou e o percurso que foi feito até aos dias de hoje. Perceber em que medida este mundo, ainda parcialmente desconhecido, pode influenciar a sociedade e quais as consequências que resultam dessa influência, e em que medida existem soluções para problemas cada vez mais emergentes e graves.

Ficou claro, por todo o trabalho exposto, que estamos perante uma temática de onde germinam problemas, muitas vezes novos para a doutrina e jurisprudência, o que implica uma constante análise casuística que permita alcançar uma resposta justa, adequada e proporcional.

A análise dos direitos fundamentais tornou ainda mais cristalina uma ideia que já era clara à partida. São estes direitos que sustentam um Estado de direito democrático e é o seu efetivo exercício e proteção que nos permite viver em sociedade, uma sociedade onde todos os cidadãos podem coexistir. Como referia Hesse, os direitos fundamentais têm a finalidade de "criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade", na grande maioria das vezes positivados por um Estado.

Percebemos, rapidamente, que encontrar uma definição que fizesse jus ao conceito de direitos fundamentais não seria fácil. Analisámos diferentes critérios, como critério formal que concebia os direitos fundamentais aqueles direitos e garantias que se encontravam positivados na Constituição do Estado, e o critério material que considerava que estes direitos variavam de Estado para Estado, conforme as ideologias, formas de governo e até a cultura, partindo de uma ideia de mutabilidade dos direitos fundamentais conforme a sociedade onde se inseriam. Acabámos por inferir que os dois critérios deviam

ser conjugados. Os direitos fundamentais encontram-se positivados pelo Estado, no caso de Portugal na CRP e em legislação infraconstitucional, e estão intrinsecamente ligados ao momento histórico de cada um deles, não sendo imutáveis ou homogêneos. São direitos que se transfiguram e transformam, características que permitem a evolução das sociedades, caso contrário ainda hoje estaríamos amarrados à escravatura.

Entendemos, também, que esta dificuldade em definir estes direitos era a razão de muitas vezes serem confundidos com figuras afins como direitos de personalidade ou direitos do homem. Apesar de muitas semelhanças são institutos diferentes e é importante que tal fique bem patente.

Relativamente às funções dos direitos fundamentais importa reter que a defesa da pessoa humana e da sua dignidade é a função primordial destes direitos, quer defendendo-os perante o Estado e terceiros, quer exigindo do Estado algo (função social) que permita manter ao ser humano a sua dignidade. Os direitos fundamentais são o veículo para a proteção da nossa liberdade perante o Estado, mas também através dele. O Estado passa a ter uma função de agente invisível na sociedade, fazendo todos os possíveis para fornecer um nível de vida mínimo a toda a sociedade. Além destas funções têm ainda uma última relacionada com a não discriminação, com concretização através do princípio da igualdade. Assegurar um tratamento igualitário a toda a sociedade de forma a permitir uma existência com dignidade é outra das funções dos direitos fundamentais.

Pelo estudo das funções dos direitos fundamentais, percebemos que estes podem ser eficazes vertical ou horizontalmente. Falamos em eficácia vertical por serem eficazes perante o Estado, impondo-lhe limites aos poderes e garantindo, assim, a liberdade dos cidadãos perante este, e em eficácia horizontal por serem eficazes perante entidades privadas, uma eficácia perante um outro cidadão. Relativamente à forma como esta eficácia se concretiza, e apesar da muita contestação doutrinária justificada pela colisão com a autonomia privada, é para nós inequívoco que a aplicação dos direitos fundamentais deve ser feita de forma direta e imediata, sem necessidade de intervenção do legislador. Aliás, no ordenamento jurídico português tal discussão não faz sequer sentido, pois ao olharmos a CRP podemos ler o seu artigo 18.º, n.º 1, onde fica indubitavelmente positivado que os direitos fundamentais se aplicam direta e imediatamente. E se prestarmos atenção à sociedade atual percebemos a importância desta forma de aplicação. Basta lembrarmo-nos que na relação laboral a desigualdade entre as partes é de tal forma acentuada, que caso estes

direitos tivessem dependentes da intervenção, maioritariamente demorada, do legislador, o trabalhador se encontraria numa posição semelhante ao dos escravos há uns séculos atrás.

No entanto, esta dissertação permitiu-nos concluir que os direitos fundamentais, apesar da sua importância, não são absolutos e irrestingíveis. Em caso de colisão entre dois destes direitos, para que seja possível a existência em sociedade e para que ninguém se veja coibido de exercer os direitos de que é titular, têm de existir limitações aos mesmos. Podem ser limitações diretamente constitucionais, resultando diretamente da Constituição, indiretamente constitucionais, resultando da intervenção do legislador com autorização da Constituição, ou não expressamente autorizadas pela Constituição. No entanto, até que ponto podem estes direitos ser limitados? Tem de existir um critério que não permita o seu esvaziamento de sentido e conseqüente inibição do seu exercício. E esse critério é o da garantia núcleo essencial do direito em causa. Usando como ferramenta o princípio da proporcionalidade, de forma a que a limitação a esse direito seja adequada, necessária e proporcional ao fim que se pretende, sem nunca violar as fronteiras do núcleo essencial desse direito, que será em último caso a dignidade da pessoa humana.

Pela sua própria natureza, o contrato de trabalho pressupõe interesses, apesar de coincidentes, antagónicos. Composto por três elementos centrais, a prestação de trabalho por parte do trabalhador, a retribuição paga pelo empregador como contrapartida pelo trabalho recebido e a subordinação jurídica do trabalhador aos poderes do empregador. É esta componente do contrato de trabalho que se não for controlada e regradada coloca o trabalhador numa situação claramente deficitária, acentuando as desigualdades já pré-existentes na relação entre as duas partes celebrantes do contrato de trabalho. De um lado, o trabalhador possuidor de direitos fundamentais específicos e inespecíficos garantidos em normas constitucionais e infraconstitucionais. Do outro, o empregador com a sua garantia de livre iniciativa económica, que lhe dá o poder de dirigir e regular a sua empresa com considerável liberdade, sendo detentor de alguns poderes como o diretivo, fiscalizador e disciplinar. São estes poderes que necessitam de regulação e limitação, caso contrário caminharíamos novamente num sentido do qual viemos ainda não há muito tempo. Com o nosso trabalho, apesar de considerarmos um direito constitucional o direito à livre iniciativa económica, e das empresas serem propriedades privadas, onde o empregador possui os meios de produção e assume todos os riscos do negócio, concluímos que, tal como todos os direitos fundamentais, não é um direito absoluto, podendo, e muitas vezes devendo, ser limitado,

uma vez que existem no ambiente laboral outros direitos fundamentais que merecem respeito e consideração.

O trabalhador, enquanto cidadão, é detentor de direitos fundamentais inespecíficos, direitos de que o cidadão, independentemente de ser ou não trabalhador, é titular. E também de direitos fundamentais específicos, que têm a sua origem ou justificação na relação laboral. Direitos apenas reconhecidos ao cidadão quando este adquire a qualidade de trabalhador, não sendo, por isso, exercidos fora da relação laboral. São direitos dependentes do contrato de trabalho para se efetivarem e existirem.

Neste sentido, de forma a preservar o respeito por todos direitos fundamentais é, muitas vezes, através da limitação dos poderes do empregador, de forma a impedir uma liberdade total ao empregador na forma como dirige a sua empresa e os seus trabalhadores. No entanto, chamamos a atenção para o facto de que não são apenas os direitos e poderes do empregador a serem limitados. É óbvio que pela desigualdade posições existentes na relação laboral o trabalhador mereça uma proteção diferenciada. Mas os seus direitos, como todos os direitos do ordenamento jurídico, são suscetíveis de ser igualmente limitados. Quando entrarem em conflito direitos do trabalhador com direitos do empregador, é através do princípio da proporcionalidade que o mesmo deve ser resolvido. Importa ressaltar esta ideia. Quando dois direitos entram em colisão, ninguém sai ganhar, todos saem a perder. Uma parte mais que outra, mas a limitação ocorrerá sempre nos dois sentidos e ambas perdem algo nesta colisão.

De todos os direitos do trabalhador e cidadão, entendemos ser essencial para a presente dissertação analisar com algum grau de pormenor o direito à liberdade de expressão. Considerado um dos direitos basilares das sociedades democráticas, é também um dos temas do momento. É por esta importância que podemos afirmar, sem margem para dúvidas, que qualquer violação deste direito configura um ataque violento a todo o sistema democrático e a todo o ordenamento jurídico em que se insere. Uma importância que se encontra visível na sua previsão em tratados internacionais e em diversas constituições nacionais de diversos países. O objetivo deste direito é garantir a liberdade dos cidadãos se expressarem através dos seus pensamentos, ideias, opiniões e crenças, através de qualquer meio, mas também de lhes garantir a possibilidade de não se expressarem, de se remeterem ao silêncio. É um direito, que por respeito ao princípio da universalidade consagrado no artigo 12.º da CRP, se aplica quer a pessoas individuais quer a coletivas. Aliás, conseguimos perceber essa

aplicabilidade também pelo preceito infraconstitucional do CT, que reconhece o direito à liberdade de expressão quer ao trabalhador quer ao empregador.

No âmbito laboral, a grande questão deste trabalho prendeu-se com a conciliação entre o direito à liberdade de expressão do trabalhador e os poderes do empregador e os direitos dos outros trabalhadores. Entendemos que o trabalhador é livre de se expressar, sendo que em situações excepcionais essa liberdade pode ser limitada, sempre segundo o critério orientador da proporcionalidade. Por este motivo, limitações que extravasem o indispensável para o bom funcionamento da empresa não podem ser aceitáveis. No entanto, não são apenas direitos para o trabalhador. O contrato de trabalho gera também deveres para o trabalhador, tendo este o dever de respeitar os direitos fundamentais do empregador. Através de diversos acórdãos conseguimos perceber como é feita esta gestão entre o que é indispensável, o que é exagerado, o que pode ou não ser proporcional. O Supremo Tribunal de Justiça considerou a afixação, por parte do trabalhador, de cartazes na empresa com expressões injuriosas sobre os seus superiores hierárquicos uma violação do dever de respeito e urbanidade, o que constituiria motivo para despedimento com justa causa. Entendeu o referido tribunal que o trabalhador excedeu o seu direito à liberdade de expressão no ambiente de trabalho, violando desse forma a esfera jurídica do empregador. Em França, a *Cour de Cassation* deu razão ao empregador num processo de despedimento com justa causa imposto a um trabalhador que proferiu declarações de índole difamatória e injuriosa sobre os países árabes e os seus governantes.

Daqui retiramos que os tribunais reconhecem o direito do trabalhador se expressar livremente no contexto laboral, com uma limitação. Não atingir direitos fundamentais da outra parte nesse exercício.

Em suma, através do nosso estudo entendemos que o direito à liberdade de expressão entra dentro da empresa, constituindo uma das bases da relação laboral, não sendo, no entanto, absoluto. Pode sofrer limitações frente a outros direitos que se encontram também tutelados e que merecem respeito pelos seus núcleos essenciais, como o caso do direito à honra e à privacidade. Pode também sofrer limitações específicas da relação laboral, da necessidade de realização e concretização de determinadas tarefas, de acordo com a atividade desenvolvida pelo trabalhador.

Independentemente desta conciliação necessária e dos limites que existam, nunca nos podemos olvidar de que a relação laboral não é uma relação paritária e equilibrada, que

o trabalhador se encontra sempre numa posição deficitária perante o empregador. Por essa razão, sempre que tenha de ser realizada uma ponderação entre os direitos das duas partes, não o podemos fazer sem ter esta desigualdade em consideração. O trabalhador necessitará de maior proteção, de forma a garantir a efetividade dos seus direitos enquanto cidadão e trabalhador.

Concluindo, o direito à liberdade de expressão assume uma preponderância monumental no nosso ordenamento jurídico, sendo não só um direito como também um veículo de concretização de outros direitos, como o direito à greve, e as suas limitações devem ser muito bem ponderadas e apenas quando seja estritamente necessário para salvaguardar o núcleo essencial de qualquer outro direito.

Com a chegada do século XXI chegaram também novos desafios ao mundo jurídico, e em concreto ao mundo laboral. As redes sociais e a sua interferência no mundo laboral afiguraram-se, logo à partida, como um dos maiores de entre esses novos desafios. Ao longo dos anos foram criadas diferentes redes sociais, com diferentes intuitos e formas de funcionar. Mas uma questão foi sempre transversal a todas elas. Qual a sua interferência na relação laboral?

Ao estudarmos esta temática percebemos de imediato que as redes sociais vieram deitar por terra todos muitos dos muros que separavam a vida privada e a vida laboral. Passou a ser difícil distinguir o contexto laboral do contexto da vida pessoal de cada um dos cidadãos. As redes sociais trouxeram consigo milhares de funcionalidades e facilidades, muitas delas efetivas melhorias nas nossas vidas. No entanto, toda a moeda tem o seu reverso, nem só coisas positivas advieram das redes sociais.

A facilidade com que lemos notícias publicadas poucos segundos antes, é a mesma facilidade com que publicamos palavras insultuosas sobre alguém, que são quase instantaneamente lidas do outro lado do mundo. A facilidade com que se divulgam as badaladas *fake news* é exatamente a mesma com que se divulgam notícias verídicas. Todas estas facilidades transformam a sociedade em que vivemos, diariamente. Por este motivo, no decorrer desta dissertação tentámos sempre entender de que forma podemos conjugar as redes sociais e o mundo laboral, entender se os poderes do empregador podiam chegar às redes sociais e limitar-nos.

Rapidamente percebemos que os direitos e deveres dos trabalhadores e do empregador não mais se cingiam a quatro paredes e a um horário de trabalho.

As redes sociais proporcionaram-nos um sem número de formas de comunicação. Seja através de mensagens, imagens, sons ou palavras, em grupos privados ou abertos ou em páginas pessoais. São tudo formas de comunicarmos através destas redes. No entanto, continuamos a ter de respeitar os direitos fundamentais dos outros que nos rodeiam. Quer seja nas redes sociais, quer seja pessoalmente. E é este ponto que a nossa sociedade atual ainda não conseguiu perceber. Um teclado e um ecrã não nos dão mais legitimidade que um confronto cara a cara. A proteção que sentimos no conforto da nossa casa, com um qualquer aparelho tecnológico nas mãos, não passa de uma mera ilusão. Continuamos a ter direitos e continuamos a ter deveres. Este novo poder de conseguirmos a aceder a todo o tipo de informação sem nos levantarmos do nosso sofá, trouxe consigo também responsabilidade. Como diria Franklin D. Roosevelt ou Winston Churchill, “Com um grande poder vem uma grande responsabilidade”. E foi exatamente isso que aconteceu com as redes sociais.

No que concerne à relação laboral, caso o exercício de um direito através das redes sociais, pelo trabalhador, fosse feito de forma descomedida, e produzisse efeitos na esfera jurídica do empregador, prejudicando-o através da violação de certos direitos garantidos, poderia comportar consequências graves para o trabalhador, inclusive, o despedimento.

É neste seguimento que percebemos o porquê do desvanecimento da separação entre vida laboral e vida pessoal. Com o *boom* das redes sociais, o trabalhador e o empregador passaram a conseguir interferir na esfera jurídica um do outro a partir da sua própria casa, usando os seus próprios meios. No entanto, ambos têm de respeitar a esfera jurídica do outro.

Quando tal não acontece as consequências de tais atos podem ser graves. O trabalhador pode ser despedido, e o empregador pode perder um trabalhador importante, tendo ainda que pagar as correspondentes indemnizações.

Tornou-se claro ao longo deste percurso aqui plasmado, que nem tudo o que é partilhado nas redes sociais pode ser tido em consideração nas relações laborais. Nem todas as comunicações efetuadas com recurso a esses meios podem servir de prova para fundamentar um procedimento disciplinar e um consequente despedimento com justa causa, por exemplo. Existem comunicações que são privadas e confidenciais, às quais mais ninguém deveria ter acesso a não ser o seu destinatário. E não é justo o trabalhador ou o empregador pagarem por algo que fizeram no seio da sua intimidade, sem intuito de prejudicar ou lesar alguém. É verdade que já muito se fala do conceito de *Big Brother*, no

entanto tanto o trabalhador como o empregador têm direito à sua privacidade e intimidade, sem terem de estar preocupados que tudo o que façam ou digam possa vir a ser utilizado contra eles.

Foi por isso necessário aferirmos a existência, ou não, de expectativa de privacidade quando exercemos certos direitos, em concreto o direito à liberdade de expressão, mesmo nas redes sociais. Caso exista, a comunicação realizada encontra-se abrangida pelo direito à reserva da intimidade da vida privada. Este direito encontra consagração no CT, nos artigos 16.º e 22.º, por exemplo, e na CRP, no artigo 26.º. Por esse motivo, toda e qualquer comunicação realizada nesse âmbito, nunca poderá ser utilizada como meio de prova. O facto de não existir expectativa alguma que outra pessoa que não o ou os destinatários dessa comunicação tenham acesso ao conteúdo da mesma, protege o remetente contra qualquer eventualidade.

Parece-nos unânime que quando trocamos mensagens com apenas uma pessoa exista essa expectativa de privacidade. Já não nos parece tão expectável quando decidimos fazer uma publicação numa rede social, para milhares de pessoas verem e partilharem. No entanto, a análise de se existe, ou não, expectativa de privacidade deve ser feita de forma casuística, por ser completamente impossível dar uma resposta apriorística nestes temas. A juvenildade desta temática, conjuntamente com a estrutura labiríntica da mesma, leva à impossibilidade de já ter sido criada uma chave mestra de resolução. Os vários ramos que cada caso ligado a este tema pode trazer, leva-nos a uma análise diferente de cada vez que os problemas surgem. Aliás como conseguimos comprovar pela jurisprudência analisada. Apesar de muitas vezes a conclusão ser semelhante, os trâmites e os degraus subidos para alcançá-la são diferentes em todos estes Acórdãos. Vejamos o Acórdão n.º 431/13.6TTFUN.L1-4 do Tribunal da Relação de Lisboa, que deu razão ao empregador que procedeu ao despedimento de um trabalhador que utilizou a rede social *Facebook* para insultar o presidente do conselho de administração do empregador, pedindo ainda que todos os que tivessem acesso a essa publicação a partilhassem. Fica claro, aqui, que a expectativa de privacidade desapareceu com o pedido de partilha e os insultos violaram o dever de urbanidade e respeito.

Ou então vejamos o Acórdão n.º 101/13.5TTMTS.P1 do Tribunal da Relação do Porto, em que a conclusão foi a mesma do Acórdão anterior, mas desta vez a publicação foi

feita num grupo fechado com 140 membros, em substituição da página pessoal do trabalhador.

Conclusões semelhantes, mas processos para as alcançar diferentes. Apesar dos princípios orientadores serem, quase sempre, os mesmo, o que indica um trabalho extraordinário por parte da jurisprudência e da doutrina. O princípio da proporcionalidade e a expectativa de privacidade serão sempre duas constantes que permitirão desenhar os limites do exercício do direito à liberdade de expressão nas redes sociais.

Concluindo, não temos uma resposta que sirva em todos os casos. Entendemos que os direitos fundamentais não são absolutos, que vivemos numa sociedade, onde sem o respeito mútuo não seria possível convivermos. Que nem sempre esse respeito é imposto de forma pacífica e que a intervenção do Estado nesse sentido é muitas vezes fundamental. Entendemos que o contrato de trabalho não estabelece uma relação igualitária, e que à luz da igualdade devemos tratar de forma igual o que é igual e de forma desigual o que é desigual. Por isso, trabalhadores e empregador não podem gozar exatamente da mesma proteção. E aqui começa o primeiro traço da casuística no direito.

Entendemos, também, que as redes sociais vieram revolucionar o mundo e consequentemente o mundo do Direito do Trabalho. E por isso são necessárias novas respostas a problemas que ainda não tinham surgido. Entendemos que dificilmente existirá uma resposta que sirva todos os casos. Que as violações aos direitos fundamentais não sempre iguais. E por isso exigem uma análise caso a caso. Segundo traço casuístico do direito. Entendemos que apesar de tudo isto, no contexto das redes sociais continuamos a ser titulares dos mesmos direitos e dos mesmos deveres, e que um ecrã e um teclado não nos podem proteger ou desculpar de tudo.

É por todos estes motivos, que concluímos dizendo, que o Direito, pode ter as suas bases e linhas orientadoras, mas no fim do dia a sua aplicação será sempre diferente de caso para caso.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005;

ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Cascais: Principia, 2010;

AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2016;

AMADO, João Leal, Enredado: o Facebook e a justa causa de despedimento: Acórdão de 24 de Setembro de 2014: Tribunal da Relação de Lisboa, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, 2015;

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2019;

BILBAO UBILLOS, Juan Maria, *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007;

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 33ªed, São Paulo, EDITORA, 2018;

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Direitos fundamentais em espécie, In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, 5ª ed, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 441 a 516;

CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional*, Tomo I, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 1989;

CAMPOS, Alice Pereira de, Infracções disciplinares em redes sociais online, *Direito e Justiça: Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, Vol. I, 2015;

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7ªedição, Coimbra, Almedina, 2007;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4ªed, Coimbra, Almedina, v.I, 2007;

COLMENARES BASTIDAS, Ana Maria, Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el derecho venezolano, *Revista latino americana de Derecho Social*, Caracas, nº. 13, jul./dic. 2011;

DONEDA, Danilo, Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais, *Revista Internacional de Protección de Datos Personales*, 2012. Disponível em:

<https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Danilo-Doneda_FINAL.pdf.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2020;

FERNANDES, António Monteiro, *Direito do Trabalho*, 18ªed, Almedina, 2017;

GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho – Volume I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

GURRÍA, José Juan Anzurures, La eficacia horizontal de los derechos fundamentales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, n. 22, p. 1-51, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a1.pdf>>. Acesso em: 22 de setembro de 2020;

HAARSCHER, Guy, *Filosofia dos Direitos do Homem*, Trad. Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget, 1997;

KIRPATRICK, David, *O efeito facebook*, Arcádia, 2011;

MACHADO, Jónatas E. M., DE BRITO, Iolanda Rodrigues, *Curso de direito de comunicação social*, Lisboa: Wolters Kluwer Portugal, 2013, p. 75

MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; GARCIA, Eusebio Fernandez (org.). *Historia de los Derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid: Ed Dickinson, 2003, p.15;

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 7ªed., Almedina, 2015;

MELLO, Alberto de Sá e, *Direito do Trabalho para Empresas*, 3ªed, Almedina, 2019;

MELLO, Cristiane Maria Freitas de, *Direito de Crítica do Empregado nas Redes Sociais e a Repercussão no Contrato de Trabalho*, São Paulo, LTr, 2015;

MIRANDA, Jorge, *Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2018;

MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2007;

MOREIRA, Teresa Coelho O poder directivo do empregador e o direito à imagem do trabalhador, in: António José Moreira (coord.), *Estudos jurídicos em homenagem ao prof. Doutor António Motta Veiga*, Coimbra, Almedina, 2007;

MOREIRA, Teresa Coelho, Controlo do Messenger dos trabalhadores: anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 2012, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 91/92, Centro de Estudos Judiciários, 2012;

MOREIRA, Teresa Coelho, Até que o Facebook nos separe: Análise dos Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 8 de Setembro de 2014 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Setembro de 2014, *Prontuário de Direito do Trabalho I 2016*, Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 244;

MORENO, Abdón Pedrajas, FRANCO, Tomás Salas, La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo, *Boletín laboral*, Madrid, 2008, Disponível em: < <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/nn-045.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2020;

NOVAIS, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*, Coimbra, Almedina, 2013

NIETZSCHE, Friedrich, *O Anticristo*, Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2006;

PEREIRA, Albertina, *Procedimento disciplinar – Velhas e novas questões*, Texto resumido da intervenção oral proferida pela Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação do Porto no X Congresso de Direito do Trabalho realizado na cidade de Lisboa em 2006, p. 2. Disponível em: <https://977c7f27-ba08-45d2-bd7f-becadee04474.filesusr.com/ugd/489f11_0d82bd29aad4a179c30bb2e9c52922c.pdf>. Acesso em: 5 de outubro de 2020;

PRATA, Ana, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra: Almedina, 1982;

QUINTAS, Paula, O direito à palavra no mundo do trabalho: liberdade de expressão ou delito de opinião?, *Prontuário de Direito de Trabalho N.º 76/77/78 - Janeiro-Dezembro 2007 - Número especial em homenagem à obra do Dr. Vítor Ribeiro*, Centro de Estudos Judiciários, 2007, p. 121-169;

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Da autonomia dogmática do direito do trabalho. Editora Almedina, Coleção de Teses, Coimbra, 2001;

REDINHA, Maria Regina, *Os direitos de personalidade no código do trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão*, 2005; Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/18699/2/49726.pdf>>. Acesso em: 13 de outubro de 2020;

REDINHA, Maria Regina, Redes Sociais: Incidência Laboral (Primeira Aproximação), In: *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 87, Coimbra Editora, 2010;

ROMITA, Arion Sayão, *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, 4. Ed., São Paulo, Ltr, 2012;

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996;

SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014;

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, Livraria Cruz, 1979;

STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria Advogado, 2001;

VALDES DAL RE, Fernando, *Los derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador*, In Libro de Informe Generales, XVII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Montevideo, 2003;

VERÍSSIMO, Joana, MACIAS, Maria e RODRIGUES, Sofia, *Implicações Jurídicas das Redes Sociais na Internet: Um novo conceito de privacidade*, 2011-2012, p. 18. Disponível em:

<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/implicacoes_juridicas_nas_redes_sociais_na_internet.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2020

VIANA, Márcio Túlio, *Direito de resistência*, São Paulo, LTr, 1996;

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, *Curso de direito do trabalho*, Editora Verbo, 3ª edição, 2014;

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão n.º 81/84 do Tribunal Constitucional Portugal, de 18 de julho de 1984. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840081.html>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020

Acórdão n.º 198/85 do Tribunal Constitucional Portugal, de 30 de outubro de 1985. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850198.html>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020

Acórdão n.º 93/92 do Tribunal Constitucional Portugal, de 11 de março de 1992. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920093.html>>. Acesso em: 23 de setembro de 2020

Acórdão n.º 03S2731 do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b0f06b0bbb87fe1e80256e8d004e3ee9?OpenDocument>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020;

Acórdão n.º 3256/05.9TTLSB.L1.S1 do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4947026d4ecf169780257761004a2cb4?OpenDocument>>. Acesso em: 12 de outubro de 2020;

Acórdão n.º 5/13.1T4AGD.C1 do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/812bbe9f7644731c80257cb700486b6c?OpenDocument>>. Acesso em: 25 de setembro de 2020;

Acórdão n.º 8/13.6TTFAR.E1 do Tribunal da Relação de Évora, de 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/70b93024fca4bc1480257de10056fe9c?OpenDocument>>. Acesso em: 22 de outubro de 2020;

Acórdão n.º 747/18.5T8PTM.E do Tribunal da Relação de Évora, de 28 de março de 2019. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/55801c7296f02f54802583d90052c54c?OpenDocument>>. Acesso em: 22 de outubro de 2020;

Acórdão n.º 101/13.5TTMTS.P1 do Tribunal da Relação do Porto, de 8 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/917c9c56c1c2c9ae80257d5500543c59?OpenDocument>>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

Acórdão n.º 3.885/1999 do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de outubro de 1999, Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/aa04221711ab76e3802568fc003bad30?OpenDocument>>. Acesso em: 18 de outubro de 2020;

Acórdão n.º 4/1996 do Tribunal Constitucional Espanhol, de 16 de janeiro de 1996. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3056>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020;

Acórdão n.º 106/1996 do Tribunal Constitucional Espanhol, de 12 de junho de 1996. Disponível em: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/3158>>. Acesso em: 18 de outubro de 2020;

Acórdão n.º 204/1997 do Tribunal Constitucional Espanhol, de 25 de novembro de 1997. Disponível em: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/3469>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020;

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 6 octobre 1993, 91-45.053, Inédit. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007205764/>>. Acesso em: 18 de outubro de 2020;